



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 1, 1985 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 1985 Vol. 1**

Cited as [1985] 1 S.C.R. 2-136

Renvoi [1985] 1 R.C.S. 2-136

---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 1985**

**1<sup>er</sup> volume, 1985**

**Aetna Financial Services Limited**  
(Defendant) Appellant;

and

**Joel Jerome Feigelman, Ruth Feigelman,  
Mary Goldberg, R. L. L. Holdings Ltd. and  
Pre-Vue Company (Canada) Ltd.**  
(Plaintiffs) Respondents;

and

**Allan Lax and Jeffrey Burke** Defendants.

File No.: 17479.

1983: September 26; 1985: January 31.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Injunction — Mareva injunction — Interlocutory order restraining transfer of assets to another province pending trial — Order made against federally incorporated company with exigible assets in other provinces — Whether or not Mareva injunction available — Whether or not Mareva injunction appropriate in federal system given the circumstances.*

Appellant, a federally incorporated company with head office in Montreal and offices in Toronto, factored accounts receivable for its clients on a recourse/non-recourse basis. Its operations for its Manitoba clients were largely contracted to its Montreal office as its now-closed Manitoba office had been primarily to promote business. The assets in question, valued at about \$270,000, had been acquired from collection in receivership proceedings concerning appellant's other Manitoba client and was about to be transferred to one of appellant's offices out of Manitoba. Appellant had appointed a receiver when respondent Pre-Vue defaulted on debentures issued to and held by it. Respondent Pre-Vue and its stockholders later brought an action for unliquidated damages arising from the allegedly improper appointment of the receiver and obtained an *ex parte* interlocutory order from the Court of Queen's Bench enjoining the movement of assets out of Manitoba. An application to set aside the *Mareva* injunction was dismissed but the injunction's terms were modified to set a ceiling to the value of the assets affected. The Court of Appeal found this type of injunction to be available and varied the

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Aetna Financial Services Limited**  
(Défenderesse) Appelante;

et

<sup>a</sup> **Joel Jerome Feigelman, Ruth Feigelman,  
Mary Goldberg, R. L. L. Holdings Ltd. et  
Pre-Vue Company (Canada) Ltd.**  
(Demandeurs) Intimés;

<sup>b</sup> et

**Allan Lax et Jeffrey Burke** Défendeurs.

N° du greffe: 17479.

<sup>c</sup> 1983: 26 septembre; 1985: 31 janvier.

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey,  
McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>d</sup>

*Injonction — Injonction Mareva — Ordonnance interlocutoire interdisant le transfert de biens à une autre province pendant le procès — Ordonnance rendue contre une compagnie à charte fédérale qui possède des biens exigibles dans d'autres provinces — Peut-on obtenir une injonction Mareva? — L'injonction Mareva est-elle appropriée dans un régime fédéral, compte tenu des circonstances?*

<sup>f</sup> L'appelante, une compagnie à charte fédérale qui a son siège social à Montréal et des bureaux à Toronto, facturait les comptes à recevoir de ses clients, avec ou sans garantie. Les activités relatives à ses clients du Manitoba se font surtout à partir de son bureau de Montréal étant donné que le bureau qu'elle avait au Manitoba et qui est maintenant fermé visait avant tout à faire de la promotion commerciale. L'acquisition de l'actif en question, évalué à environ 270 000 \$, provient du recouvrement effectué lors de la mise sous séquestre de son autre client manitobain. Cet actif était sur le point d'être transféré à l'un des bureaux de l'appelante à l'extérieur du Manitoba. L'appelante a nommé un séquestre lorsque l'intimée Pre-Vue a cessé d'honorer les débetures émises à l'appelante et que cette dernière avait en sa possession. L'intimée Pre-Vue et ses actionnaires ont par la suite intenté une action en dommages-intérêts non déterminés pour le motif que la nomination du séquestre n'aurait pas été faite régulièrement et ils ont obtenu de la Cour du Banc de la Reine une ordonnance interlocutoire *ex parte* interdisant le transfert des biens hors du Manitoba. Une demande d'annulation de

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

injunction granted only to the extent of allowing its discharge through the posting of security. The three threshold issues here are: (a) is a *Mareva* injunction available in Manitoba as a matter of law; (b) is it available in these circumstances; (c) is the discretion of the court of first instance properly reviewable on appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The rightful removal of assets in the ordinary course of business by a resident respondent to another part of the federal system will not of itself trigger an exceptional remedy such as the *Mareva* injunction. The gist of the *Mareva* injunction is the right to freeze exigible assets when found in the jurisdiction, wherever the defendant may reside, providing there is a cause of justiciable action between plaintiff and defendant in the courts of the jurisdiction. Unless there is a genuine risk of disappearance of assets, however, either inside or outside the jurisdiction, the injunction will not issue. The harshness of the *Mareva* injunction, which is usually issued *ex parte*, is relieved against or justified in part by the *Rules of Practice* which allow the defendant an opportunity to move against the injunction immediately. The injunction is *in personam* and affords no priority to the potential creditor.

Neither the presence nor the absence of legislation granting remedies similar to the *Mareva* injunction precludes the issuance of a protective injunction. The entitlement to issue a *Mareva* injunction springs from the authority of the court at law to make the order and the qualification of the respondent under the rules and tests applied by the courts in doing so.

One factor considered below was the intention of appellant to transfer assets to Quebec. Assets exceeding the value of assets affected by the order under appeal are in Ontario, a province with which Manitoba has arrangements for the reciprocal enforcement of judgments. As well, Quebec accords a means of enforcement of Manitoba judgments rendering ineffective any argument that the respondent would be exposed to some inevitable or irreparable loss if the assets of appellant were transferred from Manitoba to Quebec. In addition, respondent had extensive and easily enforceable rights under the *Bankruptcy Act* and the *Canada Business Corporations Act* in the event of an attempt to defraud

l'injonction *Mareva* a été rejetée, mais les conditions de l'injonction ont été modifiées de manière à fixer une limite à la valeur des biens touchés. La Cour d'appel a décidé qu'une injonction de ce genre pouvait être prononcée et elle n'a modifié l'injonction accordée que dans la mesure nécessaire pour autoriser sa levée par suite de la consignation d'une sûreté. Les trois questions qui se posent au départ sont les suivantes: a) Sur le plan du droit, peut-on obtenir une injonction *Mareva* au Manitoba? b) Peut-elle être obtenue dans ces circonstances? c) Peut-on examiner en appel l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la cour de première instance?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le transfert légitime de biens effectué par un défendeur résident, dans le cours ordinaire de ses affaires, vers une autre partie du système fédéral ne saurait en soi déclencher un recours aussi exceptionnel que l'injonction *Mareva*. Le point essentiel de l'injonction *Mareva* est le droit de geler les biens exigibles qui se trouvent dans le ressort quel que soit le lieu de résidence du défendeur, pourvu qu'il existe entre le demandeur et le défendeur une cause d'action qui puisse se régler devant les tribunaux du ressort. Toutefois, l'injonction ne sera prononcée que s'il y a un risque réel de voir disparaître des biens, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du ressort. La sévérité de l'injonction *Mareva*, prononcée habituellement *ex parte*, est compensée ou justifiée en partie par les règles de pratique qui accordent au défendeur la possibilité de s'opposer immédiatement à l'injonction. Cette injonction est de nature personnelle et n'accorde aucune priorité au créancier en puissance.

Ni l'existence ni l'absence de législation qui accorde des recours semblables à l'injonction *Mareva* n'empêchent de prononcer une injonction préventive. Le droit de prononcer une injonction *Mareva* découle du pouvoir de rendre l'ordonnance que possède, en droit, la cour et du fait que l'intimé satisfait aux règles et aux critères appliqués par la cour en ce faisant.

Un facteur examiné plus bas est l'intention de l'appellante de transférer des biens au Québec. Des biens dont la valeur est supérieure à celle des biens touchés par l'ordonnance faisant l'objet de l'appel se trouvent en Ontario, une province avec laquelle le Manitoba a conclu des accords de réciprocité en matière d'exécution des jugements. De même, le Québec accorde un moyen d'exécuter les jugements manitobains, ce qui rend inefficace tout argument selon lequel l'intimée serait exposée à quelque perte inévitable ou irréparable si les biens de l'appellante étaient transférés du Manitoba au Québec. En outre, l'intimée possède, en vertu de la *Loi sur la faillite* et de la *Loi sur les sociétés commerciales cana-*

creditors through a business default or a winding up of the company.

While the superior provincial courts undoubtedly have the statutory power to issue a *Mareva* injunction, the rules as developed in England do not properly reflect the federal concern in these circumstances. Considerations of jurisdiction—*Mareva* cases were to prevent removal of assets from the jurisdiction and the subsequent defeat of a creditor's claim—are more complex in the federal context than in a unitary state. In some ways "jurisdiction" in these circumstances extends to the national boundaries, or, in any case, beyond the provincial boundary of Manitoba. In the Canadian federal system, appellant, a federally incorporated company, was not a foreigner or even a non-resident in that it was capable of residing throughout Canada and did so in Manitoba. Appellant did not intend to default on its obligations. It did not seek to defraud its Manitoba creditors or the legal processes of the Manitoba courts through a clandestine transfer of its assets and it did not remove those assets from the national jurisdiction in which it maintained its corporate existence. Finally, there are the procedures of pursuit open to the respondents in tracing these assets through to their destination in Quebec or in recovering from the assets of the appellant in Ontario.

An appellate court should not intervene and alter a discretionary order issued by a court of first instance where no sufficient error in law on the part of the courts below has been revealed. The appeal court here, however, did not give due consideration and weight to the position of the courts and of the parties when dealing with an interlocutory *quia timet* order in a federal jurisdiction. For this reason the Court must intervene where, apart from this consideration, intervention would be unwarranted.

#### Cases Cited

*Lister & Co. v. Stubbs*, [1886-90] All E.R. 797, applied; *Pivovarovoff v. Chernabaeff* (1977), 16 S.A.S.R. 329; *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282; *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*, [1980] 1 All E.R. 213; *Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, [1977] 3 All E.R. 324; *Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine SA*, [1979] 2 All E.R. 972, considered; *Chesapeake and Ohio Railway*

*diennes*, des droits étendus qu'elle peut faire valoir aisément dans le cas d'une tentative de frauder les créanciers en déclarant faillite ou en liquidant la compagnie.

<sup>a</sup> Bien que les cours supérieures des provinces aient indubitablement le pouvoir légal de prononcer une injonction *Mareva*, les règles dégagées en Angleterre ne reflètent pas comme il se doit l'élément fédéral dans ces circonstances. Les considérations relatives au ressort—<sup>b</sup> les affaires *Mareva* visaient à empêcher le transfert de biens hors du ressort et l'échec subséquent de la réclamation d'un créancier—sont plus complexes dans le contexte fédéral que dans un État unitaire. D'une certaine manière, le «ressort» dans ces circonstances s'étend<sup>c</sup> jusqu'aux frontières nationales ou, en tout cas, au delà des frontières du Manitoba. Dans le système fédéral canadien, l'appelante, une compagnie à charte fédérale, n'est ni étrangère ni même non-résidente au sens ordinaire de ce terme: elle peut résider partout au Canada et elle l'a fait au Manitoba. L'appelante n'a pas eu l'intention de manquer à ses obligations. Elle n'a pas cherché à frauder ses créanciers manitobains ni à échapper aux voies de droit des tribunaux manitobains au moyen d'un transfert clandestin de ses biens. Elle n'a pas non plus sorti ces biens du ressort national où elle existe comme personne morale. Enfin, il y a les procédures de poursuite qui s'offrent aux intimées pour retracer ces biens jusqu'à leur destination au Québec, ou pour les recouvrer de l'appelante en Ontario.

<sup>f</sup> Un tribunal d'appel ne doit pas intervenir et modifier une ordonnance discrétionnaire prononcée par un tribunal de première instance, si aucune erreur de droit suffisante de la part de ce dernier n'a été mise à jour. <sup>g</sup> Cependant, la cour d'appel en l'espèce n'a pas accordé suffisamment d'importance et de poids à la position des tribunaux et à celle des parties lorsqu'elle a abordé la question d'une ordonnance interlocutoire *quia timet* dans un contexte fédéral. Pour ce motif, la Cour doit intervenir alors qu'une intervention serait injustifiée indépendamment de ce facteur.

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *Lister & Co. v. Stubbs*, [1886-90] All E.R. 797; arrêts examinés: *Pivovarovoff v. Chernabaeff* (1977), 16 S.A.S.R. 329; *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282; *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*, [1980] 1 All E.R. 213; *Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, [1977] 3 All E.R. 324; *Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine SA*, [1979] 2 All E.R. 972; arrêts mentionnés:

*Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *Law Society of Upper Canada v. MacNaughton*, [1942] O.W.N. 551; *Burdett v. Fader* (1903), 6 O.L.R. 532 (affirmed (1904), 7 O.L.R. 72); *Barclay-Johnson v. Yuill*, [1980] 3 All E.R. 190; *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 446, 7 C.P.C. 57; *Bedell v. Gefaell (No. 2)*, [1938] O.R. 726; *Hepburn v. Patton* (1879), 26 Gr. 597; *Pacific Investment Co. v. Swan* (1898), 3 Terr. L.R. 125; *Ferguson v. Ferguson* (1916), 26 Man. Rep. 269; *Great Western Railway Co. v. Birmingham & Oxford Junction Railway Co.* (1848), 2 Ph. 597, 41 E.R. 1074; *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62; *Campbell v. Campbell* (1881), 29 Gr. 252; *Toronto (City of) v. McIntosh* (1977), 16 O.R. (2d) 257; *Mills and Mills v. Petrovic* (1980), 30 O.R. (2d) 238; *Aslatt v. Southampton (Corporation of)* (1880), 16 Ch.D. 143; *Hawes v. Szewezyk*, [1979] 2 A.C.W.S. 274; *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. United States*, 325 U.S. 212 (1945); *Robinson v. Pickering* (1881), 16 Ch.D. 660; *Bradley Bros. (Oshawa) Ltd. v. A to Z Rental Canada Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 171; *Z Ltd v. A*, [1982] 1 All E.R. 556; *Parmar Fisheries Ltd. v. Parceria Maritima Esperanca L. DA.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 498; *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin* (1981), 31 O.R. (2d) 715, 121 D.L.R. (3d) 160; *Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha*, [1980] 1 W.L.R. 1268; *A J Bekhor & Co. v. Bilton*, [1981] 2 All E.R. 565; *Z Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 W.L.R. 288; *Cretanor Maritime Co. v. Irish Marine Management Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 966; *Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co. S.A.*, [1980] 2 W.L.R. 488; *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Hind* (1981), 122 D.L.R. (3d) 498; *Quinn v. Marsta Cession Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 659; *Chitel v. Rothbart* (1982), 39 O.R. (2d) 513; *Humphreys v. Buragalia* (1982), 135 D.L.R. (3d) 535; *Sekisui House Kabushiki Kaisha (Sekisui House Co.) v. Nagashima* (1982), 42 B.C.L.R. 1, 33 C.P.C. 42; *BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt* (1980), 114 D.L.R. (3d) 35, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Absconding Debtors Act*, R.S.O. 1980, c. 2, s. 2.  
*Canada Business Corporations Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 33.  
*Common Law Procedure Act*, 1854, 17 & 18 Vict., c. 125.  
*Corporations Act*, 1976 (Man.), c. 40, C.C.S.M., c. 225, ss. 186, 187.  
*Fraudulent Conveyances Act*, C.C.S.M., c. F-160.  
*Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, c. 176.  
*Garnishment Act*, C.C.S.M., c. G-20.

*Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *Law Society of Upper Canada v. MacNaughton*, [1942] O.W.N. 551; *Burdett v. Fader* (1903), 6 O.L.R. 532 (confirmé à (1904), 7 O.L.R. 72); *Barclay-Johnson v. Yuill*, [1980] 3 All E.R. 190; *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 446, 7 C.P.C. 57; *Bedell v. Gefaell (No. 2)*, [1938] O.R. 726; *Hepburn v. Patton* (1879), 26 Gr. 597; *Pacific Investment Co. v. Swan* (1898), 3 Terr. L.R. 125; *Ferguson v. Ferguson* (1916), 26 Man. Rep. 269; *Great Western Railway Co. v. Birmingham & Oxford Junction Railway Co.* (1848), 2 Ph. 597, 41 E.R. 1074; *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62; *Campbell v. Campbell* (1881), 29 Gr. 252; *Toronto (City of) v. McIntosh* (1977), 16 O.R. (2d) 257; *Mills and Mills v. Petrovic* (1980), 30 O.R. (2d) 238; *Aslatt v. Southampton (Corporation of)* (1880), 16 Ch.D. 143; *Hawes v. Szewezyk*, [1979] 2 A.C.W.S. 274; *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. United States*, 325 U.S. 212 (1945); *Robinson v. Pickering* (1881), 16 Ch.D. 660; *Bradley Bros. (Oshawa) Ltd. v. A to Z Rental Canada Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 171; *Z Ltd v. A*, [1982] 1 All E.R. 556; *Parmar Fisheries Ltd. v. Parceria Maritima Esperanca L. DA.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 498; *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin* (1981), 31 O.R. (2d) 715, 121 D.L.R. (3d) 160; *Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha*, [1980] 1 W.L.R. 1268; *A J Bekhor & Co. v. Bilton*, [1981] 2 All E.R. 565; *Z Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 W.L.R. 288; *Cretanor Maritime Co. v. Irish Marine Management Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 966; *Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co. S.A.*, [1980] 2 W.L.R. 488; *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Hind* (1981), 122 D.L.R. (3d) 498; *Quinn v. Marsta Cession Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 659; *Chitel v. Rothbart* (1982), 39 O.R. (2d) 513; *Humphreys v. Buragalia* (1982), 135 D.L.R. (3d) 535; *Sekisui House Kabushiki Kaisha (Sekisui House Co.) v. Nagashima* (1982), 42 B.C.L.R. 1, 33 C.P.C. 42; *BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt* (1980), 114 D.L.R. (3d) 35.

#### Lois et règlements cités

*Absconding Debtors Act*, R.S.O. 1980, chap. 2, par. 2.  
*Code civil*, art. 179, 1220.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 178, 179, 180, 752.  
*Common Law Procedure Act*, 1854, 17 & 18 Vict., chap. 125.  
*Corporations Act*, 1976 (Man.), chap. 40, C.C.S.M., chap. 225, art. 186, 187.  
*Fraudulent Conveyances Act*, C.C.S.M., chap. F-160.  
*Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, chap. 176.

*Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2, s. 39(9).  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 13(2).  
*Judicature Act*, R.S.N. 1970, c. 187, s. 21(n).  
*Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 33 am. 1981 (N.B.) c. 6, s. 1.  
*Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, s. 19(1).  
*Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. J-3, s. 15(4).  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.  
*Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C-280, s. 59.  
*Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(8).  
*Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, C.C.S.M., c. J-20.  
*Supreme Court Act*, 1981, 1981 (U.K.), c. 54, s. 37(3).  
*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*, 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49, s. 45(1).  
*Civil Code*, art. 179, 1220.  
*Civil Procedure Rules*, (N.S.) R. 43.02.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 178, 179, 180, 752.  
*Federal Court Rules*, Rule 470(1).  
*Queen's Bench Rules*, (Man.) R. 330(1), 526, 582.  
*Queen's Bench Rules*, (Sask.) R. 389.  
*Rules of Practice*, R.R.O. 1980, R. 540, R. 372.  
*Supreme Court Rules*, (Alta.) R. 468.

#### Authors Cited

*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 21, London, Butterworth & Co., 1957.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 18, London, Butterworths, 1977.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 24, London, Butterworths, 1979.  
Kerr, William W. *Kerr on Injunctions*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1927.  
McAllister, Debra M. "Mareva Injunctions", 28 *C.P.C.*, 1.  
Rogers, Brian M. and George W. Hatley. "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 1.  
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1983.  
Stockwood, David. "'Mareva' Injunction" (1981-82), 3 *Advocates' Q.* 85.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1982), 143 D.L.R. (3d) 715, 19 Man. R. (2d) 295, [1983] 2 W.W.R. 97, dismissing an appeal from a judgment of Wilson J. dismissing an application to set aside an *ex parte* interlocutory injunction granted by Wilson J. Appeal allowed.

*Garnishment Act*, C.C.S.M., chap. G-20.  
*Judicature Act*, 1972, (N.-É.), chap. 2, art. 39(9).  
*Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 13(2).  
*Judicature Act*, R.S.N. 1970, chap. 187, art. 21(n).  
*Judicature Act*, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 19(1).  
*Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. J-3, art. 15(4).  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 224, art. 36.  
*Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, art. 33, mod. par 1981 (N.-B.) chap. 6, art. 1.  
*Loi sur les sociétés commerciales canadienne*, 1974-75-76 (Can.), chap. 33, mod. par 1978-79 (Can.), chap. 9, art. 1(3).  
*Queen's Bench Act*, C.C.S.M., chap. C-280, art. 59.  
*Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, chap. Q-1, art. 45(8).  
*Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, C.C.S.M., chap. J-20.  
*Supreme Court Act*, 1981, 1981 (U.K.), chap. 54, art. 37(3).  
*Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*, 1925, 15 & 16 Geo. 5, chap. 49, art. 45(1).  
*Civil Procedure Rules*, (N.-É.) R. 43.02.  
*Queen's Bench Rules*, (Man.) R. 330(1), 526, 582.  
*Queen's Bench Rules*, (Sask.) R. 389.  
*Règles de la Cour fédérale*, règle 470(1).  
*Rules of Practice*, R.R.O. 1980, R. 540, R. 372.  
*Supreme Court Rules*, (Alb.) R. 468.

#### Doctrine citée

*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 21, London, Butterworth & Co., 1957.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 18, London, Butterworths, 1977.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 24, London, Butterworths, 1979.  
Kerr, William W. *Kerr on Injunctions*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1927.  
McAllister, Debra M. «Mareva Injunctions», 28, *C.P.C.*, 1.  
Rogers, Brian M. and George W. Hatley. «Getting the Pre-Trial Injunction» (1982), 60 *Rev. du Bar. can.* 1.  
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1983.  
Stockwood, David. «'Mareva' Injunction», (1981-82), 3, *Advocates' Q.* 85.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1982), 143 D.L.R. (3d) 715, 19 Man. R. (2d) 295, [1983] 2 W.W.R. 97, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Wilson qui a rejeté une demande d'annulation d'une injonction interlocutoire *ex parte* qu'il avait lui-même accordée. Pourvoi accueilli.

*D'Arcy C. H. McCaffrey, Q.C.*, for the appellant.

*W. P. Riley, Q.C.*, and *Peter Sim*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The Manitoba Court of Appeal affirmed the trial judge's order granting an injunction which restrained the appellant from transferring certain identified assets out of Manitoba to the appellant's offices in either Toronto or Montreal. This appeal raises squarely and simply the question of the availability of interlocutory orders restraining a defendant in a civil action from disposing of or handling assets in any specific way prior to trial. In England this is said to have originated in a proceeding now identified by the expression "*Mareva* injunction".

The facts are few and simple. The appellant Aetna Financial Services Limited (for convenience hereinafter called "Aetna") is a company incorporated under the *Canada Business Corporations Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 33, with its head office in the City of Montreal and offices in Toronto. At one time it had an office in Manitoba for the promotion of business but not for the processing of business. At the present time the company has contracted its operations largely, if not entirely, to the Montreal office. Its operations consist of the factoring of accounts receivable for its clients on a basis of recourse or non-recourse. In this business Aetna had only two accounts or customers in the Province of Manitoba, one of them being the respondent Pre-View Company (Canada) Ltd. The asset in question was acquired from the collection in receivership proceedings concerning the second Manitoba customer Sekine. This realization was in the approximate sum of \$270,000 which Aetna was about to transfer to its offices outside Manitoba, either Toronto or Montreal, when these proceedings were commenced.

When the respondent Pre-View Company (Canada) Ltd. (for convenience hereinafter called "Pre-View") went into default under the debentures

*D'Arcy C. H. McCaffrey, c.r.*, pour l'appelante.

*W. P. Riley, c.r.*, et *Peter Sim*, pour les intimés.

<sup>a</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel du Manitoba a confirmé l'injonction accordée par le juge de première instance qui interdisait à l'appelante de transférer du Manitoba à ses bureaux de Toronto ou de Montréal certains biens spécifiés. Le pourvoi soulève purement et simplement la question de la possibilité d'obtenir des ordonnances interlocutoires interdisant au défendeur à une action civile d'aliéner des biens ou d'en disposer de quelque façon que ce soit avant l'instruction de la cause. En Angleterre, on dit que cela tire son <sup>d</sup> origine d'une procédure maintenant désignée par l'expression «injonction *Mareva*».

Les faits sont simples et peu nombreux. L'appelante, Aetna Financial Services Limited (ci-après appelée «Aetna», pour plus de commodité) est une personne morale constituée sous le régime de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, 1974-75-76 (Can.), chap. 33, mod. par 1978-79 (Can.), chap. 9, par. 1(3), dont le siège social est <sup>f</sup> situé à Montréal et qui possède des bureaux à Toronto. Elle a déjà eu un bureau au Manitoba pour faire de la promotion commerciale, mais non pour y faire affaire. Actuellement, la compagnie fonctionne en grande partie, <sup>g</sup> sinon entièrement, à partir de son bureau de Montréal. Ses activités consistent à affacturer les comptes à recevoir de ses clients, avec ou sans garantie. À ce chapitre, Aetna n'avait au Manitoba que deux comptes, <sup>h</sup> c'est-à-dire deux clients, dont l'intimée Pre-View Company (Canada) Ltd. L'acquisition de l'actif en cause provient du recouvrement effectué lors de la mise sous séquestre de Sekine, son second client manitobain. La somme réalisée s'élevait à environ <sup>i</sup> 270 000 \$ et Aetna s'apprêtait à la transférer du Manitoba à ses bureaux de Toronto ou de Montréal lorsque les présentes procédures ont été engagées.

<sup>j</sup> Lorsque l'intimée Pre-View Company (Canada) Ltd. (ci-après appelée «Pre-View», pour plus de commodité) a cessé d'honorer les débetures



issued to and held by Aetna, Aetna appointed a receiver by extra-judicial unilateral action according to an asserted right under the debenture. The appointment of the receiver was subsequently confirmed by the Court of Queen's Bench in Manitoba. The appointment of the receiver was without prejudice to any action by Pre-Vue or its shareholders against Aetna or the receiver. The action against which the present application for injunction rests arose out of this. By statement of claim dated March 30, 1981 Pre-Vue and its shareholders commenced action claiming unliquidated damages, and alleging, *inter alia*, that Aetna, in contravention of the terms of the debenture, failed to give Pre-Vue the allotted time to cure its default, and therefore the appointment of the receiver was improper. There may well be issues arising out of this appointment of the receiver but they are not of concern in the disposition of this appeal dealing as it does with the interlocutory injunction only. Some two years after the confirmation by the Court of the appointment of the receiver-manager, the respondents applied for and obtained the injunction in question, wherein it was ordered that the appellants be:

... restrained and enjoined, until the further order of the Court, from removing from Manitoba or otherwise disposing of or dealing with any of its assets within Manitoba, including and in particular any monies paid to or received by the receiver-manager appointed by the Defendant, Aetna Financial Services Limited, to take control and possession of the property and undertaking of Sekine Canada Ltd., save in so far as such assets do not exceed in value the sum of \$997,711.21.

In July 1982, an application to set aside this *ex parte* interlocutory order was dismissed. The terms of the injunction were modified, however, so as to restrict the movement of assets by Aetna only to the extent of \$250,000.

In the Court of Appeal, the majority determined that an injunction of the type herein issued by the Trial Division was available under the law of the Province of Manitoba and that in the circumstances the exercise of discretion by the learned trial judge should not be the subject of interven-

qu'elle avait émises à Aetna et que cette dernière avait en sa possession, Aetna a nommé unilatéralement un séquestre conformément à un droit conféré par l'acte de débenture. La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé subséquemment la nomination du séquestre. Cette nomination était faite sous réserve de toute action de Pre-Vue ou de ses actionnaires contre Aetna ou le séquestre. L'action sur laquelle est fondée la présente demande d'injonction découle de cela. Par leur déclaration en date du 30 mars 1981, Pre-Vue et ses actionnaires intentent une action en dommages-intérêts non déterminés, en prétendant notamment qu'Aetna, contrairement aux conditions de la débenture, ne lui a pas accordé le délai stipulé pour lui permettre de remédier à son manquement et qu'en conséquence la nomination du séquestre est irrégulière. Il se peut bien que cette nomination du séquestre soulève des questions qui n'ont cependant aucune importance pour ce qui est de trancher le présent pourvoi, étant donné que celui-ci ne porte que sur l'injonction interlocutoire. Quelque deux ans après la confirmation par la cour de la nomination du séquestre-administrateur, les intimés ont demandé et obtenu l'injonction en question, par laquelle l'appelante s'est vu:

[TRADUCTION] ... interdire, jusqu'à nouvel ordre de la cour, de sortir du Manitoba les éléments d'actif qu'elle y possède ou de les aliéner ou d'en disposer autrement, y compris en particulier toute somme payée au séquestre-administrateur nommé par la défenderesse Aetna Financial Services Limited en vue d'avoir le contrôle et la possession des biens et de l'entreprise de Sekine Canada Ltd., ou toute somme reçue par lui, sauf dans la mesure où la valeur de ces éléments d'actif n'excède pas 997 711,21 \$.

En juillet 1982, une demande d'annulation de cette ordonnance interlocutoire *ex parte* a été rejetée. Toutefois, les conditions de l'injonction ont été modifiées de manière à ce qu'Aetna ne puisse transférer ses biens que jusqu'à concurrence de 250 000 \$.

La Cour d'appel à la majorité a décidé qu'une injonction du genre de celle émanant de la Division de première instance pouvait être prononcée en vertu du droit en vigueur dans la province du Manitoba et que dans ces circonstances la Cour d'appel ne devait pas intervenir dans l'exercice du

tion by the Court of Appeal. The majority varied the judgment of the Trial Division only to the extent of "permitting the discharge of the injunction, on the posting of security by Aetna".

Huband J.A. dissented, not on the grounds that the so-called *Mareva* injunction is not available in law in the Province of Manitoba, but that under the circumstances injunctive relief should not have been granted. His Lordship summarized his position:

It seems to me that a *Mareva* injunction should be issued in this jurisdiction only where a strong case has been made out that it is necessary to do so to prevent an imminent injustice.

Far from a strong case, I think the present application for injunctive relief is decidedly weak. It has none of the elements of fraud or sham or movement of assets in order to escape lawful claims which have become part of the jurisprudence justifying *Mareva*-type injunctions.

There are three threshold issues:

- (a) As a matter of law, is this type of injunction available in Manitoba?
- (b) Is this type of injunction available in the circumstances revealed in the record on this appeal?
- (c) Is the exercise of discretion by the court of first instance properly reviewable on appeal?

The rule as to the availability of an interlocutory injunction generally has been variously stated but, in my view, it is convenient to refer to the succinct description of that order as found in *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843, where McRuer C.J.H.C. stated, at pp. 854-55:

The granting of an interlocutory injunction is a matter of judicial discretion, but it is a discretion to be exercised on judicial principles. I have dealt with this matter at length because I wish to emphasize how important it is that parties should not be restrained by interlocutory injunctions unless some irreparable injury is likely to accrue to the plaintiff, and the Court should be particularly cautious where there is a serious question as to whether the plaintiff would ever succeed in the

pouvoir discrétionnaire du savant juge de première instance. La cour à la majorité n'a modifié le jugement de la Division de première instance que dans la mesure nécessaire pour [TRADUCTION] «autoriser la levée de l'injonction par suite de la consignation d'une sûreté par Aetna».

Le juge d'appel Huband a exprimé une dissidence non pas parce que l'injonction dite *Mareva* n'existe pas dans le droit en vigueur dans la province du Manitoba, mais parce que, dans les circonstances, elle n'aurait pas dû être accordée. Le juge résume ainsi sa position:

[TRADUCTION] Il me semble qu'une injonction *Mareva* ne devrait être prononcée dans notre ressort que si l'on a bien établi qu'elle est nécessaire pour empêcher qu'une injustice imminente ne soit commise.

Je crois que manifestement la présente demande d'injonction est loin d'être bien fondée. Elle ne comporte aucun élément de fraude, de trompe-l'oeil ou de transfert de biens afin d'échapper à des réclamations légitimes, qui sont devenus partie intégrante de la théorie juridique justifiant les injonctions de type *Mareva*.

Trois questions se posent au départ:

- a) Sur le plan du droit, peut-on obtenir ce genre d'injonction au Manitoba?
- b) Peut-on obtenir ce genre d'injonction dans les circonstances qui ressortent du dossier d'appel?
- c) Peut-on examiner en appel l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par la cour de première instance?

La règle concernant l'obtention d'une injonction interlocutoire de manière générale a été diversement énoncée mais, à mon avis, il convient de mentionner la description succincte qu'en donne l'arrêt *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843, où le juge en chef McRuer de la Haute Cour affirme, aux pp. 854 et 855:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une injonction interlocutoire, mais ce pouvoir doit être exercé en fonction de principes judiciaires. J'ai traité ce sujet en profondeur parce que je veux souligner l'importance de ne restreindre la liberté des parties par des injonctions interlocutoires que si le demandeur risque de subir un préjudice irréparable, et la cour devrait faire preuve de prudence particulièrement lorsqu'il existe un doute sérieux sur les

action. I may put it in a different way: If on one hand a fair *prima facie* case is made out and there will be irreparable damage if the injunction is not granted, it should be granted, but in deciding whether an interlocutory injunction should be granted the defendant's interests must receive the same consideration as the plaintiff's.

Reconsideration of the requirement that the plaintiff must show a "strong *prima facie* case" has come in the wake of the decision of the House of Lords in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396. However, the other principles enunciated by McRuer C.J.H.C. remain unimpaired. As a general proposition, it can be fairly stated that in the scheme of litigation in this country, orders other than purely procedural ones are difficult to obtain from the Court prior to trial. Where the injunction maintains the *status quo* in a way which is fair to both sides, the order is attainable; but, simply because the order would not injure the defendant is not sufficient reason to move the Court to grant what is generally regarded as an extraordinary intervention. In *Law Society of Upper Canada v. MacNaughton*, [1942] O.W.N. 551, Rose C.J.H.C. stated at p. 551:

I have always understood the rule to be that the question is not whether the injunction will harm the defendant, but whether it is probable that unless the defendant is restrained, wrongful acts will be done which will do the plaintiff irreparable injury.

A second and much higher hurdle facing the litigant seeking the exceptional order is the simple proposition that in our jurisprudence, execution cannot be obtained prior to judgment and judgment cannot be recovered before trial. Execution in this sense includes judicial orders impounding assets or otherwise restricting the rights of the defendant without a trial. This was enunciated by Cotton L.J. in *Lister & Co. v. Stubbs*, [1886-90] All E.R. 797, at p. 799, as follows:

I know of no case where, because it is highly probable if the action were brought the plaintiff could establish

chances du demandeur d'avoir gain de cause. Cela peut se formuler différemment: si la preuve à première vue démontre qu'il s'ensuivra un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée, alors l'injonction devrait l'être, mais pour décider ou non de l'accorder, les intérêts du défendeur doivent être pris en considération de la même façon que ceux du demandeur.

L'exigence que le demandeur fasse une «preuve suffisante à première vue» a été réexaminée à la suite de l'arrêt de la Chambre des lords *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396. Toutefois, les autres principes énoncés par le juge en chef McRuer de la Haute Cour demeurent inchangés. De manière générale, on peut dire à juste titre que, dans notre système judiciaire, il est difficile d'obtenir, avant le procès, des ordonnances autres que celles qui se rapportent simplement à la procédure. L'injonction qui maintient le statu quo d'une manière équitable pour les deux parties peut être obtenue, mais le seul fait que l'ordonnance ne causerait pas un préjudice au défendeur n'est pas une raison suffisante pour que la cour intervienne d'une façon généralement considérée comme extraordinaire. Dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada v. MacNaughton*, [1942] O.W.N. 551, le juge en chef Rose de la Haute Cour affirme, à la p. 551:

[TRADUCTION] D'après la conception que j'ai toujours eu de la règle, la question est de savoir non pas si l'injonction causerait un préjudice au défendeur, mais plutôt s'il est probable qu'à moins d'imposer des restrictions à la liberté du défendeur il y aura perpétration d'actes répréhensibles qui causeront au demandeur un préjudice irréparable.

Le second obstacle beaucoup plus grand auquel doit faire face la partie qui demande cette ordonnance exceptionnelle est la simple proposition que, selon notre droit, la saisie-exécution ne peut pas être obtenue avant le jugement et que le jugement ne peut être obtenu avant le procès. La saisie-exécution, dans ce sens, comprend les ordonnances judiciaires de saisie de biens ou celles qui limitent autrement sans procès les droits du défendeur. C'est ce qu'a énoncé le lord juge Cotton dans l'arrêt *Lister & Co. v. Stubbs*, [1886-90] All E. R. 797, à la p. 799:

[TRADUCTION] Je ne connais aucune affaire où, parce qu'il est très probable que si l'action était intentée le

that there was a debt due to him by the defendant, the defendant has been ordered to give a security till the debt has been established by the judgment or decree.

Similarly, the limited availability of an injunction to enjoin a defendant from disposing of his assets was referred to in *Burdett v. Fader* (1903), 6 O.L.R. 532, (affirmed (1904), 7 O.L.R. 72), at p. 533, by Boyd C.:

The plaintiff may or may not get judgment in the case, but he proposes to restrain the sale or disposition of this stock by the defendant till that is finally determined.

There is no authority for such a course in an action of tort. If the plaintiff is a creditor before judgment, he can sue on behalf of himself and all creditors to attack a fraudulent transfer. If the plaintiff is a judgment creditor, he can proceed by execution to secure himself upon the debtor's property. But if the litigation is merely progressing and the status of creditor not established, it is not the course of the Court to interfere *quia timet* and restrain the defendant from dealing with his property until the rights of the litigants are ascertained.

The principle has been restated in modern times in *Barclay-Johnson v. Yuill*, [1980] 3 All E.R. 190, where Megarry V.C. stated, at p. 193:

In broad terms, this establishes the general proposition that the court will not grant an injunction to restrain the defendant from parting with his assets so that they may be preserved in case the plaintiff's claim succeeds. The plaintiff, like other creditors of the defendant, must obtain his judgment and then enforce it. He cannot prevent the defendant from disposing of his assets *pendente lite* merely because he fears that by the time he obtains judgment in his favour the defendant will have no assets against which the judgment can be enforced. Were the law otherwise, the way would lie open to any claimant to paralyse the activities of any person or firm against whom he makes his claim by obtaining an injunction freezing their assets.

This problem has been stated and restated many times in this country in the courts of Manitoba and elsewhere: *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 446, 7

demandeur pourrait établir que le défendeur est son débiteur, il a été ordonné au défendeur de fournir une sûreté jusqu'à ce qu'on ait établi la créance par jugement.

<sup>a</sup> De même, les possibilités limitées d'obtenir une injonction interdisant à un défendeur d'aliéner ses biens sont mentionnées par le chancelier Boyd dans la décision *Burdett v. Fader* (1903), 6 O.L.R. 532, (confirmée à (1904), 7 O.L.R. 72), à la p. 533:

[TRADUCTION] Il se peut que le demandeur ait ou n'ait pas gain de cause en l'espèce; il propose néanmoins d'empêcher le défendeur de vendre ou d'aliéner ces actions jusqu'à ce qu'un jugement définitif ait été rendu.

Aucun précédent ne justifie une telle démarche dans une action délictuelle. Si le demandeur est créancier avant jugement, il peut agir en son nom et en celui de tous les créanciers pour attaquer un transfert frauduleux. Si le demandeur est créancier en vertu d'un jugement, il peut procéder par voie de saisie-exécution pour prendre en garantie le bien de son débiteur. Mais si le litige est simplement en cours et que le statut de créancier reste à établir, il n'appartient pas à la cour d'intervenir *quia timet* et d'empêcher le défendeur de disposer de son bien tant que les droits des parties n'auront pas été établis.

Ce principe a été énoncé de nouveau récemment dans l'arrêt *Barclay-Johnson v. Yuill*, [1980] 3 All E.R. 190, où le vice-chancelier Megarry affirme, à la p. 193:

[TRADUCTION] De manière générale, cela démontre le principe général selon lequel la cour n'accordera pas une injonction pour empêcher le défendeur de se départir de ses biens afin de les préserver au cas où le demandeur aurait gain de cause. Le demandeur, comme tout autre créancier du défendeur, doit d'abord obtenir un jugement en sa faveur puis le faire exécuter. Il ne peut empêcher le défendeur d'aliéner ses biens *pendente lite* simplement parce qu'il craint qu'au moment où il obtiendra un jugement en sa faveur le défendeur n'aura plus aucun bien sur lequel pourra porter l'exécution du jugement. La loi disposerait-elle autrement qu'il serait possible à un demandeur de paralyser les activités de n'importe quelle personne ou société visée par sa demande en obtenant une injonction gelant leurs biens.

Ce problème a été énoncé à maintes reprises par les tribunaux manitobains et ceux d'autres provinces: *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 446, 7 C.P.C. 57

C.P.C. 57 (Ont. H.C.); *Pivovaroff v. Chernabaeff* (1977), 16 S.A.S.R. 329; *Bedell v. Gefaell (No. 2)*, [1938] O.R. 726 (C.A.); *Hepburn v. Patton* (1879), 26 Gr. 597; *Pacific Investment Co. v. Swan* (1898), 3 Terr. L. R. 125; *Ferguson v. Ferguson* (1916), 26 Man. Rep. 269.

The general rule in *Lister* has had wide application in the law. See Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), at pp. 94-97. However, the abhorrence which the common law has felt toward allowing execution before judgment has always been subject to some obvious exceptions:

1. for the preservation of assets, the very subject matter in dispute, where to allow the adversarial process to proceed unguided would see their destruction before the resolution of the dispute:

To a large extent this exception to the *Lister* rule has been codified in the various provincial and federal procedural rules. Rule 330(1) of *The Queen's Bench Rules* (Man.) is typical and provides:

330 (1) The court may, on the application of any party and on such terms as may be just, make an order for the detention or preservation of property, being the subject of the action, . . .

See also: Ontario, *Rules of Practice*, R.R.O. 1980, Reg. 540, R. 372;

*Federal Court Rules*, Rule 470(1);

Nova Scotia, *Civil Procedure Rules*, R. 43.02;

Saskatchewan, *The Queen's Bench Rules*, R. 389;

Alberta, *The Supreme Court Rules*, R. 468.

That the courts had jurisdiction to make an order for the preservation of property pending litigation was, however, recognised even prior to passage of the Rules. In *Great Western Railway Co. v. Birmingham & Oxford Junction Railway Co.* (1848), 2 Ph. 597, 41 E.R. 1074, Cottenham L.C. observed, at p. 1076, as follows:

It is certain that the Court will in many cases interfere and preserve property in *statu quo* during

(H.C. Ont.); *Pivovaroff v. Chernabaeff* (1977), 16 S.A.S.R. 329; *Bedell v. Gefaell (No. 2)*, [1938] O.R. 726 (C.A.); *Hepburn v. Patton* (1879), 26 Gr. 597; *Pacific Investment Co. v. Swan* (1898), 3 Terr. L. R. 125; *Ferguson v. Ferguson* (1916), 26 Man. Rep. 269.

La règle générale énoncée dans l'arrêt *Lister* a été largement appliquée. Voir Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), aux pp. 94 à 97. Toutefois l'aversion de la *common law* pour la saisie avant jugement a toujours fait l'objet de certaines exceptions évidentes:

1. afin de préserver les biens directement en cause dans le litige, dont la destruction surviendrait avant que le litige soit tranché si on permettait à la procédure contradictoire de suivre son cours sans intervention:

Dans une large mesure, cette exception à la règle de l'arrêt *Lister* a été codifiée dans les différentes règles de procédure des tribunaux provinciaux et fédéraux. Un exemple typique est le par. 330(1) de *The Queen's Bench Rules* (Man.), qui prévoit:

[TRADUCTION] 330 (1) La Cour peut, à la demande de l'une des parties et aux conditions qui peuvent être justes, ordonner le séquestre ou la préservation des biens faisant l'objet de l'action, . . .

Voir aussi: *Rules of Practice* de l'Ontario, R.R.O. 1980, Reg. 540, R. 372;

*Règles de la Cour fédérale*, règle 470(1);

*Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, R. 43.02;

*The Queen's Bench Rules* de la Saskatchewan, R. 389;

*The Supreme Court Rules* de l'Alberta, R. 468.

La compétence des tribunaux pour rendre une ordonnance de préservation de biens pendant le litige était cependant reconnue même avant l'adoption de ces règles. Dans l'arrêt *Great Western Railway Co. v. Birmingham & Oxford Junction Railway Co.* (1848), 2 Ph. 597, 41 E.R. 1074, le lord chancelier Cottenham fait remarquer, à la p. 1076:

[TRADUCTION] Il est certain que, dans bien des cas, la cour interviendra pour préserver le *statu quo*

the pendency of a suit, in which the rights to it are to be decided, and *that* without expressing, and often without having the means of forming, any opinion as to such rights. It is true that no purchaser *pendente lite* would gain a title; but it would embarrass the original purchaser in his suit against the vendor, which the Court prevents by its injunction. Such are the cases *Echliff v. Baldwin* (16 Ves. 267), *Curtes v. Lord Buckingham* (3 V. & B. 168), *Spiller v. Spiller* (3 Swan. 556), per Lord Redesdale in Dow. 440. It is true that the Court will not so interfere, if it thinks that there is no real question between the parties; but seeing that there is a substantial question to be decided, it will preserve the property until such question can be regularly disposed of. In order to support an injunction for such purpose, it is not necessary for the Court to decide upon the merits in favour of the Plaintiff.

Although the *Great Western Railway* case, *supra*, was decided before *Lister v. Stubbs*, *supra*, it is nonetheless still accepted that an injunction to preserve the very subject-matter of the action is not to be equated with an injunction of the *Mareva* variety. This distinction was recently restated by Craig J. in *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62, at pp. 74-75:

It is unnecessary for the Court to consider the present case on the basis of a *Mareva* injunction because the very subject-matter of the action is the letter of credit in question. It is not a case of an action against a defendant based on a debt where there is a likelihood that the defendant will remove available assets. See Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (1970), p. 585, cited with approval by Lerner J. in *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 20 O.R. (2d) 566 at p. 567, 88 D.L.R. (3d) 446 at p. 447, 7 C.P.C. 57, as follows:

(a) An injunction will not be granted to restrain a defendant from parting with or encumbering his property before a creditor has established his right by judgment.

The result would be entirely different if the property likely to be disposed of is the very subject matter of the litigation.

2. where generally the processes of the court must be protected even by initiatives taken by the court itself;

pour ce qui est des biens au cours d'un litige où les droits à ces biens doivent être tranchés, et *cela* sans exprimer d'opinion sur ces droits et souvent sans avoir les moyens de s'en former une à leur sujet. Il est vrai qu'un acheteur *pendente lite* n'acquerrait aucun titre de propriété, mais cela gênerait l'acheteur initial dans son action contre le vendeur, ce que la cour permet d'éviter par son injonction. Telles sont les affaires *Echliff v. Baldwin* (16 Ves. 267), *Curtes v. Lord Buckingham* (3 V. & B. 168), *Spiller v. Spiller* (3 Swan. 556), lord Redesdale dans Dow. 440. Il est vrai que la cour n'interviendra pas de cette manière si elle pense qu'il n'y a pas de véritable problème entre les parties; mais si elle constate qu'une question importante doit être tranchée, elle préservera les biens tant que cette question n'aura pas été régulièrement tranchée. Pour justifier une injonction en ce sens, il n'est pas nécessaire que la cour se prononce sur le fond en faveur du demandeur.

Bien que l'arrêt *Great Western Railway*, précité, ait été rendu avant l'arrêt *Lister v. Stubbs*, précité, il est néanmoins reconnu qu'une injonction visant à préserver l'objet même de l'action ne doit pas être assimilée à une injonction de type *Mareva*. Cette distinction a récemment été énoncée de nouveau par le juge Craig dans l'affaire *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62, aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que la cour examine le présent cas en fonction de l'injonction *Mareva* car l'objet même de l'action est la lettre de crédit en question. Il ne s'agit pas d'une action contre un défendeur fondée sur une créance où il y a des chances que le défendeur fasse disparaître des biens existants. Voir Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (1970), p. 585, cité avec approbation par le juge Lerner dans *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* (1978), 20 O.R. (2d) 566, à la p. 567, 88 D.L.R. (3d) 446, à la p. 447, 7 C.P.C. 57:

a) Une injonction ne sera pas accordée pour empêcher un défendeur de se départir de son bien ou de le grever avant que le créancier n'ait établi son droit au moyen d'un jugement.

Le résultat serait totalement différent si le bien qui risque d'être aliéné constituait l'objet même du litige.

2. en général, lorsque le fonctionnement du tribunal doit être protégé, au besoin à l'initiative même du tribunal;

3. to prevent fraud both on the court and on the adversary:

In *Campbell v. Campbell* (1881), 29 Gr. 252, both the general rule and the exception to it on the basis of fraud, were succinctly stated by Boyd C. at p. 254-55, as follows:

Where no fraud has been committed the Court will not restrain a defendant from dealing with his property at the instance of a creditor or person who has not established his right to proceed against that property. But where a fraudulent disposal has actually been made of the defendant's property, (as is admitted by the demurrer in this case,) then the Court will intercept the further alienation of the property, and keep it in the hands of the grantee under the impeached conveyance, until the plaintiff can obtain a declaration of its invalidity, and a recovery of judgment for the amount claimed.

More recent cases in which the fraud exception have been applied include *Toronto (City of) v. McIntosh* (1977), 16 O.R. (2d) 257 (Ont. H.C.J.); and *Mills and Mills v. Petrovic* (1980), 30 O.R. (2d) 238 (Ont. H.C.J.)

4. *quia timet* injunctions were generally permitted under extreme circumstances which included a real or impending threat to remove contested assets from the jurisdiction.

Initially the Court of Appeal of the United Kingdom found its jurisdiction to issue this type of *quia timet* order in a section of the judicature legislation that ultimately became s. 45(1) of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, 15 & 16 Geo. 5, c. 49, which authorizes the court to issue an injunction where it appears to the court "to be just or convenient" that the order should be made. In the rise of the *Mareva* injunction in the Court of Appeal, the source of authority for the Supreme Court was found to reside in this provision which can be traced back through a succession of statutes reaching back to at least *The Common Law Procedure Act, 1854*, 17 & 18 Vict., c. 125. In later pronouncements concerning this type of injunction, the jurisdiction to do so has been traced even further back into the antiquity of the London Commercial Court. As we shall see, Canadian legislation has followed the same course

3. afin de prévenir toute fraude au préjudice du tribunal ou de la partie adverse:

Dans *Campbell v. Campbell* (1881), 29 Gr. 252, la règle générale ainsi que son exception fondée sur la fraude ont été succinctement exposées par le chancelier Boyd, aux pp. 254 et 255:

[TRADUCTION] Si aucune fraude n'a été commise, la cour n'empêchera pas un défendeur de disposer de son bien à la demande d'un créancier ou d'une personne qui n'a pas établi son droit d'agir contre ce bien. Mais, s'il y a déjà eu disposition frauduleuse du bien du défendeur (comme on le reconnaît dans l'exception en l'espèce), la cour mettra fin à toute aliénation subséquente du bien en le séquestrant dans les mains du cessionnaire aux termes de la cession attaquée jusqu'à ce que le demandeur puisse obtenir une déclaration d'invalidité et recouvrer par jugement la somme réclamée.

Parmi les affaires plus récentes où l'exception de fraude a été appliquée, il y a *Toronto (City of) v. McIntosh* (1977), 16 O.R. (2d) 257 (H.C.J. Ont.) et *Mills and Mills v. Petrovic* (1980), 30 O.R. (2d) 238 (H.C.J. Ont.)

4. Des injonctions *quia timet* ont généralement été permises dans des circonstances extrêmes, notamment lorsqu'il y avait menace réelle ou imminente de faire sortir du ressort les biens contestés.

Initialement, la Cour d'appel du Royaume-Uni a fondé son pouvoir de rendre ce genre d'ordonnance *quia timet* sur un article de la législation sur l'organisation judiciaire, qui a fini par devenir l'art. 45(1) de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, 15 & 16 Geo. 5, chap. 49, qui autorise la cour à prononcer une injonction lorsqu'il lui paraît [TRADUCTION] «juste ou opportun» de le faire. Lors de l'avènement de l'injonction *Mareva* en Cour d'appel, on a conclu que le pouvoir de la Cour suprême découlait de cette disposition qu'on peut retracer dans une série de lois qui remontent au moins jusqu'à la *Common Law Procedure Act, 1854*, 17 & 18 Vict., chap. 125. Dans les dernières décisions concernant ce genre d'injonction, le pouvoir de la prononcer est retracé encore plus loin jusqu'à l'antique tribunal de commerce de Londres. Comme nous le verrons, la législation canadienne a suivi la même évolution

as s. 45. *Lister, supra* and many other authorities, notably *Aslatt v. Southampton (Corporation of)* (1880), 16 Ch.D. 143, have made it clear, however, that these words in the statute do not authorize a court to issue an injunction "because the Court thought it convenient". Nor in the words of the authors of *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 24, p. 518, paragraph 918, has this provision altered the general rules applying to the issuance of interlocutory injunctions.

Section 19(1) of the Ontario *Judicature Act* is to the same effect as the United Kingdom provision, as are most of the comparable provisions in provincial statutes across the country:

British Columbia, *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36

Alberta, *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 13(2)

Saskatchewan, *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(8)

Manitoba, *The Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280, s. 59

Ontario, *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, s. 19(1)

Nova Scotia, *Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2, s. 39(9)

New Brunswick, *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 33, am. 1981 (N.B.), c. 6, s. 1

Prince Edward Island, *Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. J-3, s. 15(4)

Newfoundland, *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, c. 187, s. 21(m)

We are here particularly concerned with s. 59(1) of *The Queen's Bench Act* of Manitoba, *supra*.

The Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, provides for interlocutory injunctions in art. 752 "where the applicant appears to be entitled to it". These words, given their plain meaning, clothe the court with at least as much authority and latitude as the jurisdiction to enjoin where it is found "to be just and convenient". The article goes

que l'article 45. Toutefois, il ressort nettement de l'arrêt *Lister*, précité, et d'un bon nombre d'autres précédents, dont *Aslatt v. Southampton (Corporation of)* (1880), 16 Ch.D. 143, que les termes de cette loi n'autorisent pas une cour à prononcer une injonction [TRADUCTION] «parce que la cour juge opportun de le faire». D'après les auteurs de *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 24, p. 518, paragraphe 918, cette disposition n'a pas non plus modifié les règles générales applicables à la délivrance des injonctions interlocutoires.

Le paragraphe 19(1) de la *Judicature Act* de l'Ontario va dans le même sens que la disposition du Royaume-Uni, tout comme la plupart des dispositions semblables que l'on trouve dans les lois des autres provinces canadiennes:

Colombie-Britannique: *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 224, art. 36

Alberta: *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, par. 13(2)

Saskatchewan: *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, chap. Q-1, par. 45(8)

Manitoba: *The Queen's Bench Act*, C.C.S.M., chap. C280, art. 59

Ontario: *Judicature Act*, R.S.O. 1980, chap. 223, par. 19(1)

Nouvelle-Écosse: *Judicature Act*, 1972 (N.-É.), chap. 2, par. 39(9)

Nouveau-Brunswick: *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, art. 33, mod. par 1981 (N.-B.), chap. 6, art. 1

Île du Prince-Édouard: *Judicature Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. J-3, par. 15(4)

Terre-Neuve: *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, chap. 187, al. 21(m)

En l'espèce, le par. 59(1) de *The Queen's Bench Act* du Manitoba, précitée, nous intéresse plus particulièrement.

Le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., chap. C-25, prévoit à l'art. 752 que l'injonction interlocutoire peut être accordée «lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit». Ces termes, d'après leur sens ordinaire, confèrent à la cour au moins un pouvoir et une latitude aussi étendus que le pouvoir d'enjoindre lorsque cela est jugé [TRA-



on to provide against the very eventuality contemplated by the application for the *Mareva*-type of order here:

... and it is considered to be necessary in order to avoid serious or irreparable injury to him or a factual or legal situation of such a nature as to render the final judgment ineffectual.

The authority of the Superior Court to respond to an application based on the appropriate facts and demonstrated in the manner prescribed by the Code is at least equal to that of the superior courts of the other provinces.

The statutory powers of the courts in Manitoba to issue such injunctive relief is undoubted; the question is, as Hamilton J. put it in *Hawes v. Szewezyk*, unreported, noted at [1979] 2 A.C.W.S. 274, should the jurisdiction be exercised? This question can only be answered by balancing the principles enunciated in *Lister* on the one hand, and those of *Rasu*, *infra*, on the other.

In *Lister* itself, the issue turned on the narrow distinction on the facts of that case between the debtor-creditor relationship on the one hand (wherein no judicial intervention would be authorized before trial) and the *cestui que* trust relationship on the other hand (where judicial intervention would intervene to protect the trust *res*). *Lister* itself recognized at least three exceptions to the general principle: firstly, where the *res* of the action was demonstrably the property of the claimant; secondly, where the relationship between the adversaries included a condition whereby the defendant-debtor could not, without the acquiescence of the claimant-creditor, defend the claim; and thirdly, the trustee-beneficiary relationship.

While the law has long known exceptions to the *Lister* rule, it wasn't until a series of Maritime disputes arose that the courts consciously began to build up a special code of rules or sub-rules for the intervention by the court before judgment, and indeed, before trial, where circumstances warranted such action in the interest of the parties, the community and the law generally. Beginning in 1975, these exceptions to the *Lister* rule came into

DUCTION] «juste et opportun». L'article poursuit en prévoyant le cas même pour lequel on demande en l'espèce une ordonnance de type *Mareva*:

... et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

Le pouvoir de la Cour supérieure de donner suite à une requête fondée sur les faits appropriés de la manière prescrite par le Code est au moins égal à celui des cours supérieures des autres provinces.

Le pouvoir légal des tribunaux du Manitoba de prononcer une telle injonction est indubitable; pour reprendre les termes du juge Hamilton dans l'affaire *Hawes v. Szewezyk*, non publiée, notée à [1979] 2 A.C.W.S. 274, la question est de savoir s'il doit y avoir exercice de cette compétence. On ne peut répondre à cette question qu'en comparant les principes énoncés dans l'arrêt *Lister*, d'une part, avec ceux de l'arrêt *Rasu*, *infra*, d'autre part.

Dans l'arrêt *Lister*, le litige portait sur la distinction étroite faite, en fonction des faits de l'espèce, entre le rapport débiteur-crédancier d'une part (où aucune intervention judiciaire ne serait autorisée avant le procès) et le rapport de bénéficiaire d'une fiducie d'autre part (où il y aurait intervention judiciaire pour protéger l'objet de la fiducie). Dans l'arrêt *Lister*, on a reconnu au moins trois exceptions au principe général: premièrement, lorsque l'objet de l'action appartient de façon évidente au demandeur; deuxièmement, lorsque le lien entre les parties comporte une condition en vertu de laquelle le défendeur débiteur ne peut, sans l'assentiment du demandeur créancier, s'opposer à la demande et, troisièmement, dans le cas des rapports fiduciaire-bénéficiaire.

Si le droit connaît depuis longtemps des exceptions à la règle de l'arrêt *Lister*, ce n'est qu'après une série de différends d'ordre maritime que les tribunaux ont commencé délibérément à élaborer un code spécial de règles principales et subsidiaires d'intervention du tribunal avant le jugement et même avant le procès lorsque les circonstances le justifient dans l'intérêt des parties, de la collectivité et du droit en général. À partir de 1975, ces

judicial prominence. They have been grouped by the courts, and legal writers generally, under the new legal generic, the *Mareva* Injunction.

Beginning in early 1975, there were four cases in England arising in the shipping business where the rule in *Lister* was suspended. These are, in their chronological order:

- Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282;
- Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*, [1980] 1 All E.R. 213.
- Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, [1977] 3 All E.R. 324;
- Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine SA*, [1979] 2 All E.R. 972.

In the midst of this development process in the United Kingdom came the Australian case, *Pivovarovoff v. Chernabaeff*, *supra*, which reviewed the English authorities but declined to follow them.

In *Nippon*, *supra*, the shipowners, being unable to locate the defendant charterers, commenced an action for overdue hire and moved on an *ex parte* basis, as the defendants could not be located, for an order enjoining the defendants from transferring out of the jurisdiction moneys known to be in a London bank account in the name of the defendants. The order was granted as asked, Lord Denning M.R. stating, at p. 283:

It seems to me that the time has come when we should revise our practice. There is no reason why the High Court or this court should not make an order such as is asked for here. It is warranted by s 45 of the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925 which says the High Court may grant a mandamus or injunction or appoint a receiver by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just or convenient so to do. It seems to me that this is just such a case.

Lane L.J. agreed because of the danger of the plaintiff's losing money "... to which he is admit-

exceptions à la règle de l'arrêt *Lister* ont été mises en évidence par les tribunaux. Elles ont été réunies par les tribunaux et en général par les auteurs de doctrine sous le nouveau terme juridique générique d'injonction *Mareva*.

À partir du début de 1975, il y a eu en Angleterre quatre affaires en matière de transport maritime où la règle de l'arrêt *Lister* a été suspendue.

Ce sont, par ordre chronologique:

- Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282;
- Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*, [1980] 1 All E.R. 213;
- Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, [1977] 3 All E.R. 324;
- Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine SA*, [1979] 2 All E.R. 972.

L'affaire australienne *Pivovarovoff v. Chernabaeff*, précitée, est survenue au cours de ce processus d'évolution au Royaume-Uni. Dans cette affaire, on a passé en revue la jurisprudence anglaise, mais on a refusé de la suivre.

Dans l'arrêt *Nippon*, précité, les armateurs, incapables de localiser les affrêteurs défendeurs, ont intenté une action pour fret en souffrance et ont demandé par voie de procédure *ex parte*, puisque les défendeurs ne pouvaient être localisés, une ordonnance interdisant aux défendeurs de transférer hors du ressort des sommes d'argent qui, d'après ce que l'on savait, avaient été déposées à Londres dans un compte bancaire à leur nom. L'ordonnance demandée a été accordée, le maître des rôles lord Denning affirmant, à la p. 283:

[TRADUCTION] Il me semble que le moment est venu pour nous de réviser notre pratique. Il n'y a aucune raison pour laquelle la Haute Cour ou notre Cour ne devrait pas rendre l'ordonnance demandée en l'espèce. Elle est justifiée par l'art. 45 de la Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925 qui dit que la Haute Cour peut accorder un *mandamus* ou une injonction ou nommer un séquestre par ordonnance interlocutoire dans tous les cas où cela lui semble juste ou opportun. Il me semble qu'il s'agit justement là d'un tel cas.

Le lord juge Lane s'est dit d'accord en raison du danger que le demandeur perde une somme d'ar-

tedly entitled”, although no one made such an admission, as the defendant at no stage of the process appeared.

*Mareva, supra*, followed one month later although it was not reported until 1980. In *Mareva*, the defendant charterers again did not appear and the reference to their argument in Lord Denning’s judgment appears to be in error. The ship was out of the jurisdiction, the defendants had disappeared, and the shipowners sought to enjoin the disposal of moneys known to be in a London bank account in the name of the defendants. Because the order in *Nippon* had been made without any reference to the *Lister* case, the High Court, on *ex parte* application, had refused the injunction. In the Court of Appeal the *Lister* case was avoided by reliance upon s. 45 of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* mentioned above in the *Nippon* case and upon a commentary on the resultant powers of the court in *Halsbury’s*. Lord Denning then continued, at p. 215:

In my opinion that principle applies to a creditor who has a right to be paid the debt owing to him, even before he has established his right by getting judgment for it.

In explanation of this conclusion, the Master of the Rolls stated on the same page:

There is money in a bank in London which stands in the name of these charterers. The charterers have control of it. They may at any time dispose of it or remove it out of this country. If they do so, the shipowners may never get their charter hire. The ship is now on the high seas.

Lord Roskill, in concurring, distinguished the *Lister* case on the basis that by a clause in the charterparty, the shipowners “have a lien upon . . . all sub-freights for any amounts due under this Charter . . .”. The order in *Mareva*, it can be seen, was therefore based on the broad powers given to the court under its jurisdictional statute and in part, at least in the view of one member of the court, on the existence of a contractual lien by the plaintiffs against the prepaid sub-charterparty

gent [TRADUCTION] « . . . à laquelle il a certes droit », bien que personne ne l’ait reconnu étant donné que le défendeur n’a comparu à aucun stade de la procédure.

<sup>a</sup> L’arrêt *Mareva*, précité, a été rendu un mois plus tard bien qu’il n’ait été publié qu’en 1980. Dans l’arrêt *Mareva*, les affréteurs défendeurs là aussi n’avaient pas comparu et la mention de leur argumentation dans le jugement de lord Denning semble être une erreur. Le navire était à l’extérieur du ressort, les défendeurs avaient disparu et les armateurs voulaient qu’on empêche de disposer des sommes d’argent qui, d’après ce que l’on savait, étaient déposées à Londres dans un compte bancaire au nom des défendeurs. Étant donné que l’ordonnance de l’arrêt *Nippon* avait été rendue sans aucune mention de l’arrêt *Lister*, la Haute Cour, par suite d’une demande *ex parte*, avait refusé d’accorder l’injonction. En Cour d’appel, on a évité l’arrêt *Lister* en se fondant sur l’art. 45 de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925* mentionnée ci-dessus dans l’arrêt *Nippon*, et sur un commentaire dans *Halsbury’s* relativement aux pouvoirs qui en résultent pour la cour. Lord Denning ajoute alors, à la p. 215:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] À mon avis, ce principe s’applique au créancier qui a le droit de se faire payer la dette qui lui est due, même avant d’avoir établi son droit en obtenant un jugement à cet égard.

Pour expliquer cette conclusion, le maître des rôles affirme, à la même page:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Une somme d’argent a été déposée dans une banque à Londres au nom des affréteurs. Les affréteurs en ont le contrôle. Ils peuvent en tout temps en disposer ou la sortir du pays. S’ils le font, les armateurs peuvent ne jamais obtenir leur fret. Le navire est actuellement en haute mer.

<sup>h</sup> Lord Roskill, dont l’opinion est concordante, a fait une distinction avec l’arrêt *Lister* pour le motif qu’en vertu d’une clause de la charte-partie les armateurs [TRADUCTION] « détiennent un privilège sur . . . tous les frets subsidiaires pour toute somme due aux termes de la présente charte . . . ». On peut constater que l’ordonnance dans l’arrêt *Mareva* était donc fondée sur les pouvoirs étendus que confère à la cour sa loi attributive de compétence et en partie, tout au moins selon l’un des membres

revenues temporarily within the jurisdiction of the United Kingdom court.

In 1977, the Court of Appeal confirmed the denial of such an injunction in *Rasu*, *supra*. The defendants were clearly outside the jurisdiction but had some assets, or interest in assets, inside the U.K. The debt claimed by the plaintiff arose under a charterparty between the plaintiff as a shipowner and the defendants as charterers. Some actions taken by the defendants were capable of interpretation as an effort to transfer or deal with their assets which were in the U.K. in a manner which would put them beyond the reach of the creditors. The injunction was denied, not because there was not a *prima facie* case of liability, but because the nature of the goods under attack was such that they were wholly unrelated to the action and the claim arising in the plaintiffs, the title to the equipment in question was unclear, the removal of the goods as planned to Germany increased the likelihood of the plaintiffs being able to obtain a *Mareva*-like injunction there, and the seizure and sale of the equipment would realize only a fraction of their true worth as an integral part of a plant being built by the defendants in Indonesia. What is important in the case is the catalogue of matters which Lord Denning set out in his judgment as being those to be taken into consideration by the court in determining whether the exercise of discretion under statute should occur. These matters are:

1. The plaintiff must demonstrate a good arguable case;
2. The assets in question need not be limited to money but could include goods within the jurisdiction;
3. Where the injunction might compel the defendant to provide security, it might tilt the scales in favour of issuance of the injunction.

In justifying the earlier decisions of *Nippon* and *Mareva*, the Master of the Rolls found roots for

de la cour, sur un privilège contractuel que détiennent les demandeurs sur les revenus prépayés de la charte-partie subsidiaire et se trouvant temporairement dans le ressort de la cour du Royaume-Uni.

<sup>a</sup> En 1977, la Cour d'appel a confirmé le refus d'accorder une telle injonction dans l'arrêt *Rasu*, précité. Les défendeurs se trouvaient nettement en dehors du ressort, mais ils possédaient certains biens ou certains droits sur des biens se trouvant au Royaume-Uni. La créance que faisait valoir la demanderesse découlait d'une charte-partie intervenue entre elle, à titre d'armateur, et les défendeurs, à titre d'affrêteurs. Certaines mesures prises par les défenderesses pouvaient être interprétées comme une tentative de transférer ou d'aliéner leurs biens se trouvant au Royaume-Uni de façon à les placer hors d'atteinte des créanciers. L'injonction a été refusée non pas parce qu'il y avait absence de responsabilité à première vue, mais parce que, de par leur nature, les marchandises visées n'avaient absolument aucun lien avec l'action et la créance des demandeurs, le titre de propriété du matériel en cause n'était pas clair, le transfert projeté des marchandises en Allemagne avait pour effet d'augmenter les chances des demandeurs d'y obtenir l'équivalent d'une injonction *Mareva* et que la saisie et la vente du matériel ne permettraient de réaliser qu'une fraction de leur valeur réelle comme partie intégrante d'une usine que les défendeurs construisaient en Indonésie. Ce qui est important dans cette espèce, c'est la liste des facteurs que lord Denning présente dans son jugement comme étant ceux dont la cour doit tenir compte pour décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire légal. Ces facteurs sont les suivants:

- <sup>h</sup> 1. le demandeur doit démontrer que sa cause paraît bonne;
2. les biens en question peuvent comprendre non seulement des sommes d'argent, mais également des biens meubles se trouvant dans le ressort;
- <sup>i</sup> 3. lorsque l'injonction pourrait obliger le défendeur à fournir une sûreté, cela pourrait faire pencher la balance en faveur de la délivrance de cette injonction.

<sup>j</sup> En justifiant les décisions antérieures *Nippon* et *Mareva*, le maître des rôles a retracé les origines

such an order in the practice in the courts in the City of London, particularly the commercial courts, where the seizure orders, or injunction orders, were issued substantially to compel the defendant to appear and provide bail or security. The historical prerequisite was absence of the defendant from the jurisdiction. Lord Denning noted that the practice, apparently, has long been followed in the United States, except that it has been limited to cases where debt is due from the defendant in a liquidated discernible amount. See *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. United States*, 325 U.S. 212 (1945), at pp. 222-23. Similar remedies have been, and continue to be, in widespread use in the maritime towns of continental Europe. Accordingly, Lord Denning observed, at p. 332:

Now that we have joined the Common Market it would be appropriate that we should follow suit, at any rate in regard to defendants not within the jurisdiction. By so doing we should be fulfilling one of the requirements of the Treaty of Rome, that is the harmonisation of the laws of the member countries.

He then returned to the theme of the *Lister* principle at p. 332 when he stated:

So far as concerns defendants who are within the jurisdiction of the court and have assets here, it is well established that the court should not, in advance of any order or judgment, allow the creditor to seize any of the money or goods of the debtor or to use any legal process to do so.

There appears to be a discrepancy between these comments of the learned Master of the Rolls and those at p. 336 of the report where His Lordship stated:

I think the courts have a discretion, in advance of judgment, to issue an injunction to restrain the removal of assets, whether the defendant is within the jurisdiction or outside it.

The trial judge in *Rasu* added the further qualification that the plaintiff "has what appears to be an indisputable claim against a defendant" and reference is made with approval to this condition by the Master of the Rolls. In *Rasu*, the turning point in the line of reasoning seems to be reached

de cette ordonnance dans la pratique des tribunaux de la ville de Londres, particulièrement les tribunaux de commerce, où les ordonnances de saisie ou les injonctions étaient prononcées essentiellement pour forcer le défendeur à comparaître et à fournir un cautionnement ou une sûreté. Historiquement, la condition préalable était l'absence du défendeur du ressort. Lord Denning a fait remarquer que cette pratique a apparemment été suivie pendant longtemps aux États-Unis, sauf qu'elle a été limitée aux affaires où la dette du défendeur consistait en une somme déterminée. Voir *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. United States*, 325 U.S. 212 (1945), aux pp. 222 et 223. Des recours similaires ont été et continuent d'être largement utilisés dans les villes maritimes de l'Europe continentale. En conséquence, lord Denning fait observer, à la p. 332:

[TRADUCTION] Maintenant que nous avons adhéré au Marché commun, il serait opportun que nous emboitions le pas de toute façon à l'égard des défendeurs qui ne sont pas dans le ressort. Ce faisant, nous exécuterions l'une des obligations du traité de Rome, savoir l'harmonisation des lois des pays membres.

Il reprend ensuite le thème du principe de l'arrêt *Lister* à la p. 332 où il affirme:

[TRADUCTION] Pour ce qui est des défendeurs qui se trouvent dans le ressort de la cour et qui possèdent des biens ici, il est bien établi que la cour ne devrait pas, avant une ordonnance ou un jugement, autoriser le créancier à saisir une somme ou des biens du débiteur ou à recourir à l'une ou l'autre voie de droit pour ce faire.

Il semble y avoir contradiction entre ces observations du savant maître des rôles et celles qui figurent à la p. 336 du recueil où Sa Seigneurie affirme:

[TRADUCTION] Je crois que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire, avant jugement, de prononcer une injonction en vue d'empêcher le transfert de biens, peu importe que le défendeur se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur du ressort.

Le juge de première instance dans l'affaire *Rasu* a ajouté la condition supplémentaire que la demanderesse [TRADUCTION] «ait ce qui semble être une réclamation incontestable contre un défendeur»; le maître des rôles mentionne cette condition en l'approuvant. Dans l'arrêt *Rasu*, le point tournant du

when the defendants, unlike the defendants in *Mareva* and *Nippon*, appeared in court to defend the claim.

The final dissertation in the Court of Appeal of the United Kingdom on the subject of these injunctions to which I wish, at present, to refer is found in *Third Chandris, supra*, again principally through the judgment of Lord Denning. Here the injunction was issued in the court of first instance and confirmed by the Court of Appeal, apparently because the defendants were outside the jurisdiction, provided no financial returns in the proceedings, or indeed in Panama, the country of registry of the defendants' business, but did have a bank account in London in which had been deposited the proceeds of a subcharterparty entered into after the execution by the defendants of the charter party from the plaintiff shipowners. The extraordinary factual feature was that the injunction restrained the removal from the jurisdiction of moneys in the defendants' London bank account, although the evidence clearly indicated that the account was in overdraft. Again, the Master of the Rolls catalogued the hurdles which a plaintiff must surmount in order to obtain this type of injunction. They are much the same as in *Rasu* except that (at p. 985) the Master of the Rolls placed more emphasis on the requirement that the plaintiff demonstrate belief in a risk that the assets would be removed before the judgment or award is satisfied. "The mere fact that the defendant is abroad is not by itself sufficient". Additionally, a contrast is drawn between a foreign corporation of substance and one operating in a country where no financial disclosure is required and nothing is placed before the court to ascertain the magnitude of the risk of non-payment of any judgment recovered by the plaintiff. In particular, His Lordship went on to observe, at p. 985:

There is no reciprocal enforcement of judgments. It is nothing more than a name grasped from the air, as elusive as the Cheshire cat.

Lawton L.J. referred to the fact that the defendant's assets may be ships flying 'the so-called flags

raisonnement semble avoir été atteint lorsque les défenderesses, contrairement à celles des affaires *Mareva* et *Nippon*, ont comparu pour contester la réclamation.

<sup>a</sup> L'exposé final que l'on a fait en Cour d'appel de l'Angleterre au sujet de ces injonctions et que je souhaite maintenant mentionner, se trouve dans l'arrêt *Third Chandris*, précité, et encore une fois <sup>b</sup> principalement dans les motifs de lord Denning. En l'espèce, l'injonction prononcée par la cour de première instance a été confirmée par la Cour d'appel apparemment pour les motifs suivants: les défenderesses étaient en dehors du ressort, elles <sup>c</sup> n'avaient produit aucun état financier au cours des procédures ni même à Panama, le pays d'enregistrement de leur entreprise, mais elles avaient à Londres un compte bancaire où avaient été déposées les recettes d'une charte-partie subsidiaire <sup>d</sup> conclue après la signature par les défenderesses de la charte-partie consentie par les armateurs demandeurs. Fait extraordinaire, l'injonction interdisait de sortir du ressort les sommes déposées à <sup>e</sup> Londres dans le compte bancaire des défenderesses même s'il ressortait clairement de la preuve que le compte était à découvert. De nouveau, le maître des rôles a énuméré les obstacles qu'un demandeur doit surmonter pour obtenir ce genre d'injonction. <sup>f</sup> Ce sont à peu près les mêmes que dans l'arrêt *Rasu* sauf que (à la p. 985) le maître des rôles insiste davantage sur l'obligation que le demandeur démontre sa conviction qu'il y a un risque que les biens soient transférés avant l'exécution du <sup>g</sup> jugement ou de la décision. [TRADUCTION] «Le simple fait que le défendeur soit à l'étranger n'est pas suffisant en soi.» En outre, on met en contraste la personne morale étrangère véritable avec celle <sup>h</sup> qui a des activités dans un pays où la production d'un état financier n'est pas requise, et la cour n'a été saisie d'aucun élément lui permettant de vérifier l'ampleur du risque de non-paiement de tout jugement obtenu par la demanderesse. En particulier, Sa Seigneurie fait observer, à la p. 985:

[TRADUCTION] Il n'existe pas d'exécution réciproque des jugements. Ce n'est rien de plus qu'un terme abstrait, aussi insaisissable que le «chat Cheshire».

<sup>j</sup> Le lord juge Lawton a mentionné le fait que les biens de la défenderesse peuvent être constitués de

of convenience' with little or no trace of substantive worth in the defendant, in or outside the jurisdiction. At p. 987 he expressed the sense of risk which must be found by the court to exist before the issuance of these extraordinary injunctions:

There must be facts from which the Commercial Court, like a prudent, sensible commercial man, can properly infer a danger of default if assets are removed from the jurisdiction.

The mere fact that the defendant was a foreign corporation was not, in the view of Lawton L.J., by itself, sufficient to justify this injunction.

In *Pivovarov v. Chernbaeff*, *supra*, Chief Justice Bray, of the Supreme Court of South Australia, set aside the injunction which had been granted to a plaintiff to restrain the defendants from disposing of some real estate which was unrelated to the personal injury claims of the plaintiff. The injunction had been granted on the basis of a belief held by the plaintiff that the defendant, upon the sale of such assets, might leave the country before the trial of the action. The Chief Justice did not follow the *Mareva* cases, largely because the defendant resided in the jurisdiction, but His Lordship added at p. 338:

I am far from satisfied that even in the case of a defendant outside the jurisdiction with assets within it it would be proper to issue an injunction of the type in question here.

The Chief Justice found no escape from the general principle enunciated in *Robinson v. Pickering* (1881), 16 Ch.D. 660, *per* James L.J. at p. 661: |

You cannot get an injunction to restrain a man who is alleged to be a debtor from parting with his property.

The Chief Justice then added, at p. 338:

Those cases do not contain any exception for defendants outside the jurisdiction.

The Australian court referred to the judgment of Schroeder J.A. in *Bradley Bros. (Oshawa) Ltd. v. A to Z Rental Canada Ltd.* (1970), 14 D.L.R. j

navires battant «pavillons dits de complaisance» de peu de valeur réelle ou sans valeur réelle pour la défenderesse, à l'intérieur ou à l'extérieur du ressort. À la p. 987, il parle du sentiment de risque dont la Cour doit constater l'existence avant de prononcer ces injonctions extraordinaires:

[TRADUCTION] Il doit y avoir des faits à partir desquels le tribunal de commerce, tout comme un bon commerçant prudent, peut régulièrement déduire qu'il y aura un danger de défaut de paiement si les biens sortent du ressort.

Le simple fait que la défenderesse soit une société étrangère n'était pas, aux yeux du lord juge Lawton, suffisant en soi pour justifier cette injonction.

Dans l'arrêt *Pivovarov v. Chernbaeff*, précité, le juge en chef Bray de la Cour suprême d'Australie méridionale a annulé l'injonction qui avait été accordée au demandeur en vue d'empêcher les défendeurs d'aliéner certains biens immobiliers qui n'avaient rien à voir avec les réclamations pour préjudice personnel du demandeur. L'injonction avait été accordée en fonction de la conviction du demandeur que le défendeur, après avoir vendu ces biens, pourrait quitter le pays avant l'instruction de l'action. Le juge en chef n'a pas suivi les arrêts *Mareva* surtout parce que le défendeur habitait dans le ressort, mais il a ajouté, à la p. 338:

[TRADUCTION] Je suis loin d'être convaincu, même dans le cas d'un défendeur qui est à l'extérieur du ressort, mais dont certains biens s'y trouvent, qu'il serait approprié de prononcer une injonction du genre dont il est question en l'espèce.

Le juge en chef a décidé qu'il n'y avait aucune échappatoire au principe général énoncé dans *Robinson v. Pickering* (1881), 16 Ch.D. 660, le lord juge James, à la p. 661: h

[TRADUCTION] Il n'est pas possible d'obtenir une injonction en vue d'empêcher un prétendu débiteur de se départir de son bien.

Le juge en chef ajoute ensuite, à la p. 338:

[TRADUCTION] Ces affaires ne prévoient aucune exception pour les défendeurs qui sont à l'extérieur du ressort.

La cour australienne a mentionné le jugement du juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bradley Bros. (Oshawa) Ltd. v. A to Z*

(3d) 171, in the Court of Appeal of Ontario, where authorities were applied with the same result. Both courts shied away from the obvious danger of judicial interference with the operations of corporate enterprises where a creditor might see in many management dealings a real risk of loss of assets before the creditor would be able to demonstrate his claim.

The United Kingdom *Mareva* rule might, as Lord Denning observed in *Rasu*, find harmony with the British position in the Common Market, but, as pointed out in *Pivovarovoff*, *supra*, that consideration has no relevancy in Australia, nor indeed would it have any relevancy in any country not bound by the Treaty of Rome.

As for the asserted jurisdiction founded on the judicature legislation in the United Kingdom, Chief Justice Bray described s. 45 as “a machinery section”. In the words of the learned authors of *Halsbury’s Laws of England* (3rd ed.), vol. 21, p. 348, paragraph 729 [*Halsbury’s Laws of England* (4th ed.), vol. 24, p. 518, paragraph 918], s. 45 “did not alter the principles upon which the court acted in granting injunctions”. To the same effect, see *Kerr on Injunctions* (6th ed. 1927), p. 6. Furthermore, Chief Justice Bray in *Pivovarovoff*, *supra*, at p. 340, thought that:

It would seem unlikely that an alternative process of summary execution in anticipation of judgment, available for unliquidated damages as well as for liquidated debts due and payable, should have been slumbering unsuspected for over a century in the interstices of s. 29(1) and its predecessor and its analogues.

The learned justice was there referring to the Australian counterpart of s. 45 discussed by the Court of Appeal of the United Kingdom in the *Mareva* cases.

What therefore sprung out of the fertile ground of jurisprudence in the mid-1970’s in the courts of the United Kingdom as a limited interlocutory injunctive remedy for plaintiffs who were in pursuit of ubiquitous charterers of shipping, has matured into a sub-principle or exception to a

*Rental Canada Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 171, où la jurisprudence appliquée a permis d’en arriver au même résultat. Les deux cours ont reculé devant le danger évident d’intervention judiciaire dans les activités d’entreprises commerciales où un créancier pourrait voir dans un bon nombre d’opérations de gestion un risque réel de perte de biens avant qu’il ne soit à même d’établir sa réclamation.

La règle *Mareva* du Royaume-Uni pourrait, comme l’a fait remarquer lord Denning dans l’arrêt *Rasu*, s’accorder avec la position britannique dans le Marché commun, mais, comme on le souligne dans l’arrêt *Pivovarovoff*, précité, ce facteur est sans importance en Australie, tout comme il le serait dans tout pays non lié par le traité de Rome.

Quant à la revendication de compétence fondée sur la législation en matière d’organisation judiciaire au Royaume-Uni, le juge en chef Bray a décrit l’art. 45 comme [TRADUCTION] «un simple mécanisme». Pour reprendre les termes des savants auteurs de *Halsbury’s Laws of England* (3rd ed.), vol. 21, p. 348, paragraphe 729 [*Halsbury’s Laws of England* (4th ed.), vol. 24, p. 518, paragraphe 918], l’art. 45 [TRADUCTION] «n’a pas modifié les principes sur lesquels les tribunaux se fondent pour accorder des injonctions». Dans le même sens, voir *Kerr on Injunctions* (6th ed. 1927), p. 6. De plus, à la p. 340 de l’arrêt *Pivovarovoff*, précité, le juge en chef Bray a estimé que:

[TRADUCTION] Il semblerait peu probable qu’un processus subsidiaire d’exécution sommaire avant jugement, auquel on peut recourir en matière de dommages-intérêts non déterminés tout comme dans le cas des créances déterminées en souffrance, ait sommeillé insoupçonné pendant plus d’un siècle dans les interstices du par. 29(1) et de ses prédécesseurs et équivalents.

Le savant juge faisait alors allusion à l’équivalent australien de l’art. 45 examiné par la Cour d’appel du Royaume-Uni dans les affaires *Mareva*.

Par conséquent, la théorie juridique fertile des tribunaux du Royaume-Uni au milieu des années 70 a engendré un recours limité de la nature d’une injonction interlocutoire en faveur des demandeurs à la poursuite d’affrêteurs doués d’ubiquité, lequel recours s’est transformé en un principe subsidiaire



general rule of long standing. The plaintiff in the United Kingdom must demonstrate that he has a good arguable case. At least once (*Rasu, supra*, at p. 333), the courts have required the plaintiff to show an indisputable claim against the defendant. There must be assets of the defendant within the jurisdiction susceptible to execution. The defendant need not be outside the jurisdiction. There must be a real risk that the remaining significant assets of the defendant within the jurisdiction are about to be removed or so disposed of by the defendant as to render nugatory any judgment to be obtained after trial. *Mareva* injunctions are therefore available not just to prevent the removal of assets from the jurisdiction, but also disposal within the jurisdiction. This has been made certain by the enactment of s. 37(3), *Supreme Court Act, 1981*, 1981 (U.K.), c. 54, which reads in part:

37.—...

(3) The power of the High Court ... to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing from the jurisdiction of the High Court, or otherwise dealing with, assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where that party is, as well as in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction.

However, Lord Denning in *Z Ltd. v. A*, [1982] 1 All E.R. 556, at p. 561, opines that this was the position prior to the enactment. The claim no longer need be limited to debt or liquidated damages. The general rule requiring that the balance of convenience must favour the issuance of the order still exists. The overriding consideration qualifying the plaintiff to receive such an order as an exception to the *Lister* rule is that the defendant threatens to so arrange his assets as to defeat his adversary, should that adversary ultimately prevail and obtain judgment, in any attempt to recover from the defendant on that judgment. Short of that, the plaintiff cannot treat the defendant as a judgment-debtor, the defendant's right to defend the claim may not be impaired, and the defendant in proper circumstances may, within

ou une exception à une règle générale établie de longue date. Le demandeur au Royaume-Uni doit démontrer qu'il a une bonne cause. Dans au moins un cas (*Rasu*, précité, à la p. 333), les tribunaux ont exigé du demandeur qu'il établisse l'existence d'une réclamation incontestable contre le défendeur. Le défendeur doit avoir dans le ressort des biens susceptibles de faire l'objet des voies d'exécution. Il n'est pas nécessaire que le défendeur se trouve à l'extérieur du ressort. Il doit y avoir un risque réel que les biens importants du défendeur qui restent dans le ressort soient sur le point d'être transférés ou aliénés par le défendeur de façon à rendre futile tout jugement obtenu. On peut donc avoir recours aux injonctions *Mareva* non seulement pour empêcher que des biens sortent du ressort, mais aussi pour en empêcher l'aliénation à l'intérieur du ressort. C'est ce qui a été établi avec certitude par l'adoption du par. 37(3) de la *Supreme Court Act, 1981*, 1981 (U.K.), chap. 54, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] 37.—...

(3) Le pouvoir de la Haute Cour ... d'accorder une injonction interlocutoire pour empêcher une partie à une instance d'enlever de son ressort des biens qui s'y trouvent, ou d'en disposer autrement, peut être exercé dans les cas où cette partie est domiciliée, résidente ou présente dans ce ressort, tout comme dans ceux où elle ne l'est pas.

Cependant, lord Denning, dans l'arrêt *Z Ltd. v. A*, [1982] 1 All E.R. 556, à la p. 561, est d'avis que c'était là la situation qui prévalait avant l'adoption de cette disposition. Il n'est plus nécessaire que la réclamation ne porte que sur une créance ou sur des dommages-intérêts déterminés. La règle générale qui exige que la balance des avantages et des inconvénients penche en faveur de la délivrance de l'ordonnance existe toujours. Le facteur prépondérant, qui permet au demandeur d'obtenir une telle ordonnance par exception à la règle de l'arrêt *Lister*, est le fait que le défendeur menace de disposer de ses biens de manière à déjouer toute tentative de la partie adverse de faire exécuter ce jugement contre le défendeur, à supposer que celle-ci ait finalement gain de cause et obtienne jugement en sa faveur. Hormis ce cas, le demandeur ne saurait traiter le défendeur comme débiteur en vertu d'un jugement; le droit de ce dernier de

such an order, pay current expenses incurred in the ordinary course of his business.

The gist of the *Mareva* action is the right to freeze exigible assets when found within the jurisdiction, wherever the defendant may reside, providing, of course, there is a cause between the plaintiff and the defendant which is justiciable in the courts of England. However, unless there is a genuine risk of disappearance of assets, either inside or outside the jurisdiction, the injunction will not issue. This generally summarizes the position in this country, including the Nova Scotia Trial Division in *Parmar Fisheries Ltd. v. Parceria Maritima Esperanca L. DA.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 498; see also *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin* (1981), 31 O.R. (2d) 715, 121 D.L.R. (3d) 160, where Montgomery J. of the High Court of Ontario granted a *Mareva* injunction against a domestic defendant and restrained dealing with assets within the jurisdiction. These general rules are summarized by Lord Denning in *Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha*, [1980] 1 W.L.R. 1268, at p. 1273; see also *A J Bekhor & Co. v. Bilton*, [1981] 2 All E.R. 565, and *Z Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 W.L.R. 288.

The harshness of the *Mareva* injunction, issued usually *ex parte*, is relieved against or justified in part by the Rules of Practice which allow the defendant, faced by risk of loss, an opportunity to move against the injunction immediately. On the other hand, the Court of Appeal of England seems to have blessed the practice of using this injunction as a means of coercing a vulnerable defendant into providing security in order to head off irreparable loss from the paralysis which follows the issuance of this type of injunction.

While the *Mareva* injunction is undoubtedly *in personam*, it matters not that on occasion the courts have classified it as *in rem* (see *Cretanor Maritime Co. v. Irish Marine Management Ltd.*,

contester la demande ne saurait être entravé et, dans les circonstances appropriées, le défendeur peut, même assujéti à une telle ordonnance, payer les dépenses courantes engagées dans le cours ordinaire de ses affaires.

Le point essentiel de l'action *Mareva* est le droit de geler les biens exigibles qui se trouvent dans le ressort quel que soit le lieu de résidence du défendeur, pourvu naturellement qu'il existe entre le demandeur et le défendeur une cause d'action qui puisse se régler devant les tribunaux d'Angleterre. Toutefois, l'injonction ne sera prononcée que s'il y a un risque réel de voir disparaître des biens, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur du ressort. Voilà qui résume d'une manière générale la situation dans notre pays, même dans le cas de l'affaire *Parmar Fisheries Ltd. v. Parceria Maritima Esperanca L. DA.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 498 de la Division de première instance de la Nouvelle-Écosse; voir aussi *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin* (1981), 31 O.R. (2d) 715, 121 D.L.R. (3d) 160, où le juge Montgomery de la Haute Cour de l'Ontario a accordé contre un défendeur ontarien une injonction *Mareva* lui interdisant de disposer de certains biens se trouvant dans le ressort. Lord Denning a résumé ces règles générales dans l'arrêt *Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha*, [1980] 1 W.L.R. 1268, à la p. 1273; voir aussi *A J Bekhor & Co. v. Bilton*, [1981] 2 All E.R. 565 et *Z Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 W.L.R. 288.

La sévérité de l'injonction *Mareva*, prononcée habituellement *ex parte*, est compensée ou justifiée en partie par les règles de pratique qui accordent au défendeur, qui risque de subir une perte, la possibilité de s'opposer immédiatement à l'injonction. D'autre part, la Cour d'appel de l'Angleterre semble avoir consacré la pratique qui consiste à se servir de cette injonction comme moyen de contraindre un défendeur vulnérable à fournir une sûreté afin de prévenir la perte irréparable que lui causerait la paralysie qui s'ensuit lorsqu'une injonction de ce genre est prononcée.

Bien que l'injonction *Mareva* soit indubitablement de nature personnelle, cela n'a pas d'importance que les tribunaux l'aient parfois qualifiée de réelle (voir *Cretanor Maritime Co. v. Irish Marine*

[1978] 1 W.L.R. 966, at pp. 974-75), because the injunction affords no priority to the potential creditor, for to do so would, in the words of Goff J., "rewrite the . . . law of insolvency": *Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co. S.A.*, [1980] 2 W.L.R. 488, at p. 494. Unsecured creditors holding a *Mareva* injunction cannot hold a preferred position over other claimants. Hence the practice of including in the order the right to meet legitimate debt payments accruing in the ordinary course of business.

The courts in Canada have given this type of injunction a mixed reception. The earlier decisions in the Ontario courts are reflected in *Bradley Bros.*, *supra*, where the Court of Appeal continued the principle of *Lister*, *supra*. Lerner J., in the High Court of Ontario, in a post-*Mareva* decision, maintained the same position: *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.* *supra*, p. 448. By 1981 the High Court appeared to assume that a *quia timet* jurisdiction was available on a more restricted basis than the *Mareva* formula provided in the United Kingdom. See *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin*, *supra*; *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Hind* (1981), 122 D.L.R. (3d) 498, where Grange J., as he then was, while raising the question of the existence of the *Mareva* principle in Ontario, found such dishonesty in the defendant's conduct that it was a certainty that he would dispose of all his assets in order to frustrate the plaintiff; and *Quinn v. Marsta Cession Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 659, where such an injunction issued on the application of the rules of *Third Chandris Shipping Corp.*, *supra*. The Court of Appeal of Ontario reviewed the conflicting authorities in *Chitel v. Rothbart* (1982), 39 O.R. (2d) 513, and although it refused the injunction in the circumstances of that case, it recognized in a detailed and comprehensive review of the authorities that the jurisdiction existed in the court to grant such a remedy in a proper case. The test there established (*per* MacKinnon A.C.J.O., at pp. 532-33) is somewhat narrower than that

*Management Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 966, aux pp. 974 et 975), car l'injonction n'accorde aucune priorité au créancier en puissance, étant donné que ce serait, pour reprendre les termes du juge Goff, [TRADUCTION] «récrire . . . le droit en matière d'insolvabilité»: *Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co. S.A.*, [1980] 2 W.L.R. 488, à la p. 494. Les créanciers chirographaires qui ont obtenu une injonction *Mareva* ne sauraient occuper un rang privilégié par rapport à d'autres demandeurs. D'où la pratique d'inclure dans l'ordonnance le droit d'honorer les paiements légitimes des créances échéant dans le cours ordinaire des affaires.

Les tribunaux au Canada ont accueilli ce genre d'injonction de façon mitigée. Les premières décisions des tribunaux ontariens se reflètent dans l'arrêt *Bradley Bros.*, précité, où la Cour d'appel a maintenu le principe de l'arrêt *Lister*, précité. Le juge Lerner de la Haute Cour de l'Ontario a maintenu la même position dans une décision postérieure à l'arrêt *Mareva*: *OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc.*, précitée, à la p. 448. Dès 1981, la Haute Cour a semblé présumer que la compétence *quia timet* pouvait être exercée de façon plus limitée que la formule *Mareva* prévue au Royaume-Uni. Voir *Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin*, précité; *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Hind* (1981), 122 D.L.R. (3d) 498, où le juge Grange, tel était alors son titre, tout en se demandant si le principe *Mareva* existait en Ontario, a constaté une telle malhonnêteté dans la conduite du défendeur qu'il a acquis la certitude que celui-ci aliénerait tous ses biens pour échapper à la demanderesse, et *Quinn v. Marsta Cession Services Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 659, où une telle injonction a été prononcée en application des règles de l'arrêt *Third Chandris Shipping Corp.*, précité. La Cour d'appel de l'Ontario a passé en revue la jurisprudence contradictoire dans l'arrêt *Chitel v. Rothbart* (1982), 39 O.R. (2d) 513, et bien qu'elle ait refusé d'accorder l'injonction dans les circonstances de l'espèce, elle a reconnu dans une analyse exhaustive et approfondie de la jurisprudence qu'elle était compétente pour l'accorder dans un cas approprié. Le critère établi dans cette affaire (le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario, aux pp. 532 et 533) est un peu plus

generally applied by the courts in the United Kingdom:

The applicant must persuade the court by his material that the defendant is removing or there is a real risk that he is about to remove his assets from the jurisdiction to avoid the possibility of a judgment, or that the defendant is otherwise dissipating or disposing of his assets, in a manner clearly distinct from his usual or ordinary course of business or living, so as to render the possibility of future tracing of the assets remote, if not impossible in fact or in law.

The condition precedent to entitlement to the order is the demonstration by the plaintiff of a "strong *prima facie* case" (p. 522) and not merely as stipulated in some of the U.K. authorities, "a good arguable case", (*per* Lord Denning in *Rasu, supra*, and *per* Megarry V.C. in *Barclay-Johnson v. Yuill, supra*.) In summary, the Ontario Court of Appeal recognized *Lister* as the general rule, and *Mareva* as a "limited exception" to it, the exceptional injunction being available only where there is a real risk that the defendant will remove his assets from the jurisdiction or dissipate those assets to avoid the possibility of a judgment . . . ."

In other provinces the courts have reached approximately the same result. The New Brunswick Court of Appeal in *Humphreys v. Buragalia* (1982), 135 D.L.R. (3d) 535, placed the basis for this kind of injunction on the danger that the defendant will abscond or dispose of his assets so as to prevent realization on any ultimate judgment. The earlier view of the Manitoba Court of Queen's Bench was expressed by Hamilton J. in *Hawes v. Szewczyk, supra*, where he concluded that the *Mareva* rule was "a dangerous innovation" and even if technically within the jurisdiction of the court, was one that "should not be exercised". The British Columbia Court of Appeal, in *Sekisui House Kabushiki Kaisha (Sekisui House Co.) v. Nagashima* (1982), 42 B.C.L.R. 1, 33 C.P.C. 42, recognized the general principles developed around this interlocutory injunction in the courts of the United Kingdom.

restreint que celui généralement appliqué par les tribunaux du Royaume-Uni:

[TRADUCTION] Les pièces produites par le requérant doivent convaincre la cour que le défendeur est en train de sortir ses biens du ressort pour parer un jugement éventuel, ou qu'il y a un risque réel qu'il le fasse, ou encore que le défendeur est en train de dissiper ou d'aliéner autrement ses biens d'une manière manifestement différente de sa façon habituelle de vivre ou d'administrer ses affaires, de sorte que la possibilité de retracer ultérieurement ces biens soit ténue, voire impossible en fait ou en droit.

Comme condition préalable à l'obtention de l'ordonnance, le demandeur doit faire [TRADUCTION] «une preuve suffisante à première vue» (p. 522) et non simplement démontrer, comme il est dit dans certains arrêts du Royaume-Uni, que [TRADUCTION] «sa cause paraît bonne», (Lord Denning dans l'arrêt *Rasu*, précité, et le vice-chancelier Megarry dans l'arrêt *Barclay-Johnson v. Yuill*, précité.) En résumé, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'arrêt *Lister* comme règle générale et l'injonction *Mareva* comme une [TRADUCTION] «exception limitée» à celle-ci, cette injonction exceptionnelle ne pouvant être obtenue que s'il y a un risque réel que le défendeur sorte ses biens du ressort ou les dissipe [TRADUCTION] «pour parer un jugement éventuel . . . ».

Dans d'autres provinces, les tribunaux sont arrivés à peu près au même résultat. Dans l'arrêt *Humphreys v. Buragalia* (1982), 135 D.L.R. (3d) 535, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a fondé ce genre d'injonction sur le danger que le défendeur s'esquive ou aliène ses biens de façon à empêcher la réalisation de tout jugement éventuel. L'opinion antérieure de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba avait été exprimée par le juge Hamilton dans l'arrêt *Hawes v. Szewczyk*, précité, où il a conclu que la règle *Mareva* constitue [TRADUCTION] «une dangereuse innovation» et que, même si techniquement elle était de la compétence de la cour, elle [TRADUCTION] «ne devrait pas être appliquée». Dans l'arrêt *Sekisui House Kabushiki Kaisha (Sekisui House Co.) v. Nagashima* (1982), 42 B.C.L.R. 1, 33 C.P.C. 42, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu les principes généraux que les tribunaux du Royaume-Uni ont dégagés au sujet de cette injonction interlocutoire.

It has been argued by the appellant that the *Mareva* injunction has no place in the laws of this country because provincial legislation has filled the gap by providing statutory remedies. In Manitoba the appellant points to *The Fraudulent Conveyances Act*, C.C.S.M., c. F-160; *The Garnishment Act*, C.C.S.M., c. G-20; *The Court of Queen's Bench Rules*, Chapter XXIV (Attachment), Rule 582; and Chapter XIX (Examination of Judgment Debtors, Attachment of Debts) Rule 526, 'garnish-<sup>b</sup> see' procedures. In other provinces, similar legislation and rules are to be found. In Ontario, for example, there is the *Absconding Debtors Act*, R.S.O. 1980, c. 2, s. 2, which authorizes the seizure of property of a resident of the province who leaves for the purpose of defrauding or defeating creditors; Rule 372 of the present *Rules of Practice* which provides for the preservation of the subject-matter of the proceeding; and the *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, c. 176, which authorizes preventive orders where the plaintiff establishes a valid claim and *prima facie* that the conveyance in question was fraudulent. It is said by counsel for the appellant that this type of statute indicates a legislative intent to provide interim relief of a type described in the statutes and no more. On this line of reasoning the courts, it is said, should not "legislate" by adopting the sweeping rules of the *Mareva* line of cases. This should be a matter for the legislature which is better placed to assess the problem, its incidence in the community and the range of solutions available. One should not assume that the British legislature has been entirely silent apart from s. 45, *supra*. See *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 18, p. 166, paragraph 358, where reference is made to statutory authority to set aside fraudulent conveyances. However, the United Kingdom legislation is not as far-reaching as appears to be the case in this country.

The Manitoba Court of Appeal divided on the relevance of these statutes. The majority, speaking through Matas J.A., took the view that such legislation and rules of court provide for relief in specific circumstances and do not preclude the invocation by the court of s. 59(1) of *The Queen's Bench Act* for the issuance of a preventive injunction in the nature of the *Mareva* injunction. A

L'appelante a fait valoir que l'injonction *Mareva* n'a pas sa place dans le droit de notre pays étant donné que les lois provinciales ont comblé cette lacune en prévoyant des recours. Quant au Manitoba, l'appelante invoque *The Fraudulent Conveyances Act*, C.C.S.M., chap. F-160, *The Garnishment Act*, C.C.S.M., chap. G-20, *The Court of Queen's Bench Rules*, chapitre XXIV (saisie), art. 582, et chapitre XIX (interrogatoire des débiteurs en vertu d'un jugement, saisie), art. 526, les procédures de «saisie-arrêt». Dans d'autres provinces, on trouve des lois et des règles similaires. En Ontario, par exemple, il y a l'*Absconding Debtors Act*, R.S.O. 1980, chap. 2, art. 2, qui autorise la saisie des biens d'un résident de la province qui la quitte dans le but de frauder ses créanciers ou de leur échapper; l'art. 372 des règles de pratique actuelles, qui assure la préservation de l'objet de l'instance, et la *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1980, chap. 176, qui permet de rendre des ordonnances préventives lorsque le demandeur établit une réclamation valable et qu'à première vue le transfert en question est frauduleux. L'avocat de l'appelante soutient que ce genre de loi traduit une intention du législateur de fournir un recours provisoire du genre prévu dans les lois et rien de plus. Suivant ce raisonnement, les tribunaux, dit-on, ne devraient pas «légiférer» en adoptant les règles générales du courant de jurisprudence *Mareva*. Il appartient au législateur de le faire, celui-ci étant mieux placé pour évaluer le problème, son incidence sur la collectivité et les différentes solutions possibles. On ne devrait pas présumer que le législateur britannique est demeuré entièrement muet sauf dans le cas de l'art. 45 précité. Voir *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 18, p. 166, paragraphe 358, où l'on mentionne le pouvoir légal d'annuler les transferts frauduleux. Toutefois, la législation du Royaume-Uni n'a pas la portée que semblent avoir les lois de notre pays.

La Cour d'appel du Manitoba s'est partagée sur la question de la pertinence de ces lois. Le juge Matas, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, s'est dit d'avis que cette législation et ces règles des tribunaux prévoient un recours dans certains cas particuliers, mais n'interdisent pas au tribunal d'invoquer le par. 59(1) de *The Queen's Bench Act* pour prononcer un injonction préventive

similar view has been expressed by Tallis J., now of the Saskatchewan Court of Appeal, in *BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt* (1980), 114 D.L.R. (3d) 35, at p. 58. Huband J.A., in dissent, acknowledged that the aforementioned statutes and rules of court do not assist the respondent here as there is no liquidated demand or debt or a conveyance in fraud of creditors. An attaching order might avail but the rule is more precise in its requirements than the *Mareva* rules as they presently stand. As the respondent was "registered to do business in Manitoba" and has an "authorized agent to accept service" (to quote Huband J.A.), the respondent could not qualify for an attaching order. In the result, the learned justice would preclude recourse to a *Mareva* order where specific remedies are available at law, and if not so available, then "the courts should be cautious to fill the void by a *Mareva* injunction". There are helpful discussions as to the significance of these and other provincial statutes in relation to *Mareva* injunctions in Stockwood, "Mareva Injunctions" (1981), 3 *Advocates' Q.* 85; Rogers and Hatley, "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 *Can. Bar. Rev.* 1; and McAllister, "Mareva Injunctions" (1982), 28 *C.P.C.* 1. Reference is made in the British cases to the availability of bankruptcy legislation which would allow the ultimately successful plaintiff to set aside any disposition made in fraud of creditors by way of preference or improper dealing. The same condition exists in this country where the federal *Bankruptcy Act* has uniform application throughout the country.

I do not believe the presence of provincial or federal legislation of the type discussed above can preclude the issuance of a protective injunction or narrow the breadth of expression employed in s. 59(1) of the Manitoba *Queen's Bench Act*. If the court has the authority under such a legislative provision properly construed, then that authority must be expressly reduced by other legislation directed to the problem. Such is not the case here.

de la nature de l'injonction *Mareva*. Le juge Tallis, maintenant à la Cour d'appel de la Saskatchewan, a exprimé une opinion semblable dans *BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt* (1980), 114 D.L.R. (3d) 35, à la p. 58. Le juge d'appel Huband, dissident, a reconnu que les lois et les règles des tribunaux susmentionnées ne sont d'aucun secours à l'intimée en l'espèce vu l'absence de demande ou de créance pour un montant précis ou de transfert visant à frauder des créanciers. Il pourrait y avoir lieu à saisie conservatoire, mais les conditions attachées à la règle sont alors plus précises que celles des règles *Mareva* dans leur état actuel. Vu que l'intimée était [TRADUCTION] «enregistrée pour faire affaire au Manitoba» et qu'elle a un [TRADUCTION] «agent autorisé à recevoir signification» (pour citer le juge Huband), elle ne pouvait remplir les conditions nécessaires pour obtenir d'une saisie conservatoire. En définitive, le savant juge écarterait le recours à l'ordonnance *Mareva* lorsqu'il existe des recours légaux précis et, s'il n'y en a pas, alors [TRADUCTION] «les tribunaux devraient bien réfléchir avant de combler la lacune par une injonction *Mareva*». Il y a des analyses fort utiles concernant l'importance de ces lois et d'autres lois provinciales relativement aux injonctions *Mareva* dans Stockwood, «Mareva Injunctions» (1981), 3 *Advocates' Q.* 85; Rogers et Hatley, «Getting the Pre-Trial Injunction» (1982), 60 *Rev. du Bar. can.* 1; McAllister, «Mareva Injunctions» (1982), 28 *C.P.C.* 1. La jurisprudence britannique mentionne la possibilité de recourir à la législation sur la faillite qui permettrait au demandeur qui a finalement gain de cause d'annuler toute aliénation faite en vue de frauder des créanciers par suite d'une transaction préférentielle ou irrégulière. La même situation existe dans notre pays où la *Loi sur la faillite fédérale* s'applique uniformément sur tout le territoire.

Je ne pense pas que l'existence d'une législation provinciale ou fédérale du genre de celle examinée plus haut puisse empêcher de prononcer une injonction préventive ou diminuer la portée des termes utilisés au par. 59(1) de *The Queen's Bench Act* du Manitoba. Si la cour a ce pouvoir en vertu d'une telle disposition législative correctement interprétée, alors il doit être restreint expressément par un autre texte législatif portant sur la question.

That answer, of course, does not assist in determining the proper practice of the court when dealing with an application for this type of interlocutory injunction other than to find jurisdiction in the court to respond in a proper case.

Before leaving this aspect of the matter, one should make note of the appellant's submission that the *Bankruptcy Act* of Canada is available to the respondent in the event that improper disposition is made of the appellant's assets followed by an assignment or petition under the *Bankruptcy Act*. This was a consideration in the early *Mareva* judgments in England. It is not decisive on the point of jurisdiction to make, or the propriety in these circumstances to issue, a *Mareva* injunction. The order was not made for the purpose of protecting the respondent from the consequences of any ultimate bankruptcy procedures. The entitlement springs, if it does at all, from the authority of the court at law to make the order and the qualification of the respondents under the rules and tests applied by the court in doing so. The *Bankruptcy Act*, which at times may be relevant to the issue presented to the chambers judge on a *Mareva* application, is not a controlling consideration, particularly on the facts in this appeal.

The majority of the Court of Appeal considered that:

One of the factors which is relevant in this case is the clear intention of Aetna to transfer its assets from Manitoba to Montreal, albeit that the intention is openly expressed. And Quebec is not a reciprocating province with respect to enforcement of judgments.

The *Manitoba Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, C.C.S.M., c. J-20, provides the machinery for the enforcement in Manitoba of judgments of the courts in other Canadian provinces which have reciprocal arrangements with the Province of Manitoba. The Act also provides for the entry into such arrangements for the registration in other provinces of judgments of the courts of Manitoba. With the exception of Quebec, all the provinces of Canada, the Northwest Territories

Ce n'est pas le cas en l'espèce. Cette réponse, bien entendu, ne nous aide pas à déterminer ce que doit faire la cour lorsqu'elle est saisie d'une demande d'injonction interlocutoire de ce genre si ce n'est pour conclure qu'elle a compétence pour y donner suite dans un cas approprié.

Avant de laisser cet aspect de la question, il faut noter l'argument de l'appelante voulant que l'intimée puisse se prévaloir de la *Loi sur la faillite* du Canada si jamais il y a aliénation irrégulière des biens de l'appelante, suivie d'une cession ou d'une pétition faite en vertu de la *Loi sur la faillite*. C'est là un facteur dont on a tenu compte dans les premiers jugements *Mareva* en Angleterre. Cela n'est pas décisif quant à la question du pouvoir de prononcer une injonction *Mareva* ou de l'opportunité de la prononcer dans ces circonstances. L'ordonnance n'a pas été rendue afin de protéger l'intimée contre les conséquences de toute procédure éventuelle en matière de faillite. Ce droit ne peut découler que du pouvoir de rendre l'ordonnance que possède, en droit, la cour et du fait que les intimés satisfont aux règles et aux critères appliqués par la cour en ce faisant. La *Loi sur la faillite*, qui parfois peut se rapporter à la question soumise au juge en chambre par suite d'une demande *Mareva*, n'est pas un facteur déterminant, compte tenu particulièrement des faits en cause dans le présent pourvoi.

La Cour d'appel à la majorité a estimé que:

[TRADUCTION] L'un des facteurs pertinents en l'espèce est l'intention claire d'Aetna de transférer ses biens du Manitoba à Montréal, encore que cette intention soit exprimée ouvertement. Et le Québec n'est pas une province liée par un accord de réciprocité en ce qui concerne l'exécution des jugements.

The *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* du Manitoba, C.C.S.M., chap. J-20, prévoit un mécanisme d'exécution au Manitoba des jugements des tribunaux des autres provinces canadiennes qui ont conclu des accords de réciprocité avec le Manitoba. La Loi prévoit aussi l'adhésion à de tels accords pour l'enregistrement dans les autres provinces des jugements des tribunaux du Manitoba. À l'exception du Québec, toutes les provinces canadiennes, les territoires du Nord-Ouest et le

and the Yukon Territory have entered into such reciprocal arrangements and have like statutes. Twenty-five per cent of the assets of the appellant are in the Province of Ontario exceeding the value of the assets of the appellant in Manitoba which are affected by the order under appeal. The Manitoba Act and the Ontario Act each require service upon the defendant to have been effected in the province of judgment in order to qualify such judgment for registration and enforcement in the other province (Ontario, in this case). The record here does not expressly show that the appellant was served within the Province of Manitoba with a writ or other originating instrument, or with the notice of motion for this injunction. The respondent is, however, a federal company with an office in Manitoba and was at all relevant times doing business in Manitoba. Under the *Corporations Act* of Manitoba, 1976 (Man.), c. 40, C.C.S.M., c. C225, such corporations are required to register and to nominate an agent for service, all as noted by Justice Huband in dissent below. More importantly, the appellant appeared in and thereby attorned to the jurisdiction of the court in Manitoba. Thus, any judgment which may arise in these proceedings in Manitoba will qualify for registration enforcement under the Ontario statute and hence could be executed there against the Ontario assets of the appellant in the same manner as though judgment had been issued out of the Supreme Court of Ontario.

In the Province of Quebec, provision is found in the *Code of Civil Procedure* for action upon judgments outside the Province of Quebec.

**178.** Any defence which was or might have been set up to the original action may be pleaded to an action brought upon a judgment rendered out of Canada.

**179.** Any defence which might have been set up to the original action may be pleaded to an action brought upon a judgment rendered in any other province of Canada, provided that the defendant was not personally served with the action in such other province or did not appear in such action.

**180.** Any such defence cannot be pleaded if the defendant was personally served in such province, or

territoire du Yukon ont conclu de tels accords de réciprocité et possèdent des lois semblables. Vingt-cinq pour cent des biens de l'appelante se trouvent en Ontario et leur valeur surpasse celle des biens que l'appelante possède au Manitoba et qui sont touchés par l'ordonnance dont il est interjeté appel. La loi manitobaine et la loi ontarienne exigent toutes les deux qu'il y ait eu signification au défendeur dans la province du jugement pour que ce jugement puisse être enregistré et exécuté dans une autre province (l'Ontario, en l'occurrence). Le dossier en l'espèce n'indique pas expressément que, dans la province du Manitoba, il y a eu signification à l'appelante d'un bref ou d'un autre acte introductif d'instance, ou encore de l'avis de demande d'injonction. Cependant, l'intimée est une compagnie à charte fédérale qui possède un bureau au Manitoba et, en tout temps utile, elle faisait affaire au Manitoba. Aux termes de la *Corporations Act* du Manitoba, 1976 (Man.), chap. 40, C.C.S.M., chap. C225 ces compagnies doivent s'enregistrer et nommer un agent à qui signification pourra être faite, comme l'a noté le juge Huband dissident en Cour d'appel. Qui plus est, l'appelante a comparu et a, par le fait même, reconnu la compétence du tribunal manitobain. Ainsi, tout jugement rendu dans ces procédures au Manitoba remplira les conditions d'enregistrement et d'exécution exigées par la loi ontarienne et pourra donc y être exécuté sur les biens ontariens de l'appelante de la même manière que si le jugement avait été rendu par la Cour suprême de l'Ontario.

Dans la province de Québec, le *Code de procédure civile* contient des dispositions relatives aux poursuites fondées sur des jugements rendus à l'extérieur de la province de Québec:

**178.** La défense qui a été ou qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire peut être opposée à la poursuite basée sur un jugement rendu hors du Canada.

**179.** La défense qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire peut être opposée à la poursuite basée sur un jugement rendu dans une autre province du Canada, s'il n'y a pas eu d'assignation personnelle dans cette province ou s'il n'y a pas eu de comparution du défendeur.

**180.** Semblable défense ne peut être faite si le défendeur a été assigné personnellement dans cette province



appeared in the original action, except in any case involving the decision of a right affecting immoveables in this province, or the jurisdiction of a foreign court concerning such right.

In such proceedings reliance may be had upon art. 1220 of the *Civil Code* of the Province of Quebec which supplements the procedure under art. 179, *supra*, by providing for the proof of judgments from courts outside the Province of Quebec. The *Civil Code* differentiates between foreign judgments and those emanating from the courts of other provinces, and provides in the latter case for a limited process where the defendant in the extra-provincial proceeding was served in the province or appeared in a court of that province. The action in Quebec, upon any judgment later obtained in Manitoba by the respondent, would be a formal process of enforcement not different in substance and execution from the proceedings under the Ontario reciprocal statute. In the result, Quebec accords a means of enforcement of Manitoba judgments but the converse (which is of no concern in this appeal) is not the case because the reciprocity machinery in the Manitoba statute has not been brought into play. The access to the enforcement procedures under the laws of Quebec renders ineffective, in my view, any argument that the respondent was exposed to some inevitable or irreparable loss if, at the time any judgment issues in the courts of Manitoba, the assets of the appellant have been transferred from Manitoba to Quebec. Furthermore, Ontario is qualified as a "reciprocating state" under the Manitoba legislation, and the appellant, according to the record herein, had assets in that province in excess of the assets impounded in Manitoba by the order under appeal.

A large part of the respondent's factum filed herein, and of argument made in this Court, centered upon the winding down of the appellant's business which presumably has created a risk of default by the appellant in meeting its obligations. The factum goes further and says that by reason of this trend, in early 1982, "for all practical purposes, Aetna ceases to exist". The argument is not made that the respondent will go into bankruptcy

ou s'il a comparu lors de l'action originale, sauf dans les cas où il s'agit de décider d'un droit affectant un immeuble situé dans cette province, ou de la juridiction d'une cour étrangère concernant ce droit.

<sup>a</sup> Dans de telles instances, on peut s'appuyer sur l'art. 1220 du *Code civil* de la province de Québec, lequel complète la procédure énoncée à l'art. 179 précité, en prévoyant le mode de preuve des jugements des tribunaux situés à l'extérieur de la province de Québec. Le *Code civil* fait la distinction entre les jugements d'un État étranger et ceux des tribunaux des autres provinces, en prévoyant dans ce dernier cas une procédure sommaire lorsque le défendeur dans l'instance extra-provinciale a été assigné dans cette autre province ou a comparu devant un tribunal de cette province. L'action au Québec, fondée sur tout jugement que pourrait obtenir l'intimé au Manitoba, ne serait qu'une voie d'exécution formelle semblable sur le plan du fond et de l'exécution aux procédures prévues par la loi ontarienne en matière de réciprocité. En dernière analyse, le Québec accorde un moyen d'exécuter les jugements manitobains, mais l'inverse (qui ne nous intéresse pas en l'espèce) n'est pas vrai étant donné qu'on n'a pas fait entrer en jeu le mécanisme de réciprocité de la loi manitobaine. Les voies d'exécution en vertu des lois du Québec rendent inefficace à mon avis tout argument selon lequel l'intimée est exposée à quelque perte inévitable ou irréparable si, au moment où un jugement est rendu par les tribunaux du Manitoba, les biens de l'appelante ont été transférés du Manitoba au Québec. De plus, l'Ontario est qualifiée [TRADUCTION] «d'État qui accorde la réciprocité» par la législation manitobaine et l'appelante, d'après le dossier, possède dans cette province des biens dont la valeur est supérieure à celle des biens visés au Manitoba par l'ordonnance faisant l'objet de l'appel.

Le mémoire des intimés produit en l'espèce et les plaidoiries devant cette Cour ont porté dans une large mesure sur la liquidation de l'entreprise de l'appelante qui a vraisemblablement créé un risque que l'appelante manque à ses obligations. Le mémoire va plus loin en précisant qu'en raison de cette tendance, au début de 1982, [TRADUCTION] «Aetna cesse d'exister à toutes fins pratiques». On ne soutient pas que l'intimée fera faillite

or be wound up. Essentially, this line of submission must lead to the proposition that while the appellant “will not go into bankruptcy or default” (extract from respondent’s factum), there is, in the words of the respondent’s factum, “a sufficient risk of Aetna defaulting in its obligations to justify granting a *Mareva* injunction”. Such a default would, of course, invite a petition or force an assignment under the *Bankruptcy Act*. In either case, the respondent has extensive and easily enforceable rights. One right the respondent does not have, with or without the *Mareva* injunction ‘in aid’, is a priority or preference if indeed the appellant has, as the respondent has elaborately calculated in its submissions in this Court, become insolvent. It would not appear from the facts revealed on the record that there is any intention on the part of the appellant to default in any obligation to the respondent or to anyone else. An affidavit filed by the appellant states that “. . . Aetna is currently meeting all its liabilities as they become due”. The deponent in this affidavit, Jean-Paul Lafontaine, was cross-examined by counsel for the respondent generally, but no questions were directed to this bald statement which remains uncontradicted in the record. This statement is obviously vital on the key question of the existence of any real risk of loss in the respondent as a basis for the issuance of this exceptional interlocutory order.

However, even assuming the appellant is wound up by its two shareholders, the Traders Group and the Royal Bank of Canada, it is a federal company. If it is solvent, the provisions of the incorporating Act, the *Canada Business Corporations Act*, *supra*, apply. Dissolution may be effected only on “discharge of any liabilities”. Provision is made for notice to creditors and liquidation is conditional upon “adequately providing for the payment or discharge of all its obligations” (s. 204(7)(d)). All of this procedure is made subject to court supervision on the application of the officer designated in the statute or “any interested person”, which includes a creditor such as the respondent. The *Manitoba Corporations Act*,

ni qu’elle sera dissoute. Essentiellement, ce genre d’argument doit conduire à la proposition que, même si l’appelante [TRADUCTION] «ne fait pas faillite ni ne manque à ses obligations» (extrait du mémoire des intimés), il existe, pour reprendre les termes qu’emploient les intimés dans leur mémoire, [TRADUCTION] «un risque suffisant qu’Aetna manque à ses obligations pour justifier une injonction *Mareva*». Un tel manquement appellerait naturellement une pétition ou une cession en vertu de la *Loi sur la faillite*. Dans les deux cas, l’intimée possède des droits étendus qu’elle peut faire valoir aisément. Un droit que l’intimée n’a pas, avec ou sans injonction *Mareva* «à l’appui», c’est la priorité ou un privilège si effectivement l’appelante est devenue insolvable comme l’intimée l’a minutieusement calculé dans son argumentation en cette Cour. Les faits révélés dans le dossier n’indiquent aucune intention de la part de l’appelante de manquer à une obligation quelconque envers l’intimée ou quelqu’un d’autre. Dans une déclaration sous serment déposée par l’appelante, on affirme que [TRADUCTION] «Aetna paie actuellement toutes ses dettes au fur et à mesure qu’elles arrivent à échéance». Le déposant, Jean-Paul Lafontaine, a été contre-interrogé par l’avocat de l’intimée, mais aucune question n’a porté sur cette affirmation générale qui n’est pas contredite dans le dossier. Cette affirmation est de toute évidence vitale lorsqu’il s’agit de répondre à la question primordiale de l’existence d’un risque réel de perte pour l’intimée afin de justifier cette ordonnance interlocutoire exceptionnelle.

Toutefois, même en supposant que l’appelante soit dissoute par ses deux actionnaires, Traders Group et la Banque Royale du Canada, il s’agit néanmoins d’une compagnie à charte fédérale. Si elle est solvable, les dispositions de sa loi constitutive, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, précitée, s’appliquent. Il ne peut y avoir dissolution qu’après «un règlement de dettes». Il est prévu que les créanciers doivent être avisés et qu’il ne peut y avoir dissolution qu’après «avoir constitué une provision suffisante pour l’acquittement de toutes ses obligations» (al. 204(7)d)). Toute cette procédure est assujettie à une surveillance judiciaire à la demande du fonctionnaire désigné dans cette loi ou de «tout intéressé», ce qui comprend un

*supra*, ss. 186 and 187, requires a federal corporation to register under the Act and to appoint an agent for service of process in Manitoba. Thus there is a detailed pattern under the combined corporation legislation, provincial and federal, to cover a surrender of charter as a method of avoiding the payment of debts.

On the other hand, if the appellant is insolvent, the remedies under the *Bankruptcy Act* apply and not the procedures under the *Canada Business Corporations Act*. A *Mareva* injunction can neither advance nor interfere with these procedures.

All the foregoing considerations, while important to an understanding of the operation of this type of injunction, leave untouched the underlying and basic question: do the principles, as developed in the United Kingdom courts, survive intact a transplantation from that unitary state to the federal state of Canada? The question in its simplest form arises in the principles enunciated in the earliest *Mareva* cases where the wrong to be prevented was the removal from "the jurisdiction" of assets of the respondent with a view to defeating the claim of a creditor. It has been found by the courts below that there was no such wrongdoing here. An initial question, therefore, must be answered, namely, what is meant by "jurisdiction" in a federal context? It at least means the jurisdiction of the Manitoba court. But is the bare removal of assets from the Province of Manitoba sufficient? The appellant is a federally incorporated company with authority to carry on business throughout Canada. In the course of so doing, it moves assets in and out of the provinces of Manitoba, Quebec and Ontario. No breach of law is asserted by the respondent. No improper purpose has been exposed. It is simply a clash of rights: the respondents' right to protect their position under any judgment which might hereafter be obtained, and the appellant's right to exercise its undoubted corporate capacity, federally confirmed (and the constitutionality of which is not challenged), to carry on business throughout Canada. The appellant does not seek to remove the assets in

créancier comme l'intimée. Les articles 186 et 187 de la *Corporations Act* du Manitoba, précitée, obligent une compagnie à charte fédérale à s'enregistrer conformément à la Loi et à nommer un agent à qui signification pourra être faite au Manitoba. Ainsi, la législation tant provinciale que fédérale en matière de compagnies prévoit un système détaillé applicable à l'abandon de charte comme moyen d'éviter le paiement de dettes.

D'autre part, si l'appelante est insolvable, ce sont les recours prévus par la *Loi sur la faillite* qui s'appliquent et non pas la procédure énoncée dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. Une injonction *Mareva* ne saurait ni accélérer ni entraver ces procédures.

Toutes les considérations qui précèdent, bien qu'importantes pour comprendre le fonctionnement de ce genre d'injonction, laissent sans réponse la question fondamentale sous-jacente: les principes dégagés par les tribunaux anglais restent-ils intacts une fois transplantés de cet État unitaire dans l'État fédéral qu'est le Canada? La question, dans sa forme la plus simple, se pose dans les principes énoncés au cours des premières affaires *Mareva* où le préjudice qu'on voulait prévenir était le transfert, hors du «ressort», des biens de l'intimée en vue de faire échouer la réclamation d'un créancier. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont constaté aucun méfait de ce genre en l'espèce. Il faut donc répondre à une première question, savoir, qu'entend-on par «ressort» dans un contexte fédéral? Cela signifie tout au moins le ressort du tribunal manitobain. Mais le simple transfert de biens hors de la province du Manitoba suffit-il? L'appelante est une compagnie à charte fédérale qui a le pouvoir de faire affaire partout au Canada. Ce faisant, elle fait circuler ses biens entre les provinces du Manitoba, du Québec et de l'Ontario. L'intimée ne soutient pas qu'il y a eu infraction à la loi. Aucune fin irrégulière n'a été mentionnée. Il s'agit simplement d'un conflit entre des droits: le droit des intimés de préserver leur situation aux termes de tout jugement qui pourrait être rendu ultérieurement et celui de l'appelante, comme personne morale, d'exercer sa capacité, indubitable en vertu de sa charte fédérale (et dont la constitutionnalité n'est pas contestée) de faire

question from the national jurisdiction in which its corporate existence is maintained. The writ of the Manitoba court runs through judgment, founded on service of initiating process on the appellant within Manitoba, into Ontario under reciprocal provincial legislation, and into Quebec by reason of the laws of that province, *supra*. None of these vital considerations was present in the United Kingdom where *Mareva* was conceived to fend off the depredations of shady mariners operating out of far-away havens, usually on the fringe of legally organized commerce. In the Canadian federal system, the appellant is not a foreigner, nor even a non-resident in the ordinary sense of the word. It is capable of 'residing' throughout Canada and did so in Manitoba. It is subject to execution under any Manitoba judgment in every part of Canada. There was no clandestine transfer of assets designed to defraud the legal process of the courts of Manitoba. There is no evidence that this federal entity has arranged its affairs so as to defraud Manitoba creditors. The terminology and trappings of *Mareva* must be examined in the federal setting. In some ways, 'jurisdiction' extends to the national boundaries, or, in any case, beyond the provincial boundary of Manitoba. For other purposes, jurisdiction no doubt can be confined to the reach of the writ of the Manitoba courts. These parameters will have to develop in Canada as did the *Mareva* principle in the courts of the United Kingdom. The laws of this country, as developed here from jurisprudence originating in the United Kingdom and variously adopted in some of the provinces, have long included *quia timet* orders when justice and the protection of the judicial process required. *Mareva* is a refinement made necessary to accommodate in the same laws the primary principle of *Lister*. All this is as true in Canada as in the United Kingdom. I conclude that nothing has taken this jurisdiction away from the superior courts in the provinces. In establishing the rules under which superior courts will issue such interlocutory orders in this country, one must not apply *in toto* or verbatim the dicta of the decisions in other legal systems though they may have much in common with those of Canada. The *Mareva* consideration arising in this appeal is the effect of a rightful removal of assets in the ordinary course

affaire partout au Canada. L'appelante ne cherche pas à sortir les biens en question du ressort national où son existence comme personne morale est assurée. Le bref de la cour manitobaine dure jusqu'au jugement et est fondé sur la signification de l'acte introductif d'instance à l'appelante au Manitoba, en Ontario en vertu de la législation provinciale en matière de réciprocité, et au Québec en raison des lois précitées de cette province. Aucune de ces considérations essentielles n'étaient présentes au Royaume-Uni lorsque l'injonction *Mareva* a été conçue pour parer les déprédations de marins véreux opérant à partir de refuges lointains et habituellement à la limite du commerce légalement organisé. Dans le système fédéral canadien, l'appelante n'est ni étrangère ni même non-résidente au sens ordinaire de ce terme. Elle peut «résider» partout au Canada et elle l'a fait au Manitoba. Elle peut être assujettie à l'exécution d'un jugement manitobain partout au Canada. Il n'y a eu aucun transfert clandestin de biens en vue d'échapper aux voies de droit des tribunaux manitobains. Il n'y a aucune preuve que cette entité à charte fédérale ait organisé ses affaires de façon à frauder ses créanciers manitobains. La terminologie et les éléments que sous-tend l'injonction *Mareva* doivent être examinés en fonction du contexte fédéral. D'une certaine manière, le «ressort» s'étend jusqu'aux frontières nationales ou, en tout cas, au delà des frontières du Manitoba. Pour d'autres fins, il ne fait pas de doute que le ressort peut être limité à l'endroit où peut être exécuté le bref des tribunaux manitobains. Ces paramètres devront être dégagés au Canada comme l'a été le principe *Mareva* par les tribunaux du Royaume-Uni. Le droit de notre pays, qui s'inspire de la théorie juridique en provenance du Royaume-Uni mais que certaines provinces ont adoptée différemment, comprend depuis longtemps les ordonnances *quia timet* lorsque l'intérêt de la justice et la protection des voies de droit judiciaires l'exigent. L'injonction «*Mareva*» est un raffinement qui s'est révélé nécessaire pour adapter dans ce même droit le principe fondamental de l'arrêt *Lister*. Tout cela est aussi vrai au Canada qu'au Royaume-Uni. Je conclus que les cours supérieures des provinces n'ont pas perdu cette compétence. En établissant les règles en vertu desquelles les cours supérieures

of business by a resident defendant to another part of the federal system. This by itself will not trigger such an exceptional remedy as it well might do in the United Kingdom where the jurisdiction of the court and the boundaries of the country coincide. Even there, it will be seen in *Rasu Maritima, supra*, an interlocutory injunction was not issued on the removal of assets from the United Kingdom in part because the assets were being moved to another country of the Common Market where the law recognized judgment before trial and indeed execution before judgment. That reasoning is much amplified in its introduction into a federal system. The South Australian court, as we have seen in *Pivovarovff, supra*, has declined to adopt the *Mareva* principles.

Taking this added federal consideration into account, should the injunction have been issued in the first instance and renewed in the Court of Appeal? The *Mareva* rules of the United Kingdom as developed in our courts, do not, in my view of the circumstances here existing, properly reflect the federal concern. The movement of the assets in question was announced in public pronouncements of the two stockholders of the appellant and by the appellant itself. The respondents were expressly made aware of the impending transfer. There is no finding in either court below of any improper motive behind this transfer of assets. The transfer, indeed, was carried out in the ordinary course of business and reflected the history of the conduct of the appellant's business in the past in Manitoba. The appellant never did retain assets in its Manitoba branch operation, either before the appellant commenced dealings with the respondent or thereafter. There is no finding of any intention by the appellant to default on its obligations, either generally or to the respondent, if in law such an obligation is later found to exist. The appellant has

pourront prononcer ces ordonnances interlocutoires dans notre pays, on ne doit pas appliquer *in toto* ou littéralement les *dicta* des décisions d'autres systèmes de droit même s'ils ont beaucoup en commun avec celui du Canada. La considération que soulève le présent pourvoi relativement à l'injonction *Mareva*, c'est le transfert légitime de biens effectué par un défendeur résident, dans le cours ordinaire de ses affaires, vers une autre partie du système fédéral. Cela en soi ne saurait déclencher un recours aussi exceptionnel, comme ce pourrait être le cas au Royaume-Uni où le ressort du tribunal et les frontières du pays coïncident. Même alors, on verra dans l'arrêt *Rasu Maritima*, précité, que l'injonction interlocutoire n'a pas été prononcée par suite du transfert de biens hors du Royaume-Uni, en partie parce que ces biens étaient transférés dans un autre pays du Marché commun où la loi reconnaissait le jugement d'avant dire droit et en fait l'exécution avant jugement. Ce raisonnement vaut d'autant plus si on l'introduit dans un régime fédéral. La cour d'Australie méridionale, comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Pivovarovff*, précité, a refusé d'adopter les principes *Mareva*.

Compte tenu de ce facteur fédéral supplémentaire, l'injonction aurait-elle dû être prononcée en première instance et renouvelée par la Cour d'appel? Selon ma perception des circonstances de l'espèce, les règles *Mareva* du Royaume-Uni, telles que les ont dégagées nos tribunaux, ne reflètent pas comme il se doit l'élément fédéral. Le transfert des biens en question a été annoncé publiquement par les deux actionnaires de l'appelante et par l'appelante elle-même. Les intimés ont été expressément avisés du transfert imminent. Les cours d'instance inférieure n'ont pas conclu que ce transfert de biens a été effectué pour un motif blâmable. Ce transfert a d'ailleurs été effectué dans le cours ordinaire des affaires et reflète le comportement commercial passé de l'appelante au Manitoba. L'appelante n'a jamais conservé de biens à sa succursale manitobaine, ni avant de commencer à traiter avec l'intimée ni après. On n'a constaté aucune intention de la part de l'appelante de manquer à ses obligations générales ou à celles qu'elle a envers l'intimée, à supposer que l'on conclue ultérieurement que de telles obligations existent en

not been found to be insolvent and the Court of Appeal expressly ruled this element out as a consideration governing the issuance or denial of the injunction. Finally, there is the federal fact and the procedures of pursuit open to the respondent in tracing these assets through to their destination in Quebec, or in recovering from the assets of the appellant in Ontario.

There is still, as in the days of *Lister*, a profound unfairness in a rule which sees one's assets tied up indefinitely pending trial of an action which may not succeed, and even if it does succeed, which may result in an award of far less than the caged assets. The harshness of such an exception to the general rule is even less acceptable where the defendant is a resident within the jurisdiction of the court and the assets in question are not being disposed of or moved out of the country or put beyond the reach of the courts of the country. This sub-rule or exception can lead to serious abuse. A plaintiff with an apparent claim, without ultimate substance, may, by the *Mareva* exception to the *Lister* rule, tie up the assets of the defendant, not for the purpose of their preservation until judgment, but to force, by litigious blackmail, a settlement on the defendant who, for any one of many reasons, cannot afford to await the ultimate vindication after trial. I would, with all respect to those who have held otherwise, conclude that the order should not have been issued under the principles of interlocutory *quia timet* orders in Canadian courts functioning as they do in a federal system.

Finally, there is the question as to whether the appellate tribunal may properly step in and alter a discretionary order, such as an interlocutory order, issued by a court of first instance where no sufficient error in law on the part of the courts below has been revealed, or where the order in question was issued based upon a wrong or inapplicable principle of law. Where no significant error of law is revealed, in short, an appellate court should not intervene. We do not here have the benefit of reasons from the judge of first instance, Wilson J.,

droit. L'appelante n'a pas été jugée insolvable et la Cour d'appel a expressément statué que cet élément ne doit pas être pris en considération pour ce qui est d'accorder ou de refuser l'injonction. Enfin, il y a le fait fédéral et les procédures de poursuite qui s'offrent à l'intimée pour retracer ces biens jusqu'à leur destination au Québec, ou pour les recouvrer de l'appelante en Ontario.

Il y a toujours, tout comme à l'époque de l'arrêt *Lister*, une inéquité profonde dans une règle qui permet de geler le bien d'une personne indéfiniment en attendant l'instruction d'une action qui ne sera peut-être pas accueillie et qui, même si elle est accueillie, pourra entraîner l'adjudication d'une somme fort inférieure à l'actif gelé. La rigueur d'une telle exception à la règle générale est d'autant moins acceptable lorsque le défendeur réside dans le ressort de la cour et que les biens en question ne sont ni aliénés ni transférés hors du pays, ni placés hors d'atteinte des tribunaux du pays. Cette règle subsidiaire ou exception peut donner lieu à des abus graves. Le demandeur dont la réclamation apparente se révélerait finalement non fondée pourrait, en vertu de cette exception dite *Mareva* à la règle de l'arrêt *Lister*, geler l'actif du défendeur non pas pour le préserver jusqu'au jugement, mais pour le forcer, par ce chantage litigieux, à régler lorsque pour une raison ou pour une autre, il ne peut se permettre d'attendre la justification définitive que lui donne le procès. Avec la plus grande déférence pour ceux qui en ont décidé autrement, je suis d'avis de conclure que l'ordonnance n'aurait pas dû être prononcée en vertu des principes des ordonnances interlocutoires *quia timet* par des tribunaux canadiens qui fonctionnent ainsi dans un régime fédéral.

Il reste enfin la question de savoir si un tribunal d'appel peut intervenir à bon droit et modifier une ordonnance discrétionnaire, comme une ordonnance interlocutoire, prononcée par un tribunal de première instance si aucune erreur de droit suffisante de la part de ce dernier n'a été mise à jour, ou s'il n'apparaît pas que l'ordonnance en cause est fondée sur un principe de droit erroné ou inapplicable. En bref, lorsqu'aucune erreur de droit importante n'est révélée, le tribunal d'appel ne doit pas intervenir. Nous ne disposons pas ici des motifs

issuing the order, but we do have the reasons of the Court of Appeal. That court, with all respect to those members who confirmed the issuance of the order, did not give due consideration and weight to the position of the courts and the position of the parties before those courts when dealing with an interlocutory *quia timet* order in a federal jurisdiction. Though I would have come to the opposite conclusion even aside from that element of the law involved in these proceedings, interference with the exercise of discretion in issuing the order would, apart from this consideration, be unwarranted. It is, however, in my view, an error of law relating to the application of the principles properly governing the execution of the court's discretion in favour of the respondent in issuing the *quia timet* interlocutory order, and accordingly, I would intervene and set aside such order.

I therefore would allow the appeal and set aside the injunction issued in the courts below, with costs to the appellant throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: D'Arcy C. H. McCaffrey, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondents: William P. Ripley, Winnipeg.*

du juge Wilson qui a rendu l'ordonnance en première instance, mais nous avons ceux de la Cour d'appel. Cette dernière, avec la plus grande déférence pour ceux de ses membres qui ont confirmé l'ordonnance, n'a pas accordé suffisamment d'importance et de poids à la position des tribunaux et à celle des parties qui s'y sont présentées, lorsqu'elle a abordé la question d'une ordonnance interlocutoire *quia timet* dans un contexte fédéral. J'en serais venu à la conclusion opposée même en l'absence de l'élément juridique en cause en l'espèce, mais intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de prononcer l'ordonnance serait injustifié indépendamment de ce facteur. Toutefois, je suis d'avis que cela constitue une erreur de droit relative à l'application des véritables principes qui régissent l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance interlocutoire *quia timet* en faveur de l'intimée et, en conséquence, je suis d'avis d'intervenir et d'annuler cette ordonnance.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'injonction prononcée par les tribunaux d'instance inférieure, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: D'Arcy C. H. McCaffrey, Winnipeg.*

*Procureur des intimés: William P. Riley, Winnipeg.*

**Jean-Pierre Brouillard also known as Pierre Chatel** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 17372.

1984: October 4; 1985: February 21.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Trial — Function of judge — Examination of witnesses — Right of judge to intervene — Limits of right to intervene — Doubt as to impartiality of judge — New trial ordered.*

Appellant was charged with extortion and convicted by a judge of the Court of Sessions of the Peace. At trial, the judge took an active part in questioning the accused and another witness for the defence, interrupting counsel and the witnesses on several occasions and asking many questions himself. On appeal, appellant complained of the judge's conduct, saying that he had been biased, and argued that he had not been able to make full answer and defence. He further alleged that the trial judge had committed errors of law and fact. The Court of Appeal dismissed his appeal and affirmed the conviction. This appeal was based on essentially the same grounds.

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

Having regard to the evidence presented at the trial, the conviction by the trial judge is not unreasonable and is not based on an error of law or fact. The issue was essentially one of credibility and the trial judge chose to believe the complainant. It is in the interests of justice, however, that a new trial be held. Though the trial judge has a right, and often a duty, if justice is in fact to be done, to question witnesses, interrupt them and if necessary call them to order, he must do so within certain limits and in such a way that justice is seen to be done. In the case at bar, the trial judge went beyond the limits. By his many interventions and questions during the testimony of the accused and of another defence witness, the trial judge gave the impression of assisting counsel for the prosecution. By his conduct the trial judge raised some doubt as to his impartiality, which only a new trial can erase.

**Jean-Pierre Brouillard dit Pierre Chatel** *Appellant*;

et

**a Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 17372.

1984: 4 octobre; 1985: 21 février.

**b Présents:** Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*c Droit criminel — Procès — Rôle du juge — Interrogatoire des témoins — Droit d'intervention du juge — Limites du droit d'intervention — Doute quant à l'impartialité du juge — Nouveau procès ordonné.*

L'appelant a été accusé d'extorsion et déclaré coupable par un juge de la Cour des sessions de la paix. Au cours du procès, le premier juge a participé activement à l'interrogatoire de l'accusé et d'un autre témoin de la défense, interrompant les avocats et les témoins à maintes reprises et posant lui-même de nombreuses questions. En appel, l'appelant s'est plaint de la conduite du juge, qu'il a qualifiée de partielle, et il a plaidé qu'il n'avait pas pu présenter une défense pleine et entière. Il a allégué également que le juge du procès avait commis des erreurs de droit et de fait. La Cour d'appel a rejeté son appel et confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi repose essentiellement sur les mêmes motifs.

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

g Compte tenu de la preuve soumise au procès, le verdict de culpabilité rendu par le premier juge n'est pas déraisonnable et ne résulte pas d'une erreur de droit ou de fait. Il s'agissait essentiellement d'une question de crédibilité et le juge du procès a choisi de croire la plaignante. Il est cependant dans l'intérêt de la justice qu'un nouveau procès soit tenu. Même si le juge du procès a le droit et souvent le devoir, pour que justice soit effectivement rendue, d'interroger les témoins, de les interrompre ou de les rappeler à l'ordre au besoin, il doit toutefois le faire à l'intérieur de certaines limites et de telle sorte que justice paraisse avoir été rendue. En l'espèce, le juge du procès a dépassé la mesure. Par ses nombreuses interventions et questions lors du témoignage de l'accusé et d'un autre témoin de la défense, le juge du procès a donné l'impression d'assister l'avocat de la poursuite. Par sa conduite le juge du procès a soulevé un doute quant à son impartialité, doute que seul un nouveau procès peut effacer.



**Cases Cited**

*R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, applied; *R. v. Darlyn* (1946), 88 C.C.C. 269, approved; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. v. Torbiak and Campbell* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. v. Bateman* (1946), 31 Cr. App. R. 106, referred to.

**Authors Cited**

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup>, dismissing appellant's appeal from his conviction for extortion by a judge of the Court of Sessions of the Peace. Appeal allowed and a new trial ordered.

*Pierre Chatel*, for himself.

*Réginald Michiels*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—Appellant was charged with extortion and convicted by a judge of the Court of Sessions of the Peace. His appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed. He appealed to this Court with its leave. In my view, his appeal should be allowed and a new trial ordered.

**Facts**

Appellant and the complainant, Mrs. Madeleine Lebel, have known each other since May 1977. They did business together and were partners in two companies. On July 3, 1979, appellant visited the complainant at her home and demanded the sum of \$6,000 from her. According to the complainant and one of her daughters, he threatened her. This led to a charge of extortion, worded as follows:

[TRANSLATION] At Montréal, district of Montréal, on or about July 3, 1979, Jean Pierre Brouillard, without reasonable justification or excuse, with intent to extort, attempted to induce Madeleine Lebel by threats, accusations, or violence to do something, to

**Jurisprudence**

Arrêt appliqué: *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; arrêt approuvé: *R. v. Darlyn* (1946), 88 C.C.C. 269; arrêts mentionnés: *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *R. v. Torbiak and Campbell* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. v. Bateman* (1946), 31 Cr. App. R. 106.

**Doctrine citée**

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour extorsion prononcée par un juge de la Cour des sessions de la paix. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Pierre Chatel*, en personne.

*Réginald Michiels*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant fut accusé d'extorsion et déclaré coupable par un juge de la Cour des sessions de la paix. Son appel à la Cour d'appel du Québec fut rejeté. Il se pourvoit devant cette Cour avec l'autorisation de celle-ci. À mon avis, son pourvoi devrait réussir et un nouveau procès devrait être ordonné.

**Les faits**

L'appelant et la plaignante, M<sup>me</sup> Madeleine Lebel, se connaissent depuis mai 1977. Ils ont fait affaire ensemble et ont été associés dans deux compagnies. Le 3 juillet 1979, l'appelant a rendu visite à la plaignante à son domicile et lui a réclamé la somme de 6 000 \$. Il lui aurait, au dire de cette dernière et de l'une de ses filles, proféré des menaces. D'où une accusation d'extorsion libellée comme suit:

À Montréal, district de Montréal, le ou vers le 3 juillet 1979, Jean Pierre Brouillard, sans justification ou excuse raisonnable, avec l'intention d'extorquer, a tenté d'induire Madeleine Lebel par menaces, accusations ou violence à accomplir quelque chose, à savoir:

<sup>1</sup> C.A. Mtl., No. 500-10-000066-819, October 22, 1982.

<sup>1</sup> C.A. Mtl., n° 500-10-000066-819, 22 octobre 1982.

wit: to give him the sum of \$6,000, thereby committing an indictable offence under section 305(1) of the Criminal Code.

### Judgments

#### *At Trial*

In an oral judgment the Sessions judge, expressing certain reservations concerning the credibility of the accused and of another defence witness, the complainant's other daughter, said that he believed the complainant and her witnesses and was convinced beyond a reasonable doubt of the accused's guilt.

The relevant passages of his judgment read as follows:

[TRANSLATION] So there was not only the mother who said she was threatened, there was another witness, the girl, and I cannot doubt the girl's testimony, because she testified honestly that she did not wish to get involved in these matters . . .

The mother, her testimony . . . was corroborated by the testimony of the girl Michèle . . .

As for the other girl, there were contradictions in the answers she gave the Court . . .

The testimony of Mr. Chatel, well, I'll tell you sincerely, it was evasive. He was asked direct questions, and replied with a series of answers that had no bearing on the questions he was asked. He tried to fabricate, that's the word, fabricate, in any case, he tried to tell us all sorts of stories which, in my opinion, don't stand up.

The judge's decision is thus clearly based on the credibility he gave the witnesses.

#### *On Appeal*

In the Court of Appeal the accused Brouillard complained of errors of law and of fact on the part of the trial judge and maintained that he should have been acquitted. He also complained of the judge's conduct, saying that he had been biased, and argued that he had not been able to make full answer and defence.

The Court of Appeal's decision is succinct:

[TRANSLATION] THE COURT, ruling on appellant's appeal from a judgment rendered by a judge of the

à lui remettre la somme de \$6,000.00, commettant ainsi l'acte criminel prévu à l'article 305(1) du Code criminel.

### Les jugements

#### *Au procès*

Dans un jugement rendu oralement, le juge des Sessions, exprimant certaines réserves en regard de la crédibilité de l'accusé et d'un autre témoin de la défense, l'autre fille de la plaignante, a dit croire la plaignante et ses témoins et s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Les passages pertinents de son jugement sont les suivants:

Alors il n'y a pas que la mère qui a dit qu'elle a eu des menaces, il y a un autre témoin, la jeune fille et je ne peux pas mettre son témoignage en doute à cette jeune fille-là, parce qu'elle a témoigné honnêtement qu'elle ne voulait pas se mêler de ces affaires-là . . .

La mère, son témoignage . . . c'est corroboré par le témoignage de la jeune fille Michèle . . .

Quant à l'autre jeune fille, il y a contradiction dans ses, dans ses réponses données à la Cour . . .

Le témoignage de monsieur Chatel, ben, je vais vous dire sincèrement, il est évasif. On lui pose des questions directes, il répond par une série de réponses qui n'ont aucun rapport avec la question qu'on lui pose. Il tente de fabuler, c'est bien le mot, fabuler, en tout cas, il tente de nous raconter toutes sortes d'histoires qui, à mon sens, ne tiennent pas debout.

La décision du juge tient donc clairement à la crédibilité qu'il accorde aux témoins.

#### *En appel*

En Cour d'appel, l'accusé Brouillard s'est plaint d'erreurs de droit et de fait de la part du juge de première instance et a soutenu qu'il aurait dû être acquitté. Il s'est plaint aussi du comportement du juge, l'a dit partial, et a plaidé qu'il n'avait pas pu présenter une défense pleine et entière.

L'arrêt de la Cour d'appel est succinct:

LA COUR, statuant sur le pourvoi de l'appelant à l'encontre d'un jugement prononcé par un juge de la

Court of Sessions of the Peace, district of Montréal, on January 29, 1981, convicting him of attempted extortion;

After reviewing the record, hearing argument and deliberating;

WHEREAS even though this Court cannot sanction all the said judge's interventions during the trial, it was not established before us that either through these interventions or otherwise, appellant was deprived of his right to make full answer and defence;

WHEREAS it was not established either that the said judge erred in law or incorrectly assessed the evidence;

WHEREAS this Court should therefore not intervene in the said judgment;

DISMISSES the appeal.

Appellant relied on essentially the same grounds of appeal in this Court. He also requested leave to present additional evidence. We shall dispose of this request first.

I have read the material submitted by appellant and I am of the view that this evidence, which he sought to present at trial as well, is not relevant to the case; consequently I would deny this request.

With regard to his allegations of errors of law and of fact, I share the Court of Appeal's opinion and am of the view that they are unfounded. The judge's conclusion is not unreasonable having regard to all the evidence and is not based on an error of law in interpreting the provision under which the accused was charged or an error respecting the law of evidence or procedure. The issue was one of credibility and the judge chose to believe the complainant. Had he entertained a reasonable doubt in favour of the accused, a verdict of acquittal would not have been at all unreasonable either.

There remains the question of the judge's conduct and alleged bias.

The role of a trial judge is sometimes very demanding, owing to the nature of the case and the conduct of the litigants (parties). Like anyone, a judge may occasionally lose patience. He may then step down from his judge's bench and assume the role of counsel. When this happens, and,

Cour des Sessions de la Paix, district de Montréal, le 29 janvier 1981, qui le trouva coupable d'une tentative d'extorsion;

Après étude du dossier, audition et délibéré;

a

CONSIDÉRANT que, même si cette Cour ne peut approuver toutes les interventions dudit juge lors du procès, on ne nous a pas démontré que, soit par ces interventions soit autrement, l'appelant a été privé de son droit de présenter une défense pleine et entière;

b

CONSIDÉRANT qu'on ne nous a pas démontré non plus que ledit juge s'est mal dirigé en droit ou a mal apprécié la preuve;

c

CONSIDÉRANT qu'il n'y a donc pas lieu pour cette Cour d'intervenir dans ledit jugement;

REJETTE le pourvoi.

d

L'appelant porte devant nous essentiellement les mêmes griefs. Il demande aussi la permission de faire une preuve additionnelle. Disposons de cette requête dès maintenant.

e

J'ai lu la documentation que nous a soumise l'appelant et je suis d'avis que cette preuve, qu'il voulait d'ailleurs faire en première instance, n'est pas pertinente à la cause; en conséquence je serais d'avis de lui refuser cette requête.

f

Quant à ses griefs alléguant des erreurs de droit et de fait, je partage l'avis de la Cour d'appel et je suis d'avis qu'ils sont sans fondement. La conclusion du juge, en regard de toute la preuve, n'est pas déraisonnable, ne résulte pas d'une erreur de droit dans l'interprétation du texte d'incrimination ni ne résulte d'une erreur quant au droit de la preuve ou de la procédure. Il s'agit d'une question de crédibilité et le juge a choisi de croire la plaignante. Eût-il entretenu un doute raisonnable en faveur de l'accusé, le verdict d'acquittal n'eût point été déraisonnable non plus.

g

h

Reste le grief portant sur le comportement et la prétendue partialité du juge.

i

Le rôle du juge du procès est parfois, en regard de la nature du litige et du comportement des plaideurs (les parties), des plus exigeants. Comme quiconque, le juge est, à l'occasion, susceptible de perdre patience. Il en résulte parfois qu'il délaisse le siège prétorien, et troque sa toge contre celle

*a fortiori*, when this happens to the detriment of an accused, it is important that a new trial be ordered, even when the verdict of guilty is not unreasonable having regard to the evidence, and the judge has not erred with respect to the law applicable to the case and has not incorrectly assessed the facts.

The reason for this is well-known. It is one of the most fundamental principles of our case law, the best known formulation of which is to be found in Lord Hewart's judgment in *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259:

... [it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.

In the case at bar I am certainly not convinced that the judge was biased. On the contrary, I am inclined to believe that he meant to be impartial. I am thus of the view that the accused was not prevented from presenting his defence, calling all relevant witnesses and adducing all relevant evidence, although not without difficulty. However, I am obliged to conclude that, by his conduct, the trial judge allowed there to be some doubt on this subject, which only a new trial can erase. In this regard I am, with respect, in complete disagreement with the Court of Appeal in that I am not of the view that it is sufficient for justice to have been done to dispose of this appeal.

Before discussing the judge's conduct, we should mention certain rules arising out of the principle put forward by Lord Hewart, as well as their limits. This is not intended to be exhaustive. There are numerous decisions and substantial legal opinion on the subject. It would perhaps be sufficient to refer to the remarks of the late Chief Justice Fauteux in *Le livre du magistrat\** (1980), which sets out the precepts that should govern a judge's conduct.

We shall mention here his remarks that are relevant to the case at bar.

\* A separate English version, *A Book for Judges* (1980), was written by the Hon. J. O. Wilson.

d'un avocat. Lorsque cela se produit, et *a fortiori*, lorsque cela se produit au détriment d'un accusé, il importe d'ordonner un nouveau procès, et ce quand bien même le verdict de culpabilité n'est pas déraisonnable en regard de la preuve, que le juge n'a commis aucune erreur quant au droit applicable en l'espèce, ou encore n'a pas mal apprécié les faits.

La raison en est bien connue. Il s'agit d'un des principes les plus fondamentaux de notre droit judiciaire dont la formulation la plus connue se trouve dans les propos de lord Hewart dans *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, comme suit, à la p. 259:

[TRADUCTION] ... [il] est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue.

En l'espèce, je ne suis sûrement pas convaincu de la partialité du juge. Au contraire je serais enclin à croire qu'il se voulait impartial. Aussi suis-je d'avis que l'accusé a quand même pu, quoique non sans peine, présenter sa défense et faire entendre tous les témoins et toute la preuve pertinente. Mais je suis obligé de conclure que le juge du procès a, par son comportement, laissé germer un doute à ce sujet, doute que seul un nouveau procès pourra effacer. En cela, je suis, avec égard, en complet désaccord avec la Cour d'appel en ce que je ne suis pas d'avis qu'il suffit que justice ait été faite pour disposer de ce pourvoi.

Avant d'aborder le comportement du juge, il est bon de rappeler certaines règles qui sont tributaires du principe énoncé par lord Hewart, ainsi que leurs limites. Il ne s'agit pas ici d'être exhaustif. La jurisprudence en la matière est abondante; la doctrine aussi. Peut-être suffit-il de nous référer au propos de feu le juge en chef Fauteux dans *Le livre du magistrat* (1980), où on retrouve les préceptes qui doivent gouverner la conduite du juge.

Il est utile de rappeler ici ceux-là de ses propos qui sont pertinents à l'espèce.

First of all, it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order.

One of the decisions most often cited in support of this rule is *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.) Lord Denning stated the following, at pp. 158-59:

No one can doubt that the judge, in intervening as he did, was actuated by the best motives. He was anxious to understand the details of this complicated case, and asked questions to get them clear in his mind. He was anxious that the witnesses should not be harassed unduly in cross-examination, and intervened to protect them when he thought necessary. He was anxious to investigate all the various criticisms that had been made against the board, and to see whether they were well founded or not. Hence he took them up himself with the witnesses from time to time. He was anxious that the case should not be dragged on too long, and intimated clearly when he thought that a point had been sufficiently explored. All those are worthy motives on which judges daily intervene in the conduct of cases and have done for centuries.

Nevertheless, we are quite clear that the interventions, taken together, were far more than they should have been. In the system of trial which we have evolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large, as happens, we believe, in some foreign countries. Even in England, however, a judge is not a mere umpire to answer the question "How's that?" His object above all is to find out the truth, and to do justice according to the law; . . .

More recently, in Canada, in *R. v. Torbiak and Campbell* (1974), 26 C.R.N.S. 108, which involved a problem similar to the one in the case at bar, the Ontario Court of Appeal stated the following, at pp. 109-10:

D'abord, il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre.

Une des décisions les plus citées au soutien de cette règle est *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.) Lord Denning s'exprimait comme suit, aux pp. 158 et 159:

[TRADUCTION] Nul ne peut douter que l'intervention du juge ait été fondée sur les meilleurs motifs. Désirant vivement comprendre les tenants et les aboutissants de cette affaire complexe, il a posé des questions en vue de tirer les choses au clair. Afin d'empêcher que les témoins ne soient harcelés indûment au cours de leur contre-interrogatoire, il est intervenu pour les protéger chaque fois qu'il le jugeait nécessaire. Dans son désir d'examiner les différentes critiques faites contre la Commission et d'en déterminer le bien-fondé, il les a soumises lui-même aux témoins à quelques reprises. Comme il souhaitait en outre ne pas voir l'audience traîner en longueur, il faisait clairement savoir qu'un point avait été suffisamment débattu. Voilà tous des motifs valables sur lesquels les juges se fondent couramment, comme ils le font d'ailleurs depuis des siècles, pour intervenir dans le déroulement des procès.

Nous sommes néanmoins convaincus que les interventions en cause, prises ensemble, dépassent largement les bornes de ce qui est permis. Selon le mode d'instruction que nous avons dans ce pays, le rôle du juge consiste à entendre et à trancher les questions que soulèvent les parties et non pas à mener une enquête au nom de la société en général, comme cela se produit, nous semble-t-il, dans certains pays étrangers. Mais, même en Angleterre, le juge n'est pas simplement un arbitre ayant pour tâche de déterminer «le pourquoi» d'une affaire. Il lui incombe d'abord et avant tout d'établir la vérité et de rendre justice conformément à la loi; . . .

Plus récemment, et au pays, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. v. Torbiak and Campbell* (1974), 26 C.R.N.S. 108, saisie d'un problème analogue au nôtre, disait, aux pp. 109 et 110:

The proper conduct of a trial judge is circumscribed by two considerations. On the one hand his position is one of great power and prestige which gives his every word an especial significance. The position of established neutrality requires that the trial judge should confine himself as much as possible to his own responsibilities and leave to counsel and members of the jury their respective functions. On the other hand his responsibility for the conduct of the trial may well require him to ask questions which ought to be asked and have not been asked on account of the failure of counsel, and so compel him to interject himself into the examination of witnesses to a degree which he might not otherwise choose.

Since the limits of the allowable conduct are not absolute, but relative to the facts and circumstances of the particular trial within which they are to be observed, every alleged departure during a trial from the accepted standards of judicial conduct must be examined with respect to its effect on the fairness of the trial.

Another illustration of the precept is to be found in the remarks of Lord Greene, M.R., in *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), at p. 185:

It is, of course, always proper for a judge—and it is his duty—to put questions with a view to elucidating an obscure answer or when he thinks that the witness has misunderstood a question put to him by counsel. If there are matters which the judge considers have not been sufficiently cleared up or questions which he himself thinks ought to have been put, he can, of course, take steps to see that the deficiency is made good. It is, I think, generally more convenient to do this when counsel has finished his questions or is passing to a new subject. It must always be borne in mind that the judge does not know what is in counsel's brief and has not the same facilities as counsel for an effective examination-in-chief or cross-examination. In cross-examination, for instance, experienced counsel will see just as clearly as the judge that, for example, a particular question will be a crucial one. But it is for counsel to decide at what stage he will put the question, and the whole strength of the cross-examination may be destroyed if the judge, in his desire to get to what seems to him to be the crucial point, himself intervenes and prematurely puts the question himself.

Finally, I cite with approval the judgment to which the respondent Crown referred us in *R. v. Darlyn* (1946), 88 C.C.C. 269, where Bird J.A.

[TRADUCTION] En ce qui concerne la conduite à observer par un juge du procès, deux points sont à retenir. D'une part, en raison du grand pouvoir et du prestige qui se rattachent à son poste, tout ce que peut dire un juge revêt une importance toute particulière. Le principe bien établi de la neutralité judiciaire exige du juge du procès qu'il se limite dans la mesure du possible à l'exercice de ses propres fonctions, de manière à permettre aux avocats et au jury de remplir les leurs. D'un autre côté, le juge, en tant que responsable du déroulement du procès, peut très bien avoir à poser des questions qui auraient dû être posées et que l'avocat a omis de poser; le juge se voit ainsi obligé d'intervenir, plus qu'il ne l'aurait peut-être souhaité, dans l'interrogatoire des témoins.

Puisque les règles sur ce qui constitue une conduite permise ne sont pas absolues, mais varient en fonction des faits et des circonstances de chaque procès, toutes les fois qu'on allègue qu'au cours d'un procès, on s'est écarté des normes reçues en matière de conduite judiciaire, cette allégation doit être examinée à la lumière de son effet sur le caractère équitable du procès.

Une autre illustration du précepte se retrouve dans les propos de lord Greene, maître des rôles, dans *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), à la p. 185:

[TRADUCTION] Il va sans dire qu'un juge a le pouvoir, voire le devoir, de poser des questions en vue d'obtenir des éclaircissements sur une réponse obscure et d'en poser aussi lorsqu'il estime que le témoin a mal compris une question que lui a adressée l'avocat. Si, de l'avis du juge, il subsiste des doutes sur certains points ou s'il croit que certaines questions auraient dû être posées, il peut, bien sûr, voir lui-même à combler la lacune. Or, selon moi, il vaut mieux, en règle générale, que cela se fasse au moment où l'avocat a terminé son interrogatoire ou lorsqu'il est sur le point d'aborder un nouveau sujet. On ne doit jamais perdre de vue que le juge ignore la teneur du mémoire de l'avocat et n'a pas les mêmes possibilités que l'avocat de mener un interrogatoire principal ou un contre-interrogatoire efficaces. Au cours du contre-interrogatoire, par exemple, un avocat expérimenté verra tout aussi clairement que le juge l'importance capitale de telle question. Mais il appartient à l'avocat de décider à quel moment il la posera et toute la force du contre-interrogatoire peut être anéantie si le juge, dans son désir de venir à ce qui lui semble être le point fondamental, pose prématurément la question.

Enfin, je cite avec approbation le jugement auquel nous réfère la Couronne intimée dans *R. v. Darlyn* (1946), 88 C.C.C. 269, où la Cour d'appel

wrote the following on behalf of the British Columbia Court of Appeal (at p. 277):

The nature and extent of a Judge's participation in the examination of a witness is no doubt a matter within his discretion, a discretion which must be exercised judicially. I conceive it to be the function of the Judge to keep the scales of justice in even balance between the Crown and the accused. There can be no doubt in my opinion that a Judge has not only the right, but also the duty to put questions to a witness in order to clarify an obscure answer or to resolve possible misunderstanding of any question by a witness, even to remedy an omission of counsel, by putting questions which the Judge thinks ought to have been asked in order to bring out or explain relevant matters.

In short, everyone agrees that a judge has a right and, where necessary, a duty to ask questions, but also that there are certain definite limits on this right. On this point respondent cited the remarks of Humphreys J. in *R. v. Bateman* (1946), 31 Cr. App. R. 106, where he stated:

Judges are entitled, if they form the opinion that a witness is not trying to help the Court, to do what counsel cannot do, and say: "You behave yourself and tell me the truth". It is sometimes very useful to be able to say that. Sometimes it pulls a witness together and makes him say what is the truth, but, of course, it must not be done until the witness has given some indication that he or she is not trying to tell the truth.

(Emphasis added.)

The judge may on occasion call to order a witness who is obviously trying to avoid testifying, who "is not trying to help the Court". In *Bateman* a witness said she was not able to recall dates or times accurately. The appellate judges, at pp. 110-11, disapproved in the following terms, of the reprimand the Commissioner presiding at the trial had given her:

For some reason the Commissioner, who was presiding at the trial, formed the opinion that the witness could give much more satisfactory evidence if she liked, and he cross-examined her and treated her as if she were a thoroughly disreputable liar. It must not be forgotten by those who preside at criminal trials that witnesses, whether called for the prosecution or the defence, are entitled to be treated with courtesy and politeness unless and until they show some symptom of refusing to assist

de la Colombie-Britannique disait, sous la plume du juge Bird (à la p. 277):

[TRADUCTION] La nature et le degré de la participation d'un juge à l'interrogatoire d'un témoin relèvent sans aucun doute de son pouvoir discrétionnaire, pouvoir qu'il doit exercer judiciairement. Selon moi, la fonction du juge consiste à tenir en équilibre la balance de la justice entre le ministère public et l'accusé. Il ne fait pas de doute dans mon esprit qu'un juge a non seulement le droit mais aussi le devoir d'interroger un témoin afin d'élucider une réponse obscure ou pour s'assurer qu'un témoin a bien compris une question, et même de corriger une omission de l'avocat en posant des questions qui, à son avis, auraient dû être posées pour expliquer ou faire ressortir certains points pertinents.

En somme tout le monde est d'accord pour reconnaître au juge le droit et, le cas échéant, le devoir de poser des questions, mais aussi certaines limites à ce droit, et des limites certaines. Sur ce point, l'intimée nous cite les propos du juge Humphreys dans *R. v. Bateman* (1946), 31 Cr. App. R. 106, où il disait:

[TRADUCTION] S'il forme l'opinion qu'un témoin essaie d'éluder les questions, un juge, à la différence d'un avocat, peut dire au témoin: «Cela suffit. Dites-moi la vérité à présent.» Ce pouvoir s'avère parfois très utile parce qu'il arrive qu'une telle semonce incite un témoin à se reprendre et à s'en tenir à la vérité. Il va toutefois sans dire qu'on ne doit y avoir recours que lorsqu'il est évident que le témoin ne cherche pas à dire la vérité.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge peut à l'occasion rappeler à l'ordre le témoin qui manifestement cherche à éviter de témoigner, [TRADUCTION] «essaie d'éluder les questions». Dans la cause *Bateman*, un témoin disait ne pouvoir se rappeler de dates ou d'heures avec précision. Les juges d'appel ont désapprouvé en ces termes l'admonestation que lui avait servie le Commissaire président du procès, aux pp. 110 et 111:

[TRADUCTION] Pour une raison ou pour une autre, le Commissaire président du procès a conclu que le témoin était capable de donner des réponses beaucoup plus satisfaisantes et il s'est mis à la contre-interroger, agissant à son égard comme s'il s'agissait d'une fieffée menteuse. Ceux qui sont appelés à présider des procès criminels doivent toujours se rappeler que les témoins, aussi bien ceux de la poursuite que ceux de la défense, ont droit à un traitement courtois et poli, à moins qu'ils

the Court by giving evidence promptly and properly. With all due respect to the Commissioner, it is not the duty of any presiding Judge, as soon as a witness says: "I cannot tell you with accuracy what time something happened", to say: "Oh, yes, you can. You be careful", or anything designed to force the witness to say something which she really cannot say. The result was that when that cross-examination was taken up to some extent by counsel for the prosecution, this unfortunate woman was induced to give about seven or eight different times as being very probably the times when the appellant went there. Mr. Gordon, who appeared for the appellant, has told us that in the result—and this agrees with our own reading of the transcript—the witness showed herself to be the sort of women who, if sufficiently badgered, would say anything. It means, not that the woman was not trying to tell the truth, but that she was a person who could not fix times and whose evidence was valueless.

It was only further on that they added the remarks cited by the Crown, and then, by way of clarification, at pp. 111-12:

The mere fact that a witness cannot fix a time is no reason for treating her in that way, and why it was thought necessary so to treat the witnesses in this case is a little difficult to understand.

The observations which were made in *Gilson and Cohen* (1944), 29 Cr. App. R. 174, at p. 181, in which the Court adopted the language of a previous decision, *Cain* (1936), 25 Cr. App. R. 204, at p. 205, are apposite in this case. The observations were to this effect: "There is no question why the Judge should not from time to time interpose such questions as seem to him fair and proper. It was, however, undesirable that . . . the Judge should proceed, without giving much opportunity to counsel for the defence to interpose, and long before the time had arrived for cross-examination, to cross-examine (the witness) with some severity. The Court agrees with the contention that that was an unfortunate method of conducting the case. It is undesirable that during an examination-in-chief the Judge should appear to be not so much assisting the defence as throwing his weight on the side of the prosecution by cross-examining a prisoner." We would adopt those observations and apply them to any witness, whether called by the prosecution or the defence.

The remarks of Humphreys J. were cited out of context, and the *Bateman* decision as a whole

ne se montrent peu disposés à aider la cour en fournissant des réponses promptes et exactes. Avec tout le respect que je dois au Commissaire, il n'entre nullement dans les attributions d'un juge président aussitôt qu'un témoin dit: «Je ne peux vous dire avec précision à quel moment cela s'est produit», de dire «Oui, vous le savez. Tenez-vous pour averti.» De même, il doit s'abstenir de toute autre déclaration destinée à forcer le témoin à fournir une réponse qu'il n'est vraiment pas en mesure de donner. Il en a résulté en l'espèce que, lorsque l'avocat de la poursuite a pu en quelque sorte procéder à son propre contre-interrogatoire, il a amené cette pauvre malheureuse à donner pour très probables sept ou huit heures différentes où l'appelant s'y serait rendu. M<sup>e</sup> Gordon, qui a comparu pour l'appelant, nous dit qu'il en ressort, ce qui cadre d'ailleurs avec notre interprétation de la transcription, que le témoin est la sorte de femme qui, si on s'acharne sur elle, dira n'importe quoi. Cela veut donc dire non pas qu'elle n'essayait pas de dire la vérité, mais qu'elle est une personne incapable d'estimer l'heure, ce qui rend son témoignage inutile.

Et ce n'est que plus loin qu'ils ont ajouté les commentaires cités par la Couronne, prenant la peine de préciser par la suite, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] Le simple fait qu'un témoin ne peut fixer l'heure d'un événement ne justifie nullement qu'on le traite de la sorte. Il est d'ailleurs difficile de concevoir pourquoi on a jugé nécessaire en l'espèce de soumettre les témoins à un tel traitement.

Les observations faites dans l'affaire *Gilson and Cohen* (1944), 29 Cr. App. R. 174, à la p. 181, dans laquelle la cour reprend les termes employés antérieurement dans l'affaire *Cain* (1936), 25 Cr. App. R. 204, à la p. 205, s'appliquent ici. Il s'agit des observations suivantes: «On ne conteste pas le droit du juge de poser, à l'occasion, les questions qui lui semblent justes et utiles. Il ne convient toutefois pas que . . . le juge, sans avoir vraiment donné à l'avocat de la défense la possibilité d'intervenir et bien avant le moment du contre-interrogatoire, procède lui-même à un contre-interrogatoire assez dur [du témoin]. La Cour est d'accord que ce n'était pas là la meilleure façon de conduire le procès. Un juge doit éviter au cours de l'interrogatoire principal de paraître ne pas aider la défense au point de se mettre du côté de la poursuite en contre-interrogeant l'accusé.» Nous faisons nôtres ces observations et nous les appliquerions à n'importe quel témoin, peu importe qu'il ait été appelé par la poursuite ou par la défense.

Les propos du juge Humphreys ont été cités hors contexte et la décision *Bateman* prise dans son



seems somewhat contrary and even fatal to the Crown's position.

Finally, prudence and the resulting judicial restraint must be all the greater where the accused is a witness. He must be allowed to proceed, within limits, of course, but always bearing in mind that at the end of the day he is the only one who may be leaving the court in handcuffs.

In conclusion, although the judge may and must intervene for justice to be done, he must nonetheless do so in such a way that justice *is seen to be done*. It is all a question of manner.

In the case at bar, the least that can be said is that the judge was aware of his right to intervene. He asked the witness Dominique Gauthier, the complainant's daughter and the accused's girlfriend and witness, some sixty questions, almost as many as the Crown, and interrupted her more than ten times during her testimony.

During the accused's testimony the judge asked many more questions than the two counsel. In fact during the examination-in-chief he interrupted the examination being conducted by counsel for the defence almost twenty times, and cross-examined the accused. As a result he asked the accused, still during the examination-in-chief, twice as many questions as his own lawyer asked. Since his questions were more in the nature of a cross-examination, he thus clearly gave the impression of assisting the Crown by doing precisely what he would have had to prevent the Crown from doing if necessary. The accused was interrupted by the judge a total of over sixty times in his answers in chief and in cross-examination. Both the accused and the witness Gauthier were the object of sarcastic remarks.

By way of illustrating the general situation, I quote:

[TRANSLATION] THE COURT:

Q. Tell the truth Miss, tell what happened in this case, that document, what was it for, tell me the truth?

A. Well I've been telling the truth.

ensemble m'apparaît plutôt contraire, voire même accablante pour la position défendue par la Couronne.

Enfin, la prudence et la retenue judiciaire qui en résulte doivent être d'autant plus grandes qu'il s'agit de l'accusé témoin. Il faut le laisser aller, dans des limites bien sûr, mais toujours conscient du fait qu'en fin de journée il est le seul qui risque de quitter le prétoire les menottes aux poings.

En conclusion, si le juge peut et doit intervenir pour que justice soit rendue il doit quand même le faire de telle sorte que justice *paraisse être rendue*. Tout est dans la façon.

En l'espèce, le moins que l'on puisse dire est que le juge était conscient de son droit d'intervenir. Au témoin Dominique Gauthier, la fille de la plaignante, compagne de l'accusé et témoin de celui-ci, il posait une soixantaine de questions, presque autant que la Couronne, et l'interrompait plus d'une dizaine de fois au cours de son témoignage.

Au cours du témoignage de l'accusé le juge a, de beaucoup, posé plus de questions que les deux avocats. De fait, au cours de l'interrogatoire principal dirigé par l'avocat de la défense, il a interrompu près de vingt fois et a contre-interrogé l'accusé. Il en résulte qu'il a posé à l'accusé, toujours au cours de l'interrogatoire, deux fois plus de questions que n'a pu le faire son propre avocat. Comme la teneur de ses questions était davantage l'impression d'assister la Couronne en faisant précisément ce qu'il lui eût incombé, le cas échéant, d'empêcher la Couronne de faire. Au total, l'accusé fut interrompu par le juge plus de soixante fois dans ses réponses au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Tant l'accusé que le témoin Gauthier furent l'objet de remarques sarcastiques.

À titre d'illustration de l'ensemble de la situation je cite:

PAR LA COUR:

Q. Dites donc la vérité mademoiselle, dites donc là ce qui s'est passé dans cette affaire-là, ce document-là c'était pourquoi ça, dites-moi donc ça la vérité là?

R. Ben je dis la vérité depuis tantôt.

Q. Stop beating around the bush.

THE WITNESS:

No, no, no but can I explain myself?

THE COURT:

Ah! explain yourself. You better have, I better have very good explanations.

THE COURT:

Explain that to me. You know, I understand, I'm not intelligent, I've never studied law, I've never done any civil or whatever but in any case.

THE WITNESS:

If I told you that on the first of August '79 . . .

THE COURT:

Ah! tell me what you like but you need . . .

THE WITNESS:

But you are asking me questions.

THE COURT:

. . . you need to have an explanation, and a good one this time.

THE WITNESS:

If I told you that on the first of August '79, I didn't owe the company that sum of money.

THE COURT:

Ah! why didn't you tell the company to go to hell?

THE CROWN:

Q. What did you owe the company?

A. Well at that . . .

THE COURT:

When I don't owe anything, and a guy is trying to collect from me, do you know what I do? I tell the guy: get three lawyers, ten lawyers, do what you like, but come and collect from me if you can.

THE WITNESS:

That's right.

THE COURT:

Eh. You you're a president . . .

THE WITNESS:

That's right.

THE COURT:

. . . of marketing, you're a specialist in marketing and you write a letter to an individual saying he's

Q. Arrêtez de passer à côté du pot.

PAR LE TÉMOIN:

Non, non, non mais est-ce que je peux m'expliquer?

PAR LA COUR:

Ah! expliquez-vous. Vous avez besoin d'avoir, j'ai besoin d'avoir de très bonnes explications.

PAR LA COUR:

Expliquez-moi ça à moi. Tu sais, je comprends, je ne suis pas intelligent, je n'ai jamais fait de droit, je n'ai jamais fait de civil ou quoi que ce soit mais en tous les cas.

PAR LE TÉMOIN:

Si je vous disais que le premier août '79 . . .

PAR LA COUR:

Ah! dites-moi ce que vous voudrez mais vous avez besoin de . . .

PAR LE TÉMOIN:

Mais vous me posez des questions.

PAR LA COUR:

. . . de, vous avez besoin d'avoir une explication et puis une bonne cette fois-ci.

PAR LE TÉMOIN:

Si je vous disais que le premier août '79, je ne devais pas cette somme d'argent-là à la compagnie.

PAR LA COUR:

Ah! pourquoi vous n'avez pas dit à la compagnie d'aller chez le diable?

PAR LA COURONNE:

Q. Qu'est-ce que vous deviez à la compagnie?

R. Bien à ce . . .

PAR LA COUR:

Moi quand je ne dois rien, et puis qu'un gars veut me collecter, savez-vous ce que je fais? J'ai dit au gars: prends-toi trois avocats, dix avocats, fais ce que tu veux, mais viens me collecter si tu es capable.

PAR LE TÉMOIN:

C'est ça.

PAR LA COUR:

Hein. Vous vous êtes un président . . .

PAR LE TÉMOIN:

C'est ça.

PAR LA COUR:

. . . de marketing, vous êtes un spécialiste en marketing et puis vous écrivez une lettre à un individu

going to be arrested and then after that he'll pay. Come on. Do you take me for an idiot? I'm not Mrs. Lebel. Just a minute. Do you take me for an imbecile?

THE WITNESS:

Not at all.

THE COURT:

No. And I'll tell you something. You'll be making a mistake if you take me for an imbecile.

THE WITNESS:

Not at all.

THE COURT:

Then continue with your evidence, and you're under oath.

THE WITNESS:

Yes, yes. I know.

THE COURT:

And I'm warning you, you're under oath.

THE WITNESS:

Eh! . . .

THE COURT:

You're going to speak properly.

THE WITNESS:

I shall file a document shortly.

THE COURT:

You can file all the documents you like, but when you're asked questions, you'll answer the questions. But don't take me for an idiot. That's not true. Because we're more or less the same age, I've lived as long as you. But I wasn't a president of marketing. I don't know for what company. In fact, at that time, I don't know what company you were with, you're working for your brother.

THE WITNESS:

I said . . .

THE COURT:

You'll tell the truth.

THE WITNESS:

I said I was a marketing consultant.

THE COURT:

What I want to know is the truth. I'll tell you something. Tell me the truth.

THE CROWN:

It would be much simpler for everyone.

disant on va l'arrêter et puis après ça on va payer. Voyons donc. Me prenez-vous pour une valise? Je ne suis pas madame Lebel là moi. Un instant là. Me prenez-vous pour un imbécile?

*a* PAR LE TÉMOIN:

Du tout.

PAR LA COUR:

Non. Et puis je vais vous dire une affaire. Vous allez vous tromper si vous me prenez pour un imbécile.

*b*

PAR LE TÉMOIN:

Du tout.

PAR LA COUR:

Alors continuez à témoigner, et puis vous êtes sous serment là.

*c*

PAR LE TÉMOIN:

Oui, oui. Je le sais.

*d*

PAR LA COUR:

Et puis je vous avise là, vous êtes sous serment.

PAR LE TÉMOIN:

Eh! . . .

*e*

PAR LA COUR:

Vous allez parler comme du monde.

PAR LE TÉMOIN:

Je produirai un document tantôt.

PAR LA COUR:

Vous produirez tous les documents que vous voudrez, mais quand on vous pose des questions, vous allez répondre aux questions. Mais prenez-moi pas pour une valise. Ce n'est pas vrai. Parce que on est sensiblement du même âge, j'ai autant vécu que vous. Mais je n'étais pas président de marketing moi par exemple. Je ne sais pas pour quelle compagnie. D'ailleurs, à date là, je ne vois pas de quelle compagnie vous étiez, vous travaillez pour votre frère.

*h*

PAR LE TÉMOIN:

J'ai dit . . .

PAR LA COUR:

Vous allez dire la vérité.

*i*

PAR LE TÉMOIN:

J'ai dit j'étais consultant en marketing.

PAR LA COUR:

Ce que je veux savoir, c'est la vérité. Je vais vous dire une affaire. Dites-moi donc la vérité.

*j*

PAR LA COURONNE:

Ce serait bien plus simple pour tout le monde.

THE COURT:

It's simple, the truth.

THE WITNESS:

I'm telling the truth.

THE COURT:

Yes.

THE CROWN:

Okay. We'll continue.

THE COURT:

But I don't believe you. So far. Change stories.

THE COURT:

One thing's certain, if a guy owed me forty thousand bucks (\$40,000.00), I wouldn't lend him even six thousand (6,000); I don't know, I don't know.

THE WITNESS:

It's based, my Lord, on Mrs. Lebel's instalments and on the conversation I had with her, on July 3rd. I know, I was there.

THE COURT:

Yes. There were others who were there and they don't say the same thing as you.

THE WITNESS:

No, no, the others weren't there at the time . . .

THE COURT:

There were two others who were there, and they don't say the same thing as you.

THE COURT:

And then when I make out a cheque, or anyone intelligent here, you're more intelligent than us because you're in marketing, you know that, when I make out a personal cheque, I imagine I must know whether I'm the one paying or whether it's someone else. You're being asked a clear and straightforward question. Did you always make your payments to the company, what's it called?

THE WITNESS:

Minico.

THE COURT:

Minico?

THE WITNESS:

Perhaps . . .

THE COURT:

Was it you or was it someone else who made the payments?

PAR LA COUR:

C'est simple, la vérité.

PAR LE TÉMOIN:

Je dis la vérité.

*a* PAR LA COUR:

Oui.

PAR LA COURONNE:

D'accord. Bien on va continuer.

*b* PAR LA COUR:

Mais moi je vous crois pas. À date. Changez de fusil d'épaule.

PAR LA COUR:

*c* Chose certaine, si un gars me devait quarante mille piastres (40 000,00\$), je ne lui prêterais même pas six mille (6 000); je ne sais pas moi, je ne sais pas.

PAR LE TÉMOIN:

*d* C'est basé, Votre Seigneurie, sur les acomptes de madame Lebel et puis sur la conversation que j'ai eue avec elle, le 3 juillet. Je le sais, j'étais là moi.

PAR LA COUR:

*e* Oui. Il y en a d'autres qui étaient là et puis ils ne disent pas la même chose que vous.

PAR LE TÉMOIN:

Non, non, les autres n'étaient pas là au moment . . .

PAR LA COUR:

*f* Là il y en a deux autres qui étaient là, et puis ils ne disent pas la même chose que vous.

PAR LA COUR:

Et puis quand je fais un chèque, ou n'importe qui ici intelligent, vous vous êtes supérieurement intelligent que nous autres parce que vous êtes dans le marketing, vous connaissez ça, quand je fais un chèque personnel, j'imagine que je dois savoir si c'est moi qui paie ou bien si c'est un autre. On vous pose la question claire et nette. Avez-vous toujours effectué vos paiements à la compagnie, comment elle s'appelle déjà là?

PAR LE TÉMOIN:

Minico.

*i* PAR LA COUR:

Minico?

PAR LE TÉMOIN:

Il se peut . . .

*j* PAR LA COUR:

C'est-tu vous ou si c'est un autre qui faisait les paiements?

- THE WITNESS:  
Well, I'll answer that.
- THE COURT:  
That's clear?
- THE WITNESS:  
Well . . .
- THE COURT:  
Yes or no?
- THE WITNESS:  
But I can't answer yes or no.
- THE COURT:  
No?
- THE WITNESS:  
No, no, but I'll tell you why.
- THE CROWN:  
These are words he doesn't know.
- THE COURT:  
No.
- . . .
- THE COURT:  
Yes or no?
- THE WITNESS:  
Well it was done by both.
- THE COURT:  
Maybe yes, maybe no. Yes, well, okay.
- . . .
- THE COURT:  
There's something I wonder about.
- THE WITNESS:  
Because I'm the one who had the contract.
- THE COURT:  
How is it that you weren't capable of making out a cheque?
- In my view it is clearly in the interests of justice that a new trial be held.
- In conclusion I would like to reiterate certain remarks I made at the beginning of my reasons. The task of a trial judge is not always an easy one. In trials involving relatives or people who have emotional ties, emotions run high and the judge's intervention is often required more than is usual. The danger the judge then runs, even if he is the best of judges, is that he will lose patience. Hence my sympathy (the undersigned has also been a trial judge in difficult circumstances) for trial
- PAR LE TÉMOIN:  
Bon bien, je vais vous répondre.
- PAR LA COUR:  
C'est clair?
- a* PAR LE TÉMOIN:  
Bon bien . . .
- PAR LA COUR:  
C'est oui ou si c'est non?
- b* PAR LE TÉMOIN:  
Mais je ne peux pas vous répondre oui ou non.
- PAR LA COUR:  
Non?
- c* PAR LE TÉMOIN:  
Non, non, mais je vais vous dire pourquoi.
- PAR LA COURONNE:  
Ce sont des mots que monsieur ne connaît pas.
- d* PAR LA COUR:  
Non.
- . . .
- PAR LA COUR:  
Est-ce que c'est oui ou si c'est non?
- e* PAR LE TÉMOIN:  
Bien ç'a été fait par les deux.
- PAR LA COUR:  
Maybe yes, maybe no. Hein, bon, correct.
- f* PAR LA COUR:  
Moi il y a une affaire que je me demande.
- PAR LE TÉMOIN:  
Parce que c'est moi qui a eu le contrat.
- g* PAR LA COUR:  
Comment il se fait que vous vous n'étiez pas capable de faire un chèque?
- h* Il est à mon avis manifestement dans l'intérêt de la justice que soit tenu un nouveau procès.
- i* En terminant je voudrais réitérer certains propos que je tenais au début de mes motifs. Le lot d'un juge de première instance n'est pas toujours agréable. Le procès qui implique des parents ou des personnes qui ont des liens affectifs est chargé d'émotivité et, souvent, requiert l'intervention du juge plus qu'à l'ordinaire. Le danger qui guette alors celui-ci, fut-il le meilleur des juges, est celui de perdre patience. D'où ma sympathie (le soussigné a aussi été juge de procès dans des circons-
- j*

judges in general and for the particular judge who presided over the Brouillard trial. However, this in no way relaxes the rule that justice must be seen to have been done.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and order a new trial.

Appellant is asking us to acquit him. In support of this request he raised at the hearing the fact that he has already served his probationary sentence. This is a factor which the judge presiding at the new trial would surely wish to take into account, should it prove necessary to decide on a sentence. It is also a factor which the Attorney General may take into account in exercising his discretionary powers as a prosecutor. As I have already mentioned, the verdict of guilty is not unreasonable, just as a verdict of acquittal would not have been at all unreasonable. The issue is one of credibility. This Court is intervening in this case only to order a new trial. The new trial judge and the Attorney General are in the final analysis the only ones, although in a different way, capable of taking this aspect of the situation into account.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Pierre Chatel for himself, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Réginald Michiels, Montréal.*

tances difficiles) pour les juges de première instance en général ainsi que pour celui du procès Brouillard. Ceci cependant ne relaxe en rien la règle que justice doit paraître avoir été rendue.

<sup>a</sup> J'accueillerais donc le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel, et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

<sup>b</sup> L'appelant nous demande de l'acquitter. Au soutien de cette demande il a soulevé à l'audition le fait qu'il a déjà purgé sa peine de probation. C'est là un facteur dont voudrait sûrement tenir compte le juge du prochain procès, si la détermination d'une peine s'avérait nécessaire. C'est aussi un facteur dont peut tenir compte le procureur général dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires de poursuivant. Comme je l'ai déjà mentionné, le verdict de culpabilité n'est pas déraisonnable tout <sup>c</sup> comme ne l'eût point été d'ailleurs un verdict d'acquittal. C'est une question de crédibilité. Il s'agit d'un cas où cette Cour n'intervient que pour ordonner la tenue d'un nouveau procès. En l'espèce, le prochain juge et le procureur général sont, quoique de façon différente, en fin de compte les seuls aptes à tenir compte de cet aspect de la situation.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

<sup>f</sup> *Pierre Chatel en personne, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Réginald Michiels, Montréal.*

**Scotsburn Co-operative Services Limited**  
*Appellant;*

and

**W. T. Goodwin Limited** *Respondent.*

File No.: 17255.

1984: March 12; 1985: February 21.

Present: Dickson, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Contracts — Purchase and sale — Goods delivered to store — No notice of corporate relationship — Billing historically made to and paid by real estate company — Bankrupt company formed to run store alleged to be actual purchaser — Account unpaid — Whether or not real estate company liable.*

The issue is whether respondent real estate company was obligated in contract to appellant for the price of food products delivered to a supermarket. The corporate office of the real estate company (one of three companies owned by the same shareholder) was located in the same building as the supermarket.

The supermarket was originally operated by a Nova Scotia company, W.T. Goodwin Limited. In 1965, that company changed its name to Goodwin's Supermarket Limited and a new company (the respondent) was incorporated under the name of W.T. Goodwin Limited, with principal objects of acquiring and holding real and personal property. A third company, Goodwin's Discount Food Store Limited, was incorporated under New Brunswick law in 1969. By an agreement made in 1972, Goodwin's Supermarket Limited agreed to sell all its assets less liabilities to this third company. The Amherst supermarket continued to operate as before, but the agreement to sell raised doubts as to which of the companies was responsible for its operations.

Appellant was not notified of the corporate changes affecting the supermarket's ownership and continued to note on its invoices that the goods were sold to "Goodwin's Supermarket" or "Goodwin's". No invoice was made out to W.T. Goodwin Limited. Although appellant's statements of account were rendered in the name of "W.T. Goodwin Ltd.", the invoices were paid by

**Scotsburn Co-operative Services Limited**  
*Appelante;*

et

**W. T. Goodwin Limited** *Intimée.*

N° du greffe: 17255.

1984: 12 mars; 1985: 21 février.

Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

*Contrats — Vente — Marchandises livrées à un magasin — Absence d'avis relativement au statut des sociétés — Facturation présentée à une société immobilière et acquittement par elle des factures pendant une longue période — Allégation que l'acheteur véritable est la société d'exploitation du magasin en faillite depuis — Compte impayé — Responsabilité de la société immobilière.*

La question soulevée en l'espèce est de savoir si la société immobilière intimée est contractuellement tenue de verser à l'appelante le prix des aliments livrés à un supermarché. Les bureaux de la société immobilière (une des trois sociétés appartenant au même actionnaire) étaient situés dans le même immeuble que le supermarché.

Le supermarché a d'abord été exploité par une société constituée en Nouvelle-Écosse, W.T. Goodwin Limited. En 1965, cette dernière a remplacé sa raison sociale par Goodwin's Supermarket Limited et une nouvelle société (l'intimée) a été constituée sous le nom de W.T. Goodwin Limited, avec pour but principal d'acquiescer et de gérer des biens meubles et immeubles. Une troisième société, Goodwin's Discount Food Store Limited, a été constituée en 1969 selon les lois du Nouveau-Brunswick. Par convention passée en 1972, Goodwin's Supermarket Limited s'est engagée à vendre tout son actif moins son passif à cette troisième société. Le supermarché d'Amherst a continué de fonctionner comme auparavant, sauf que la convention de vente a soulevé des doutes quant à savoir quelle compagnie était responsable de l'exploitation du supermarché.

L'appelante n'a pas été avisée des changements de sociétés relativement à la propriété du supermarché et a continué d'inscrire sur ses factures que les marchandises étaient vendues à «Goodwin's Supermarket» ou à «Goodwin's». Aucune facture n'a été établie au nom de W.T. Goodwin Ltd. Bien que les relevés de compte de l'appelante aient été établis au nom de «W.T. Goodwin Ltd.»,

cheques issued under the name "Goodwin's Discount Store Ltd." or "Goodwin's Supermarket—Quality Foods—Amherst, N.S."

Goodwin's Discount Food Store Limited went into receivership and the supermarket closed owing appellant for goods delivered. Appellant's action against W.T. Goodwin Limited (the real estate company) for the amount owed by the supermarket was allowed at trial but dismissed on appeal.

*Held* (Estey and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, McIntyre and Wilson JJ.: In the absence of cogent evidence concerning which of the companies operated the supermarket, the trial judge and appellate court differed on the ultimate determination, basically one of fact, as to whether a contract had been entered into by the real estate company with Scotsburn for the goods delivered to the supermarket. This Court, as second appellate tribunal asked to review a provincial appellate court's reversal of a trial judge's judgment on a question of fact, must be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with regard to its grounds for intervention or its interpretation of the evidence in the record. The conclusion reached by the Court of Appeal was justified on the record. The findings at trial were based on the proposition that the real estate company was under an onus, which it did not discharge, of advising Scotsburn that the wrong company was being charged and therefore precluded from denying liability for the goods received at the supermarket.

The doctrine of estoppel had no application here. Scotsburn, firstly, did not plead the material facts in the statement of claim necessary to support the allegation as required by the Nova Scotia Civil Procedure Rules. In addition, the conditions necessary for the operation of estoppel—representation by words or conduct inducing detrimental reliance—were not satisfied. The real estate company did not make any representation by its conduct upon which Scotsburn relied to its detriment. Silence on the part of the real estate company receiving the bills was not a representation of responsibility for the goods delivered to the supermarket. Indeed, silence or inaction only constitutes a representation where the representor owes a legal duty to the representee to make the disclosure; no such legal duty was advanced here. Then, too, Scotsburn was not induced by the real estate company for it did not even know of its existence. Finally, Scotsburn suffered no detriment. Notification of the proper

les factures étaient payées par chèques tirés au nom de «Goodwin's Discount Store Ltd.» ou «Goodwin's Supermarket—Quality Foods—Amherst, N.S.»

Goodwin's Discount Food Store Limited a été mise sous séquestre et le supermarché a fermé ses portes endetté envers l'appelante pour des marchandises livrées. L'action de l'appelante contre W.T. Goodwin Limited (la société immobilière) pour le montant dû par le supermarché a été accueillie en première instance mais rejetée en appel.

*Arrêt* (les juges Estey et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Dickson, McIntyre et Wilson: En l'absence de preuves convaincantes établissant quelle société exploitait le supermarché, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tiré des conclusions différentes, fondamentalement des conclusions de fait, quant à l'existence d'un contrat intervenu entre la société immobilière et Scotsburn pour la livraison de marchandises au supermarché d'Amherst. Lorsque, à titre de tribunal d'appel du second degré, cette Cour doit se prononcer sur la décision de la cour d'appel d'une province infirmant le jugement du juge de première instance sur une question de fait, elle doit être absolument convaincue que le jugement de la cour d'appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier. Le dossier justifiait la Cour d'appel de conclure comme elle l'a fait. Les conclusions de première instance sont fondées sur la proposition que la société immobilière avait une obligation, qu'elle n'a pas remplie, d'aviser Scotsburn que celle-ci facturait la mauvaise société et qu'en conséquence elle était empêchée de nier sa responsabilité pour les marchandises livrées au supermarché.

Les principes relatifs à la fin de non-recevoir ne s'appliquent pas en l'espèce. D'abord, la déclaration de Scotsburn n'invoque pas les faits matériels qui pourraient appuyer une allégation de fin de non-recevoir comme l'exigent les règles de procédure de la Nouvelle-Écosse. De plus, les conditions d'application de la fin de non-recevoir—des déclarations verbales ou des démarques qui amènent quelqu'un à s'y fier à son détriment—ne sont pas remplies. La société immobilière n'a, par sa conduite, fait aucune déclaration à laquelle Scotsburn se serait fiée à son détriment. Le silence de la part de la société immobilière qui recevait les factures n'équivaut pas à une déclaration d'acceptation de responsabilité pour les marchandises livrées au supermarché. De plus, le silence ou l'inaction n'équivaut à une déclaration que si son auteur a envers le destinataire une obligation légale de faire la révélation en cause; on n'a invoqué aucune obligation légale de ce genre en l'espèce. De



company to be billed would not have prevented the eventual receivership of that company and the loss suffered by Scotsburn in consequence.

Notwithstanding the uncertainty in the record, the only reasonable conclusion to draw from the testimony and documentary evidence presented at trial was that, in the latter years, the supermarket was operated by the New Brunswick company, Goodwin's Discount Food Store Limited. In any event, the Court of Appeal correctly decided that regardless of who was actually operating the supermarket, there was no evidence sufficient to establish, on a balance of probabilities, that the real estate company was the purchaser of the goods under a contract with Scotsburn. The coincidence of names and common ownership of the business were not, in themselves, sufficient to support a claim in contract against the real estate company.

#### Cases Cited

[*Saint John Tugboat Co. v. Irving Refinery Ltd.*, [1964] S.C.R. 614; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Thistle v. Thistle* (1980), 42 N.S.R. (2d) 430; *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866; *Re Vandervell's Trusts (No. 2)*, [1974] 3 All E.R. 205; *Farrell v. Secretary of State for Defence*, [1980] 1 All E.R. 166; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51; *Nippon Menkwa Kabushiki Kaisha (Japan Cotton Trading Company, Ltd.) v. Dawson's Bank, Ltd.* (1935), 51 Ll. L. Rep. 147, referred to; *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626; *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119; *William A. Flemming Ltd. v. Fisher* (1978), 29 N.S.R. (2d) 338; *Gelhorne Motors Ltd. v. Yee & Wilcox* (1969), 71 W.W.R. 526, distinguished.]

#### Authors Cited

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 3rd ed., by Sir Alexander K. Turner, London, Butterworth's, 1977.

Corbin, A. L. *Corbin on Contracts*, vol. 3, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1960.

Cross, R. *Cross on Evidence*, 5th ed., London, Butterworth's, 1979.

Furmston, M. P. *Cheshire and Fifoot's Law of Contracts*, 10th ed., London, Butterworth's, 1981.

même, Scotsburn n'a pas été abusée par la société immobilière parce qu'elle n'en connaissait même pas l'existence. Enfin, Scotsburn n'a pas subi de préjudice. L'avis de facturer la société appropriée n'aurait pas empêché la mise sous séquestre de cette société et la perte subie par Scotsburn qui en a découlé.

Malgré l'incertitude soulevée par le dossier, la seule conclusion raisonnable à tirer des témoignages et de la preuve documentaire produits au procès est que, ces dernières années, le supermarché était exploité par la société du Nouveau-Brunswick, Goodwin's Discount Food Store Limited. De toute façon, la Cour d'appel a eu raison de décider qu'il importait peu de savoir qui exploitait le supermarché, il n'y avait pas d'élément de preuve suffisant pour établir, selon la prépondérance des probabilités, que la société immobilière était l'acquéreur des marchandises en vertu d'un contrat avec Scotsburn. La coincidence des raisons sociales et la propriété commune du commerce ne sont pas, en elles-mêmes, suffisantes pour fonder une réclamation contractuelle contre la société immobilière.

#### Jurisprudence

[Arrêts mentionnés: *Saint John Tugboat Co. v. Irving Refinery Ltd.*, [1964] R.C.S. 614; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Thistle v. Thistle* (1980), 42 N.S.R. (2d) 430; *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866; *Re Vandervell's Trusts (No. 2)*, [1974] 3 All E.R. 205; *Farrell v. Secretary of State for Defence*, [1980] 1 All E.R. 166; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51; *Nippon Menkwa Kabushiki Kaisha (Japan Cotton Trading Company, Ltd.) v. Dawson's Bank, Ltd.* (1935), 51 Ll. L. Rep. 147; distinction faite avec les arrêts: *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626; *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119; *William A. Flemming Ltd. v. Fisher* (1978), 29 N.S.R. (2d) 338; *Gelhorne Motors Ltd. v. Yee & Wilcox* (1969), 71 W.W.R. 526.]

#### Doctrines citées

Bower, George Spencer. *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 3rd ed., by Sir Alexander K. Turner, London, Butterworth's, 1977.

Corbin, A. L. *Corbin on Contracts*, vol. 3, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1960.

Cross, R. *Cross on Evidence*, 5th ed., London, Butterworth's, 1979.

Furmston, M. P. *Cheshire and Fifoot's Law of Contracts*, 10th ed., London, Butterworth's, 1981.

Guest, A. G. *Anson's Law of Contract*, 25th ed., Oxford, Clarendon Press, 1979.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 9, London, Butterworth's, 1974.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, London, Butterworth's, 1976.

Maudsley R. and J. Martin. *Hanbury and Maudsley Modern Equity*, 11th ed., London, Stevens, 1981.

*Restatement of the Law of Contracts*, (2d) St. Paul, Minn., American Law Institute, 1932.

Waddams, S. M. *The Law of Contract*, Toronto, Canada Law Book, 1977.

Williston, Samuel. *Williston on Contracts*, 3rd ed., Mount Kisco, N.Y., Baker, Voorhis & Co., Inc., 1957.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1982), 53 N.S.R. (2d) 642, 109 A.P.R. 642, allowing an appeal from a judgment of Hallett J. Appeal dismissed, Estey and Lamer JJ. dissenting.

*Douglas A. Caldwell and Suzan Frazer*, for the appellant.

*David Miller*, for the respondent.

The judgment of Dickson, McIntyre and Wilson JJ. was delivered by

DICKSON J.—The issue is whether the respondent, W.T. Goodwin Limited, a real estate company, is obligated in contract to Scotsburn Co-operative Services Limited for the price of food products delivered to a supermarket in Amherst, Nova Scotia. The amount—\$25,252.89—is not in issue. The heart of the dispute is whether a contract was entered into between the parties.

### I Background and Facts

Scotsburn supplies dairy goods and frozen food products throughout Nova Scotia. It has sued W.T. Goodwin Limited for products supplied to an Amherst supermarket by one of Scotsburn's corporate divisions, Brookfield Foods. Brookfield and its predecessors have been supplying goods to the Amherst store since the 1940's.

Guest, A. G. *Anson's Law of Contract*, 25th ed., Oxford, Clarendon Press, 1979.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 9, London, Butterworth's, 1974.

<sup>a</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, London, Butterworth's, 1976.

Maudsley R. and J. Martin. *Hanbury and Maudsley Modern Equity*, 11th ed., London, Stevens, 1981.

<sup>b</sup> *Restatement of the Law of Contracts*, (2d) St. Paul, Minn., American Law Institute, 1932.

Waddams, S. M. *The Law of Contract*, Toronto, Canada Law Book, 1977.

<sup>c</sup> Williston, Samuel. *Williston on Contracts*, 3rd ed., Mount Kisco, N.Y., Baker, Voorhis & Co., Inc., 1957.

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1982), 53 N.S.R. (2d) 642, 109 A.P.R. 642, qui a accueilli l'appel interjeté contre le jugement du juge Hallett. Pourvoi rejeté, les juges Estey et Lamer sont dissidents.

<sup>e</sup> *Douglas A. Caldwell et Suzan Frazer*, pour l'appelante.

*David Miller*, pour l'intimée.

<sup>f</sup> Version française du jugement des juges Dickson, McIntyre et Wilson rendu par

<sup>g</sup> LE JUGE DICKSON—La question soulevée est de savoir si l'intimée, W.T. Goodwin Limited, une société immobilière, est contractuellement tenue de payer à Scotsburn Co-Operative Services Limited le prix de denrées alimentaires livrées à un supermarché à Amherst (Nouvelle-Écosse). La somme en cause—25 252,89 \$—n'est pas contestée. Le coeur du litige est de savoir si les parties avaient conclu un contrat.

### I Contexte et faits

<sup>i</sup> Scotsburn fournit des produits laitiers et des aliments congelés dans toute la Nouvelle-Écosse. Elle a poursuivi W.T. Goodwin Limited pour la fourniture de produits à un supermarché d'Amherst par une de ses filiales, Brookfield Foods. Brookfield et ses auteurs en titre fournissent des marchandises au magasin d'Amherst depuis les années 40.

The Amherst supermarket was originally operated by a Nova Scotia company called W.T. Goodwin Limited, incorporated on April 24, 1939. W.T. Goodwin Limited changed its name to Goodwin's Supermarket Limited on August 9, 1965. Shortly thereafter, on August 16, 1965, a new company was incorporated under the former name of the grocery store operator, W.T. Goodwin Limited. The principal object of the new company, expressed in its memorandum of association, was to acquire and hold any real or personal property. It operated as a real estate holding company. It is the defendant in the present action.

There were thus, in 1965, two separate companies, Goodwin's Supermarket Limited, owning and operating the grocery store, and W.T. Goodwin Limited, a real estate holding company. Brookfield was never aware of the corporate reorganization and change of names. It continued to supply goods to the store as before.

On September 16, 1969, Goodwin's Discount Food Store Limited was incorporated under the laws of New Brunswick. It operated a supermarket in Sackville, New Brunswick. By agreement dated May 1, 1972, Goodwin's Supermarket Limited agreed to sell to Goodwin's Discount Food Store Limited all of its assets, including stock-in-trade and inventory, less liabilities. The Amherst supermarket continued to operate as before, however the agreement to sell gave rise to some doubt as to which company was responsible for the supermarket operation.

All three companies were controlled, directly or indirectly, by Mr. Atlee Chapman. The corporate offices of the real estate company were on the second floor of the building which housed the Amherst supermarket.

The following summary may aid in understanding the corporate picture:

#### The Amherst Company

- (a) W.T. Goodwin Limited incorporated April 24, 1939.

Le supermarché d'Amherst a d'abord été exploité par une société constituée en Nouvelle-Écosse le 24 avril 1939 sous la raison sociale W.T. Goodwin Limited. Cette dernière a remplacé sa raison sociale par Goodwin's Supermarket Limited le 9 août 1965. Un peu plus tard, le 16 août 1965, une nouvelle société a été constituée sous l'ancien nom de l'exploitante du magasin d'alimentation, W.T. Goodwin Limited. Le but principal de la nouvelle société, selon ses statuts constitutifs, était d'acquérir et de gérer toute espèce de biens meubles et immeubles. Elle agissait à titre de société de gestion immobilière. C'est la défenderesse en l'espèce.

En 1965, il y avait donc deux sociétés distinctes Goodwin's Supermarket Limited, propriétaire et exploitante du magasin d'alimentation, et W.T. Goodwin Limited, une société de gestion immobilière. Brookfield n'a pas eu connaissance de la réorganisation sociale et du changement de nom. Elle a continué de fournir des marchandises au magasin comme auparavant.

Le 16 septembre 1969, Goodwin's Discount Food Store Limited a été constituée en vertu des lois du Nouveau-Brunswick. La société exploitait un supermarché à Sackville au Nouveau-Brunswick. Par convention datée du 1<sup>er</sup> mai 1972, Goodwin's Supermarket Limited s'engageait à vendre à Goodwin's Discount Food Store Limited tout son actif, y compris le stock de marchandises, moins son passif. Le supermarché d'Amherst a continué de fonctionner comme auparavant, sauf que la convention de vente a soulevé des doutes quant à savoir quelle société était responsable de l'exploitation du supermarché.

M. Atlee Chapman dirigeait directement ou indirectement les trois sociétés et en était le propriétaire. Les bureaux de la société immobilière étaient situés à l'étage de l'immeuble qui abritait le supermarché d'Amherst.

Le résumé suivant peut nous aider à comprendre la situation des sociétés:

#### La société d'Amherst

- a) W.T. Goodwin Limited a été constituée le 24 avril 1939.

- (b) Name changed to Goodwin Supermarket Limited, August 9, 1965.
- (c) All assets sold to Goodwin's Discount Food Store Limited and operations ceased May 1, 1972.

#### The Sackville Company

- (a) Goodwin's Discount Food Store Limited (the Sackville company) incorporated September 16, 1969.
- (b) Bought the assets of the Amherst company May 1, 1972.
- (c) Went into receivership October 1980.

#### The Real Estate Company

- (a) W.T. Goodwin Limited (the real estate company) incorporated August 16, 1965.

The dairy goods and frozen foods in question were delivered to the Amherst store by Brookfield's sales representative. The printed invoice form supplied by the driver/salesman contained the words "sold to" after which the words "Goodwin's Supermarket" or simply "Goodwin's" appeared in the handwriting of the driver/salesman. It will be recalled that "Goodwin's Supermarket" became the name of the Amherst company after the name change in 1965. The form would be signed by an employee of the supermarket over the words "received by". In no case was an invoice made out by a driver/salesman to W.T. Goodwin Limited or signed by any person having received the goods on its behalf. A photograph in evidence shows a sign over the store reading "Goodwins".

Scotsburn, through its Brookfield division, always rendered its statements of account in the name of "W.T. Goodwin Ltd." These invoices were paid by cheques issued under the name "Goodwin's Discount Food Store Ltd. [the Sackville company] and/or Goodwin's Supermarket [the name of the Amherst company after 1965]—Quality Foods—Amherst, N.S." The cheques were signed by Mr. Chapman as president.

In 1980, the Sackville company went into receivership and the Amherst supermarket closed its doors. Scotsburn had delivered \$25,252.89 worth of products to the supermarket for which it had

- b) Changement de raison sociale pour Goodwin Supermarket Limited, le 9 août 1965.

- c) Vente de tout l'actif à Goodwin's Discount Food Store Limited et cessation de l'exploitation le 1<sup>er</sup> mai 1972.

a

#### La société de Sackville

- a) Goodwin's Discount Food Store Limited (la société de Sackville) a été constituée le 16 septembre 1969.

b

- b) Achat de l'actif de la société d'Amherst le 1<sup>er</sup> mai 1972.

- c) Mise sous séquestre en octobre 1980.

c

#### La société immobilière

- a) W.T. Goodwin Limited (la société immobilière) a été constituée le 16 août 1965.

d

Les vendeurs de Brookfield livraient les produits laitiers et les aliments congelés en cause au magasin d'Amherst. La formule de facture imprimée remise par le chauffeur-vendeur comportait les mots [TRADUCTION] «Vendu à» auxquels le chauffeur-vendeur ajoutait, à la main, «Goodwin's Supermarket» ou simplement «Goodwin's». On se rappellera que la société d'Amherst a pris la raison sociale de «Goodwin's Supermarket» après le changement de raison sociale en 1965. Un employé du supermarché signait la formule au-dessus de l'inscription [TRADUCTION] «reçu par». La facture n'était jamais établie par le chauffeur-vendeur à W.T. Goodwin Limited ni signée pour son compte par une personne qui recevait les marchandises pour son compte. Une photographie déposée comme pièce montre une enseigne au-dessus du magasin qui se lit «Goodwins».

e

f

g

h

i

Scotsburn, par l'entremise de sa filiale Brookfield, expédiait les relevés de compte au nom de «W.T. Goodwin Ltd.» Ces factures étaient payées par chèques tirés au nom de «Goodwin's Discount Food Store Ltd. [la société de Sackville] ou Goodwin's Supermarket [nom de la société d'Amherst après 1965]—Quality Foods—Amherst, N.S.» M. Chapman signait les chèques à titre de président.

j

En 1980, la société de Sackville a été mise sous séquestre et le supermarché d'Amherst a fermé ses portes. Scotsburn lui avait livré pour 25 252,89 \$ de marchandises pour lesquelles elle n'avait pas été

not been paid. Scotsburn commenced an action against W.T. Goodwin Limited, the real estate company. This company apparently possesses assets sufficient to satisfy the outstanding account. Mr. Chapman in his personal capacity was later joined as a defendant. The defendant real estate company and Mr. Chapman disclaimed liability for the price of goods delivered to the Amherst supermarket.

At trial Hallett J., of the Nova Scotia Supreme Court Trial Division, allowed the action against the real estate company. In dismissing the action against Mr. Chapman in his personal capacity, the judge considered it was clear from the evidence that Scotsburn was dealing with a corporate entity and not personally with Mr. Chapman.

The Appellate Division of the Nova Scotia Supreme Court (MacKeigan C.J.N.S., Cooper and Jones J.J.A.) allowed the appeal of the real estate company and dismissed the action. No cross appeal was taken in that Court on the question of the personal liability of Mr. Chapman and it is no longer in issue.

## II Liability of W.T. Goodwin Limited

The question is whether the Appellate Division erred in concluding that the real estate company was not a party to any contract with Scotsburn for goods delivered to the Amherst supermarket.

At trial, Hallett J. concluded W.T. Goodwin Limited, the real estate company, was the purchaser of the goods and therefore liable, in contract, for the value of the goods delivered to the Amherst supermarket. He found that Scotsburn and its predecessors were not advised of the 1965 corporate reorganization and name change; Scotsburn was never advised that the statements were being sent to the wrong company; the real estate company and Mr. Chapman never objected to the fact that Scotsburn was submitting its statement of account under the name of W.T. Goodwin Limited.

payée. Scotsburn a institué une action contre W.T. Goodwin Limited, la société immobilière. Cette société paraît avoir des biens suffisants pour payer la dette. M. Chapman a plus tard été ajouté comme défendeur à titre personnel. La société immobilière défenderesse et M. Chapman ont nié devoir le prix des marchandises livrées au supermarché d'Amherst.

*b*

Le juge Hallett de la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'action intentée contre la société immobilière. En rejetant l'action intentée contre M. Chapman personnellement, le juge a conclu qu'il était manifeste d'après la preuve que Scotsburn avait fait affaires avec une société constituée et non avec M. Chapman à titre personnel.

*d*

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacKeigan et les juges Cooper et Jones) ont accueilli l'appel interjeté par la société immobilière et rejeté l'action. La responsabilité personnelle de M. Chapman n'a pas fait l'objet d'un appel incident en Cour d'appel et elle n'est plus en cause.

## II Responsabilité de W.T. Goodwin Limited

La question soulevée est de savoir si la Division d'appel a commis une erreur en concluant que la société immobilière n'était partie à aucun contrat avec Scotsburn pour la livraison de marchandises au supermarché d'Amherst.

En première instance, le juge Hallett a conclu que W.T. Goodwin Limited, la société immobilière, était l'acheteur des marchandises et en conséquence contractuellement responsable du paiement des marchandises livrées au supermarché d'Amherst. Il a conclu que Scotsburn et ses auteurs en titre n'avaient pas été avisés de la réorganisation sociale de 1965 et du changement de raison sociale; Scotsburn n'a jamais été avisée que les relevés de compte étaient faits au nom de la mauvaise société; la société immobilière et M. Chapman ne se sont jamais opposés à ce que Scotsburn présente ses relevés au nom de W.T. Goodwin Limited.

Despite difficulty in determining who had been operating the Amherst supermarket and despite his earlier finding that in 1972, Goodwin's Discount Food Store Limited, the Sackville Company, had purchased all the assets and assumed all the liabilities of Goodwin's Supermarket Limited, the Amherst company, Mr. Justice Hallett concluded that the real estate company was liable.

His conclusion is best expressed in his own words [(1981), 48 N.S.R. (2d) 291, at pp. 293-94]:

The issue in the case is who was the purchaser of the product for which the sum of \$25,252.89 is presently owing? Was it Goodwin's Supermarket Limited as contended by the defendants or Goodwin's Discount Food Store Limited which had been paying the accounts of W.T. Goodwin Limited, the company that had been billed for some fifteen years? I find that the purchaser was W.T. Goodwin Limited, the company incorporated in 1965. If Mr. Chapman did not want that company to be liable for product sold by the plaintiff to the Amherst store, he should have advised the plaintiff that it was billing the wrong company. The goods were accepted at the Amherst store and statements made out by the plaintiff to W.T. Goodwin Limited were paid. The defendants cannot now complain, after fifteen years, of having received product on a daily basis and having paid for it either weekly or bi-weekly that some company other than W.T. Goodwin Limited was the purchaser. I do not attach any significance to the fact that the driver-salesman of the plaintiff and its predecessors made the delivery slips out to Goodwins or Goodwin's Supermarket, Amherst. I am satisfied from the evidence the only purpose of the designation was to show at what location the delivery was made and the primary purpose of the invoice was to show the product that was delivered and the price. These invoices were accepted and it is obvious that the designation by the driver-salesman of where a delivery is made cannot effect the legal position as to who were the parties to the contract. The onus was on W.T. Goodwin Limited to advise the plaintiff that it was not responsible for the accounts. It cannot now deny liability after having accepted the goods and caused them to be paid for over a period of fifteen years.

The Appellate Division disagreed. The disagreement rested in large part upon the proper inference

Malgré la difficulté qu'il y a de déterminer qui exploitait le supermarché d'Amherst et malgré sa conclusion antérieure que Goodwin's Discount Food Store Limited, c.-à-d. la société de Sackville, avait, en 1972, acquis tous les biens et assumé toutes les dettes de Goodwin's Supermarket Limited, c.-à-d. la société d'Amherst, le juge Hallett a conclu que la société immobilière était responsable.

La meilleure façon d'exprimer sa constatation est de citer ses motifs [(1981), 48 N.S.R. (2d) 291, aux pp. 293 et 294]:

[TRADUCTION] La question en l'espèce est de savoir qui était l'acquéreur des marchandises à l'égard desquelles est due la somme de 25 252,89 \$? Était-ce Goodwin's Supermarket Limited, comme le soutiennent les défendeurs, ou Goodwin's Discount Food Store Limited qui a acquitté les factures de W.T. Goodwin Limited, la société à laquelle elles ont été expédiées pendant environ quinze ans? Je conclus que l'acquéreur était W.T. Goodwin Limited, la société constituée en 1965. Si M. Chapman n'avait pas voulu que cette société soit responsable des marchandises vendues par la demanderesse au magasin d'Amherst, il aurait dû signaler à la demanderesse qu'elle facturait la mauvaise société. Les marchandises étaient acceptées au magasin d'Amherst et les relevés de compte présentés par la demanderesse à W.T. Goodwin Limited étaient acquittés. Les défendeurs ne peuvent soutenir, après avoir reçu les marchandises quotidiennement pendant quinze ans et les avoir payées une ou deux fois par semaine, qu'une société autre que W.T. Goodwin Limited en était l'acquéreur. Je n'attache aucune importance au fait que le chauffeur-vendeur de la demanderesse et de ses auteurs en titre établissait les fiches de livraison à Goodwins ou Goodwin's Supermarket à Amherst. La preuve me convainc que l'appellation avait uniquement comme but d'indiquer l'endroit où était faite la livraison et que la facture avait pour but principal d'indiquer les marchandises livrées et leur prix. Ces factures ont été acceptées et il est évident que l'indication par le chauffeur-vendeur de l'endroit où la livraison était faite ne peut avoir de conséquence sur la détermination juridique de l'identité des parties au contrat. Il incombait à W.T. Goodwin Limited de faire savoir à la demanderesse qu'elle n'était pas responsable des factures. Elle ne peut maintenant nier sa responsabilité après avoir accepté les marchandises et les avoir fait payer pendant plus de quinze ans.

La Division d'appel n'a pas été du même avis. La divergence d'opinions dépend surtout des con-

to be drawn from the evidence at trial. Cooper J.A., writing for a unanimous Court, reviewed the evidence and concluded [(1982), 53 N.S.R. (2d) 642, at p. 649]:

In the end one is left in a state of some apparent uncertainty as to what company or division thereof was operating the Amherst supermarket, but it seems to me upon consideration of the whole of the evidence that the business was being carried on by Goodwin's Discount Food Store Limited. Mr. Chapman said so on discovery, although later in his testimony he agreed that the Discount Food company was the Sackville company and "Goodwin's Supermarket was the Amherst company". It could not have been Goodwin's Supermarket Limited because, as I have said earlier in these reasons, that company had sold all its assets to the Discount Food company. Although there is no evidence that Goodwin's Supermarket Limited had been formerly wound up it thus had been succeeded by the Discount Food company. The only reasonable understanding I can gather from the evidence is that the Amherst supermarket was operated by Goodwin's Discount Food Store Limited as Goodwin's supermarket. The cheque forms, to which I have referred in my view bear this out.

In any event I cannot find evidence that the appellant, W.T. Goodwin Limited, the company incorporated in 1965, was the buyer of the dairy products and frozen foods supplied by Scotsburn to the supermarket. Indeed, Mr. Adshade in cross-examination was asked:

Do you think, as Office Manager of Brookfield Division in Amherst that you were ever doing business with W.T. Goodwin Limited, a holding company incorporated in 1965?

and he answered, "I guess not".

As I have said, Scotsburn had the burden in this litigation of establishing that the buyer of the dairy products and frozen foods was the appellant. I do not think, for the reasons I have given, that it has discharged this burden. Moreover, I am of the opinion that delivery of the goods was not made to the appellant but rather to the operator of the supermarket, Goodwin's Discount Food Store Ltd., which was carrying on business under the name of "Goodwin's Supermarket". It follows that Scotsburn is not entitled to recover its claim against the appellant.

The Appellate Divisions's two basic conclusions settled liability. The Court determined, after its review of the evidence, that the Amherst supermarket had been operated by Goodwin's Discount

clusions qu'il faut tirer de la preuve. Le juge Cooper, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel, a analysé la preuve et conclu [(1982), 53 N.S.R. (2d) 642, à la p. 649]:

[TRADUCTION] En dernière analyse, il subsiste apparemment quelque incertitude quant à la société ou division de société qui exploitait le supermarché d'Amherst, mais, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il me semble que c'était Goodwin's Discount Food Store Limited. M. Chapman l'a affirmé à l'interrogatoire préalable, bien que plus loin dans sa déposition il reconnaît que la société Discount Food était celle de Sackville et que «Goodwin's Supermarket était celle d'Amherst». Ce n'aurait pu être Goodwin's Supermarket Limited parce que, comme je l'ai déjà indiqué, elle avait vendu tout son actif à la société Discount Food. Bien que la preuve ne permette pas de conclure que Goodwin's Supermarket Limited ait été officiellement liquidée, il est certain que la société Discount Food lui a succédé. La seule conclusion raisonnable que je puisse tirer de la preuve est que le supermarché d'Amherst était exploité par Goodwin's Discount Food Store Limited sous le nom de Goodwin's Supermarket. À mon sens, cela est confirmé par les formules de chèques dont j'ai déjà parlé.

De toute façon, je ne puis trouver d'éléments de preuve selon lesquels l'appelante W.T. Goodwin Limited, la société constituée en 1965, a été l'acquéreur des produits laitiers et aliments congelés fournis par Scotsburn au supermarché. En effet, on a demandé en contre-interrogatoire à M. Adshade:

Croyez-vous, à titre de directeur de la filiale Brookfield à Amherst, que vous faisiez affaires avec W.T. Goodwin Limited, une société de gestion constituée en 1965?

et il a répondu «je suppose que non».

Comme je l'ai déjà dit, Scotsburn avait l'obligation en l'espèce d'établir que l'acheteur des produits laitiers et aliments congelés était l'appelante. Je ne crois pas, pour les motifs que j'ai exprimés, qu'elle a rempli cette obligation. De plus, je suis d'avis que la livraison des marchandises n'a pas été faite à l'appelante, mais plutôt à l'exploitante du supermarché, Goodwin's Food Store Ltd., qui faisait affaires sous la raison sociale «Goodwin's Supermarket». Il s'ensuit que Scotsburn n'a pas droit au paiement réclamé à l'appelante.

Les deux conclusions principales de la Division d'appel ont déterminé la responsabilité. Après avoir étudié la preuve, la cour a statué que le supermarché d'Amherst avait été exploité par

Food Store Limited, the Sackville company, carrying on business as "Goodwin's Supermarket" and that delivery of the goods had been made to Goodwin's Discount Food Store Limited as operator of the supermarket. Secondly, the Court decided that, in any event, there was no evidence sufficient to support the trial judge's conclusion that the real estate company had been the purchaser of the goods under a contract with Scotsburn.

There was no specific written or oral contract asserted in this case. The claim was simply for "goods sold and delivered". The trial court was asked to infer a contract between the parties on the basis of conduct, particularly the regular pattern of delivery and payment between Scotsburn and the supermarket. A court may, of course, look to the conduct of the parties in order to determine whether all elements of an enforceable agreement are present. In general, such agreement is manifested by an offer by one party accepted by the other with the intention of creating a legal relationship, and supported by consideration. A. G. Guest, *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), pp. 24-26; S. M. Waddams, *The Law of Contract* (1977), p. 94ff; M. P. Furmstom, *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (10th ed. 1981), pp. 24-25; *Saint John Tugboat Co. v. Irving Refinery Ltd.*, [1964] S.C.R. 614.

Resolution of this case is obviously clouded by the central and critical ambiguity over which of Mr. Chapman's companies operated the Amherst supermarket. In the absence of cogent evidence on this essential point, the trial judge and the appellate court differed on the ultimate determination, basically one of fact, as to whether a contract had been entered into by W.T. Goodwin Limited, the real estate company, with Scotsburn for goods delivered to the Amherst supermarket.

The rule applicable when this Court, as second appellate tribunal, is asked to review a provincial appellate court's reversal of a trial judge's judg-

Goodwin's Discount Food Store Limited, la société de Sackville, faisant affaires sous la raison sociale «Goodwin's Supermarket» et que la livraison des marchandises avait été faite à Goodwin's Discount Food Store Limited, en tant qu'exploitante du supermarché. Deuxièmement, la cour a statué que, de toute façon, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la conclusion du juge de première instance que la société immobilière avait été l'acquéreur des marchandises en vertu d'un contrat intervenu entre elle et Scotsburn.

On n'a pas fait valoir l'existence d'un contrat spécifique verbal ou écrit en l'espèce. La réclamation porte simplement sur des [TRADUCTION] «marchandises vendues et livrées». On a demandé au tribunal de première instance de conclure à un contrat tacite dont l'existence serait fondée sur les actes des parties, plus précisément sur la régularité des livraisons et des paiements intervenus entre Scotsburn et le supermarché. Un tribunal peut, bien sûr, considérer la conduite des parties pour décider si tous les éléments d'un contrat exécutoire sont présents. En général, un tel contrat se manifeste par une offre faite par une partie et acceptée par l'autre, avec l'intention d'établir entre elles un lien juridique, et il s'accompagne d'une considération. A.G. Guest, *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), pp. 24 à 26; S. M. Waddams, *The Law of Contract* (1977), p. 94 et suiv.; M. P. Furmstom, *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (10th ed. 1981), pp. 24 et 25; *Saint John Tugboat Co. v. Irving Refinery Ltd.*, [1964] R.C.S. 614.

La solution de l'espèce est manifestement brouillée par l'ambiguïté décisive et intrinsèque avec laquelle les sociétés de M. Chapman géraient le supermarché d'Amherst. En l'absence de preuves convaincantes sur ce point essentiel, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tiré des conclusions différentes, fondamentalement des conclusions de fait, quant à l'existence d'un contrat intervenu entre W.T. Goodwin Limited, la société immobilière, et Scotsburn pour la livraison de marchandises au supermarché d'Amherst.

Le juge Lamer a récemment rappelé, dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2 [à la p. 8] la règle applicable lorsque



ment on a question of fact has been recently restated by Mr. Justice Lamer in *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2 [at p. 8]. Lamer J. reviewed the relevant authorities and cited from *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288 where Fauteux J. wrote for the majority at p. 294:

[TRANSLATION] The principle that a second Court of Appeal must follow when it is required to review the judgment of a first Court of Appeal is also long established. It is expressed in *Demers v. The Montreal Steam Laundry Company* ((1897), 27 S.C.R. 537 at 538):

... it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment of the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous; *Symington v. Symington* L.R. 2 H.L. Sc. 415.

This is the rule followed in this Court and recently applied again in *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635. Thus, to intervene in this case, this Court would have to be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with regard to its grounds for intervention or its interpretation of the evidence in the record. After giving the matter serious consideration, I cannot form such an opinion. [My emphasis.]

I am not clearly satisfied that the judgment of the Appeal Division was erroneous with regard to its grounds for intervention or its interpretation of the evidence. On the contrary, I am of the opinion that the Appellate Division's reversal of the trial judge's conclusion was justified on the record. On my reading of his judgment, the trial judge's findings appear to be based on the proposition that the real estate company was under an onus, which it failed to discharge, of advising Scotsburn that the wrong company was being billed, and was therefore precluded from denying liability for goods received at the supermarket.

The *Saint John Tugboat* case, *supra*, makes it clear that mere failure to disown responsibility to pay compensation for services rendered is not of itself always enough to bind the person who has

cette Cour, à titre de tribunal d'appel du second degré, doit se prononcer sur la décision d'une Cour d'appel d'une province infirmant le jugement du juge de première instance sur une question de fait. Le juge Lamer étudie les sources de droit pertinentes et cite l'arrêt *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, dans lequel le juge Fauteux dit au nom de la majorité, à la p. 294:

Quant au principe qui doit guider une seconde Cour d'appel appelée à réviser le jugement d'une première, il est aussi et depuis longtemps établi. On en trouve l'expression dans *Demers v. The Montreal Steam Laundry Company* ((1897), 27 R.C.S. 537 à 538):

[TRADUCTION] ... c'est un principe juridique établi sur lequel nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné; *Symington v. Symington* L.R. 2 H.L. Sc. 415.

C'est là la règle suivie en cette Cour et récemment encore appliquée dans *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635. Ainsi donc, pour intervenir dans cette cause, il faudrait être clairement satisfait que le jugement de la Cour d'appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier. [C'est moi qui souligne.]

Je ne suis pas nettement convaincu que l'arrêt de la Division d'appel était erroné quant à ses motifs d'intervention ou à son interprétation de la preuve. Au contraire, je crois que vu le dossier, la Division d'appel était justifiée d'infirmier la conclusion du juge de première instance. Selon mon interprétation de sa décision, les conclusions du juge de première instance paraissent fondées sur l'affirmation que la société immobilière avait l'obligation, qu'elle n'a pas remplie, de signaler à Scotsburn que celle-ci facturait la mauvaise société et qu'en conséquence elle était empêchée de nier sa responsabilité pour les marchandises livrées au supermarché.

L'arrêt *Saint John Tugboat*, précité, dit clairement que la simple omission de dénoncer sa responsabilité à l'égard du paiement de services rendus n'est pas, en soi, toujours suffisante pour

taken the benefit of those services. Here there is no evidence that the real estate company was even the beneficiary of any services nor the recipient of goods from Scotsburn.

The trial judge appears to have been of the view that the defendant company was in some manner estopped by its conduct from denying liability. I do not believe the doctrine of estoppel has application in this case. Scotsburn did not plead the material facts in its statement of claim to support an allegation of estoppel as required by Nova Scotia Civil Procedure Rule 14.04; nor did Scotsburn attempt to amend its pleadings following examinations for discovery. See *Thistle v. Thistle* (1980), 42 N.S.R. (2d) 430 (T.D.), per Hallett J.; for an annotation of the similar rule in England, see: *The Supreme Court Practice, 1985* v. 1, o. 18, r. 7, (vol. 1, at pp. 261-63); *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866 (C.A.), at p. 869; *Re Vandervell's Trusts (No. 2)*, [1974] 3 All E.R. 205 (C.A.), at p. 213; *Farrell v. Secretary of State for Defence*, [1980] 1 All E.R. 166 (H.L.), at p. 173.

Scotsburn bears the burden of proving the presence of the elements necessary for the application of estoppel's preclusive effect. While courts are naturally reluctant to defeat a genuine claim on the basis of the rules of pleading alone, I do not think it would be appropriate to allow the plaintiff's claim on the basis of estoppel in this case. The absence of any pleading on this point renders it very difficult for this Court to know what representations by the real estate company Scotsburn relies upon and what conduct it alleges constitutes misrepresentation. In the analysis of the doctrine's application this Court has been placed in the position, not only of speculating as to the nature of the estoppel advanced by the plaintiff, but also of determining the facts capable of supporting estoppel. This type of inquiry is not well suited to the Court's appellate role.

In any event, the conditions necessary for the operation of estoppel on the basis alluded to by the

lier la personne qui a profité de ces services. En l'espèce, il n'y a pas d'élément de preuve que la société immobilière ait même profité de services ou reçu des marchandises de Scotsburn.

<sup>a</sup> Le juge de première instance paraît avoir estimé que la société défenderesse était d'une certaine manière empêchée, par sa conduite, de nier sa responsabilité. Je ne crois pas que les principes relatifs à la fin de non-recevoir s'appliquent en l'espèce. La déclaration de Scotsburn n'invoque pas les faits matériels qui pouvaient appuyer une allégation de fin de non-recevoir comme l'exige l'art. 14.04 des Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse; Scotsburn n'a pas non plus cherché à modifier sa déclaration après les interrogatoires préalables. Voir *Thistle v. Thistle* (1980), 42 N.S.R. (2d) 430 (D.P.I.), le juge Hallett; pour un commentaire de la règle équivalente en Angleterre, voir: *The Supreme Court Practice, 1985*, v. 1, o. 18, r. 7 (vol. 1, aux pp. 261 à 263); *Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis*, [1956] 2 All E.R. 866 (C.A.), à la p. 869; *Re Vandervell's Trusts (No. 2)*, [1974] 3 All E.R. 205 (C.A.), à la p. 213; *Farrell v. Secretary of State for Defence*, [1980] 1 All E.R. 166 (H.L.), à la p. 173.

Scotsburn a l'obligation de prouver l'existence des éléments nécessaires pour que la fin de non-recevoir puisse avoir son effet préventif. Bien que les tribunaux soient naturellement peu disposés à refuser une réclamation véritable en fonction des seules règles relatives aux actes de procédure, je ne crois pas qu'il serait approprié de faire droit à la réclamation de la demanderesse par application de la fin de non-recevoir. Vu l'absence de toute allégation sur ce point, cette Cour peut très difficilement savoir sur quelles promesses ou démarches de la société immobilière se fonde Scotsburn et quels actes pourraient équivaloir à des déclarations trompeuses. Dans l'analyse de l'application de ces principes, cette Cour s'est trouvée dans l'obligation non seulement de s'interroger sur la nature de la fin de non-recevoir invoquée par la demanderesse, mais aussi de déterminer les faits susceptibles de l'appuyer. Ce genre d'interrogation ne relève pas vraiment du rôle d'une cour d'appel.

<sup>j</sup> De toute façon, les conditions d'application de la fin de non-recevoir fondée sur les faits mentionnés

trial judge are not satisfied here. The essence of estoppel is representation by words or conduct which induces detrimental reliance. A more exhaustive definition is offered in Spencer Bower and Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (3rd ed. 1977), at p. 4:

... where one person ("the representor") has made a representation to another person ("the representee") in words or by acts or conduct, or (being under a duty to the representee to speak or act) by silence or inaction, with the intention (actual or presumptive), and with the result, of inducing the representee on the faith of such representation to alter his position to his detriment, the representor, in any litigation which may afterwards take place between him and the representee, is estopped, as against the representee, from making, or attempting to establish by evidence, any averment substantially at variance with his former representation, if the representee at the proper time, and in the proper manner, objects thereto.

See also *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 16, para. 1505; R. Cross, *Cross on Evidence* (5th ed. 1979), pp. 346-53; R. Maudsley & J. Martin, *Hanbury and Maudsley Modern Equity* (11th ed. 1981), pp. 732-34; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), at p. 57; *Nippon Menkwa Kabushiki Kaisha (Japan Cotton Trading Company, Ltd.) v. Dawson's Bank, Ltd.* (1935), 51 Ll. L. Rep. 147 (P.C.), at pp. 150-52.

As far as I can determine, W.T. Goodwin Limited, the real estate company, by its conduct, did not make any representation upon which Scotsburn relied to its detriment. The representation the trial judge advanced as precluding the real estate company from denying its contractual liability was failure to advise Scotsburn that it was billing the wrong company. Assuming that W.T. Goodwin Limited knew, through its directing mind Mr. Chapman, that the invoices were being received and paid, its silence does not constitute a representation to Scotsburn of responsibility for the goods delivered to the supermarket. Scotsburn is advancing the silence of a company it did not even know existed at the relevant time as amounting to a representation upon which it relied. Furthermore,

par le juge de première instance ne sont pas remplies en l'espèce. Pour qu'il y ait fin de non-recevoir, il faut essentiellement des promesses verbales ou des démarches qui amènent quelqu'un à s'y fier à son détriment. Spencer Bower et Turner en donnent une définition plus complète dans *The Law Relating to Estoppel by Representation* (3rd ed. 1977), à la p. 4:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une personne («l'auteur») a fait une déclaration à une autre personne («le destinataire») par des paroles, par des actes ou par sa conduite ou (lorsqu'elle est tenue envers le destinataire de parler ou d'agir) par son silence ou son inaction, avec l'intention (réelle ou présumée) d'amener le destinataire, sur la foi de cette déclaration, à modifier sa situation à son détriment et y réussit, dans tout litige qui peut par la suite survenir entre l'auteur et le destinataire, l'auteur est empêché à l'égard du destinataire de prouver ou de tenter de prouver toute allégation essentiellement différente de sa déclaration antérieure, si le destinataire s'y oppose dans les délais et les formes voulus.

Voir également *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 16, paragraphe 1505; R. Cross, *Cross on Evidence* (5th ed. 1979), aux pp. 346 à 353; R. Maudsley & J. Martin, *Hanbury and Maudsley Modern Equity* (11th ed. 1981), pp. 732 à 734; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), à la p. 57; *Nippon Menkwa Kabushiki Kaisha (Japan Cotton Trading Company, Ltd.) v. Dawson's Bank, Ltd.* (1935), 51 Ll. L. Rep. 147 (C.P.), aux pp. 150 à 152.

Pour autant que je puisse savoir, W.T. Goodwin Limited, la société immobilière, n'a, par sa conduite, fait aucune promesse à laquelle Scotsburn se serait fiée à son détriment. Ce serait l'omission d'aviser Scotsburn que celle-ci facturait la mauvaise société qui, selon le juge de première instance, empêcherait la société immobilière de dénoncer son obligation contractuelle. En supposant que W.T. Goodwin Limited savait, par l'entremise de son âme dirigeante, M. Chapman, que les factures étaient reçues et payées, son silence vis-à-vis de Scotsburn n'équivaut pas à accepter la responsabilité pour les marchandises livrées au supermarché. Scotsburn soutient que le silence d'une société dont elle ignorait même l'existence à l'époque en cause équivaut à une déclaration sur

silence or inaction will only constitute a representation where the representor owes a legal duty to the representee to make the disclosure in question: *Spencer Bower and Turner, supra*, at pp. 48-50; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd., supra*, at p. 57. I am not aware of any such legal duty here. Certainly none has been advanced by the appellant.

Equally, it is difficult to find any reliance by Scotsburn induced by such silence. Scotsburn was unaware of the different Goodwin companies and could not be seen to have relied upon the attributes, for example, the credit worthiness of any particular company. It was, as I have said, ignorant of the real estate company's very existence.

Finally, it is difficult to see what detriment Scotsburn suffered. If the real estate company had alerted Scotsburn to the fact that it should be billing another company, *i.e.*, the Sackville company, as operator of the Amherst store, this would not have prevented the eventual receivership of the Sackville company and the loss suffered by Scotsburn in consequence. In light of these conclusions, it is not necessary to determine whether, and to what degree, Scotsburn might have been prevented from relying upon the doctrine of estoppel by the rule that it cannot found a cause of action.

In support of the trial judge's conclusion that the real estate company was precluded from denying its liability for the price of the goods delivered to the supermarket, the appellant cited the following cases: *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626 (N.S.S.C.); *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119 (Man. Q.B.); *William A. Flemming Ltd. v. Fisher* (1978), 29 N.S.R. (2d) 338 (N.S.S.C.T.D.); *Gelhorne Motors Ltd. v. Yee and Wilcox* (1969), 71 W.W.R. 526 (Man. C.A.) None of these cases deals with the doctrine of estoppel. Furthermore, they are all readily distinguishable.

laquelle elle s'est fondée. De plus, le silence ou l'inaction n'équivaut à une déclaration que si son auteur a envers le destinataire une obligation légale de faire la révélation en cause: voir *Spencer Bower et Turner, précité*, aux pp. 48 à 50; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, précité, à la p. 57. Je ne vois aucune obligation légale de ce genre en l'espèce. L'appelante n'en a certainement invoqué aucune.

De même, il est difficile de voir ce sur quoi un tel silence aurait amené Scotsburn à se fier. Scotsburn ne connaissait pas l'existence des différentes sociétés Goodwin et ne peut avoir compté sur leurs caractéristiques, comme par exemple le crédit d'une société en particulier. Elle ignorait même, comme je l'ai déjà dit, l'existence de la société immobilière.

Enfin, il est difficile de voir quel désavantage Scotsburn a subi. Même si la société immobilière avait avisé Scotsburn qu'elle devait facturer une autre société, *c.-à-d.* la société de Sackville, à titre d'exploitante du magasin d'Amherst, cet avis n'aurait pas empêché la mise sous séquestre de la société de Sackville et la perte que Scotsburn a subie par la suite. À la lumière de ces conclusions, il n'est pas nécessaire de décider si la règle selon laquelle la fin de non-recevoir ne peut constituer une cause d'action, aurait pu empêcher Scotsburn d'invoquer ces principes, ni dans quelle mesure elle aurait pu le faire.

Pour appuyer la conclusion du juge de première instance, selon laquelle la société immobilière était empêchée de nier sa responsabilité à l'égard du paiement des marchandises livrées au supermarché, l'appelante cite les arrêts suivants: *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626 (C.S.N.-É.); *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119 (B.R. Man.); *William A. Flemming Ltd. v. Fisher* (1978), 29 N.S.R. (2d) 338 (D.P.I.C.S.N.-É.); *Gelhorne Motors Ltd. v. Yee and Wilcox* (1969), 71 W.W.R. 526 (C.A. Man.) Aucune de ces décisions ne porte sur les principes de la fin de non-recevoir. De plus, elles se distinguent toutes facilement de l'espèce.

In the *Starr, Flemming* and *Gelhorne Motors* cases, the defendants attempted to deny their personal liability for goods they had ordered and received, on the basis that they had been actually acting as agents of the company to the knowledge of the plaintiff. In the case at bar, there is no suggestion that the real estate company was acting as the agent of a different company when the goods were ordered and then delivered to the supermarket. Rather, W.T. Goodwin Limited denies altogether any involvement with the transactions, and certainly, the evidence does not establish any involvement.

The *Keewatin Electric* case advanced by the appellant is perhaps closest, on its facts, to the one at bar. There, the defendant operated two different companies from one location. He attempted to deny one company's liability for repairs he had admittedly ordered, by attributing them to a different company than the one the plaintiff had billed and ultimately sued. The trial judge concluded the plaintiff had quite reasonably understood that the repairs were contracted for on behalf of the company billed. The defendant could not deny liability therefore by asserting a contrary intention which had not been communicated to the plaintiff. In the case at bar, W.T. Goodwin Limited denies its involvement with the transaction; the evidence that the goods were ordered on its behalf, present in the *Keewatin Electric* case, is not present here.

I agree with Cooper J.A. that, notwithstanding the uncertainty in the record, the only reasonable conclusion to draw from the testimony and the documentary evidence presented at trial is that, in the latter years, the Amherst supermarket was operated by the Sackville company, Goodwin's Discount Food Store Limited. There would seem to be no dispute that in prior years, from 1965 until 1972, the supermarket was operated by Goodwin's Supermarket Limited. The trial judge found that the Sackville company had purchased all the assets and assumed all the liabilities of Goodwin's Supermarket Limited; the Appellate

Dans les arrêts *Starr, Flemming* et *Gelhorne Motors*, les défendeurs ont voulu nier leur responsabilité personnelle à l'égard de marchandises qu'ils avaient commandées et reçues, parce qu'ils avaient agi en réalité à titre de mandataires de la société au su de la demanderesse. En l'espèce, on n'a pas prétendu que la société immobilière agissait à titre de mandataire d'une autre société au moment où les marchandises ont été commandées puis livrées au supermarché. Au contraire, W.T. Goodwin Limited nie toute participation aux transactions et, à coup sûr, la preuve ne fait état d'aucune participation.

C'est l'affaire *Keewatin Electric*, citée par l'appelante, qui, vu ses faits, ressemble peut-être le plus à l'espèce. Dans cette affaire-là, le défendeur exploitait deux sociétés différentes au même endroit. Il a essayé de nier la responsabilité d'une des sociétés à l'égard de réparations qu'il a reconnu avoir commandées, en les attribuant à une société différente de celle que la demanderesse avait facturée et qu'elle a finalement poursuivie. Le juge de première instance a conclu que la demanderesse avait à juste titre compris que les réparations avaient été commandées pour le compte de la société facturée. Le défendeur ne pouvait donc pas nier sa responsabilité en prétendant avoir eu une intention contraire qui n'avait pas été communiquée à la demanderesse. En l'espèce, W.T. Goodwin Limited nie toute participation à l'opération; on ne trouve pas ici la preuve que les marchandises auraient été commandées pour elle, ce qu'on trouvait dans l'affaire *Keewatin Electric*.

Je partage l'avis du juge Cooper de la Cour d'appel que, malgré l'ambiguïté du dossier, la seule conclusion raisonnable à tirer des témoignages et de la preuve documentaire soumise au procès est que, au cours des dernières années, la société de Sackville, Goodwin's Discount Food Store Limited, exploitait le supermarché d'Amherst. Il ne semble pas contesté que dans les années antérieures, de 1965 à 1972, Goodwin's Supermarket Limited exploitait le supermarché. Le juge de première instance a conclu que la société de Sackville avait acquis tous les biens et assumé toutes les dettes de Goodwin's Supermarket Limited; la Divi-

Division concurred in this finding. I attach no particular significance to the fact that no evidence was led to establish that Goodwin's Supermarket Limited was formally wound up. The absence of such evidence does not undermine the conclusion that Goodwin's Discount Food Store Limited was operating the supermarket.

Finally, in my opinion, the Appellate Division correctly decided that, regardless of who was actually operating the Amherst supermarket, there was no evidence sufficient to establish, on a balance of probabilities, that the real estate company was the purchaser of the goods in question under a contract with Scotsburn. The appellant argues in this context that the trial judge was entitled to draw a negative inference from the failure of Mr. Chapman to testify (he was examined for discovery) and the decision of the defence to present no evidence other than the documents they submitted. As there is nothing in Hallett J.'s reasons to indicate that he relied on the conduct of the defendant's case to support the conclusions he reached, there is no need to decide whether he would have been entitled to draw the negative inferences urged by the appellant.

The evidence of the officers of Scotsburn, touching on whom they believed they were doing business with, indicates that it was not the real estate company. The plaintiff's witness Wayne Adshade gave the following evidence:

Q. Do you think, as office manager of Brookfield Division in Amherst, that you were ever doing business with W.T. Goodwin Limited, a holding company incorporated in 1965?

A. I guess not.

The account on the books of the plaintiff or its predecessor, in the name of "W.T. Goodwin Limited", antedated the incorporation of the real estate company. The following is an extract from the cross-examination of plaintiff's witness John Wood:

Q. Now, if I put the proposition to you that the company known as W.T. Goodwin Limited, which owns property in Amherst, was not incorporated until August, 1965—then that's not the company you're referring to in that ledger sheet, is it?

sion d'appel a été du même avis. Je n'attache pas d'importance particulière à l'absence d'éléments de preuve tendant à établir que Goodwin's Supermarket Limited avait été officiellement liquidée. Cette absence d'éléments de preuve n'affaiblit pas la conclusion que Goodwin's Discount Food Store Limited exploitait le supermarché.

Enfin, à mon avis, la Division d'appel a eu raison de décider que, peu importe qui exploitait vraiment le supermarché d'Amherst, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la société immobilière était l'acquéreur des marchandises en cause en vertu d'un contrat intervenu avec Scotsburn. L'appelante soutient que, dans ce contexte, l'omission de M. Chapman de témoigner (il a déposé à l'interrogatoire préalable) et la décision de la défense de ne pas soumettre d'autre preuve, à part les documents qu'elle a présentés, justifiaient la conclusion négative du juge de première instance. Puisque rien dans les motifs du juge Hallett n'indique que pour étayer ses conclusions, il a tenu compte de la manière dont la défenderesse a présenté sa cause, il n'est pas nécessaire de décider s'il pouvait tirer les conclusions négatives invoquées par l'appelante.

Les dépositions des dirigeants de Scotsburn quant à l'identité de ceux avec qui ils croyaient faire affaires indiquent qu'il ne s'agit pas de la société immobilière. Le témoin de la demanderesse Wayne Adshade a fourni le témoignage suivant:

[TRADUCTION]Q. Croyez-vous, à titre de directeur de la succursale Brookfield à Amherst, que vous faisiez affaires avec W.D. Goodwin Limited, une société de gestion constituée en 1965?

R. Je suppose que non.

Dans la comptabilité de la demanderesse ou de ses auteurs en titre, le compte établi au nom de «W.D. Goodwin Limited» précède la constitution de la société immobilière. Voici un extrait du contre-interrogatoire du témoin de la demanderesse John Wood:

[TRADUCTION]Q. Si je vous dis que la société connue sous le nom de W.T. Goodwin Limited, qui possède des biens à Amherst, n'a pas été constituée avant août 1965 - alors ce n'est pas la société que vous mentionnez dans cette feuille de grand livre, n'est-ce pas?

A. In August—well, it's W.T. Goodwin Limited anyway.

Q. Yes, but if W.T. Goodwin Limited that owns property in Amherst was not incorporated until August of 1965, those invoices must have been billed to a different W.T. Goodwin Limited. Is that not correct? <sup>a</sup>

A. Must have been.

And later:

Q. So in 1965, it would be fair to say that W.T. Goodwin Limited, in July of 1965 W.T. Goodwin Limited would be the company that Amherst Creamery would be dealing with?

A. I would say by the looks of this anyway.

Q. In September of 1965 they would be dealing with the same company?

A. According to this they were anyway.

Q. Yes. So there's no reason to suppose that they became involved with the holding company which was incorporated in August of 1965? <sup>d</sup>

A. Well, there's no way of knowing from looking at this.

Although the invoices prepared by the driver/salesmen and the cheques in payment indicated otherwise, Scotsburn appears throughout to have regarded the original W.T. Goodwin Limited as recipient of the goods. This is an excerpt from the evidence of plaintiff's witness Roderick MacLennan: <sup>f</sup>

Q. And if that company simply changed its name by marriage or otherwise, it's the same company later on?

A. It's the same company but it continued to present itself to us as a supplier as W.T. Goodwin Limited, to the best of our knowledge. <sup>g</sup>

Q. Did you, or any of the Scotsburn or Brookfield companies, ever deal with the company incorporated in 1965 called W.T. Goodwin Limited which was a holding company? <sup>h</sup>

A. I would say that we would not be aware of doing it as a holding company. <sup>i</sup>

In the absence of any evidence establishing that Scotsburn, when it dealt with the supermarket, was doing business with the real estate company, it is impossible to infer the existence of a contract between them. The coincidence of names and the common ownership of the Chapman businesses are <sup>j</sup>

R. En août—bien, c'est W.T. Goodwin Limited de toute façon.

Q. Oui, mais si W.T. Goodwin Limited qui possède des biens à Amherst n'a été constituée qu'en août 1965, ces factures doivent avoir été établies au nom d'une société W.T. Goodwin Limited différente. N'est-ce pas exact?

R. Ce doit l'être.

<sup>b</sup> Et plus loin,

[TRADUCTION]Q. Donc en 1965, il serait juste de dire que W.T. Goodwin Limited, en juillet 1965, serait la société avec laquelle la coopérative laitière d'Amherst faisait affaires?

<sup>c</sup> R. Suivant ce document, cela paraît exact.

Q. En septembre 1965, ils faisaient affaires avec la même société?

R. Suivant ce document, c'est bien le cas.

Q. Oui. Donc il n'y a pas de motif de supposer qu'ils ont fait affaires avec la société de gestion qui a été constituée en août 1965?

R. Bien, il n'y a pas moyen de le savoir seulement par l'examen de ce document.

<sup>e</sup> Bien que les factures établies par le chauffeur-ven-  
deur et les chèques de paiement aient indiqué  
autre chose, Scotsburn paraît avoir toujours consi-  
déré que la première société W.T. Goodwin Limi-  
ted était celle qui recevait les marchandises. Voici  
un extrait de la déposition du témoin de la deman-  
deresse Roderick MacLennan: <sup>f</sup>

[TRADUCTION]Q. Mais si la société avait simplement  
changé de nom par mariage ou autrement, est-ce  
la même société, plus tard?

<sup>g</sup> R. C'est la même société, mais elle a continué de  
s'identifier à nous, ses fournisseurs, comme W.T.  
Goodwin Limited, pour autant que nous pouvons  
le savoir.

<sup>h</sup> Q. Vous ou quelqu'un de chez Scotsburn ou de chez  
Brookfield a-t-il jamais fait affaires avec la société  
constituée en 1965 appelée W.T. Goodwin Limited  
qui était une société de gestion?

<sup>i</sup> R. Je dirais que nous ne savions pas que nous faisons  
affaires avec elle à titre de société de gestion.

En l'absence de tout élément de preuve établissant qu'en faisant affaires avec le supermarché, Scotsburn faisait affaires avec la société immobilière, il est impossible de conclure à l'existence d'un contrat entre eux. La coincidence de nom et le fait que M. Chapman soit propriétaire des deux

not, in themselves, sufficient to support a claim in contract against W.T. Goodwin Limited, a separate limited liability company. As the respondent has pointed out in its factum, if the 1965 real estate company had taken another name, Scotsburn would have no case. As well, if Goodwin's Discount Food Store Limited, which would appear to have been the company operating the supermarket, had attempted to resist an action for the price of the goods delivered to the supermarket on the basis that the invoices had been submitted to a different company, one bearing the name W.T. Goodwin Limited, I have little doubt the defence would have failed.

In my opinion, therefore, the Appellate Division correctly reversed the decision of the trial judge. Hallett J. erred in law in reaching the conclusion that the real estate company was the purchaser of the goods delivered to the Amherst store and that it was therefore responsible in contract to Scotsburn. The only reasonable inference to draw on the basis of the evidence tendered at trial is that a different company, Goodwin's Discount Food Store Limited was operating the Amherst supermarket and was contractually responsible for the goods delivered by Scotsburn. In any event, no evidence was presented by Scotsburn sufficient to discharge the burden of proof and allow the court to infer the existence of a contract between Scotsburn and W.T. Goodwin Limited.

Scotsburn might have made a claim against the original W.T. Goodwin Limited, the Amherst company, which it has throughout recorded on its books as debtor. That company was found by the Appellate Division to be now a "shell" company. Scotsburn might perhaps have had a claim against Goodwin's Discount Food Store Limited, the Sackville company. I am satisfied, however, that it does not have a claim against the real estate company. I would repeat that the personal liability of Mr. Chapman was not in issue in this Court nor in the Appellate Division. As well, Scotsburn has not pleaded nor argued in any court that the separate legal identities of the various Chapman companies should be ignored in favour of treating them as one corporate entity.

entreprises ne sont pas, en eux-mêmes, suffisants pour fonder une action contractuelle contre W.T. Goodwin Limited, une société à responsabilité limitée distincte. Comme l'intimée l'a signalé dans son mémoire, si la société immobilière avait choisi un autre nom en 1965, Scotsburn n'aurait pas de recours. De même, si Goodwin's Discount Food Store Limited, qui paraît avoir été la société qui exploitait le supermarché, avait invoqué comme défense à une action en paiement du prix des marchandises livrées au supermarché que les factures avaient été produites à une société différente, sous le nom de W.T. Goodwin Limited, je ne doute pas que cette défense aurait été rejetée.

À mon avis, la Division d'appel a donc eu raison d'infirmier la décision du juge de première instance. Le juge Hallett a commis une erreur de droit en concluant que la société immobilière était l'acquéreur des marchandises livrées au magasin d'Amherst et qu'en conséquence elle avait une obligation contractuelle envers Scotsburn. La seule conclusion raisonnable qu'on puisse tirer de la preuve soumise au procès est qu'une société différente, Goodwin's Discount Food Store Limited, exploitait le supermarché d'Amherst et avait engagé sa responsabilité contractuelle en raison des marchandises livrées par Scotsburn. De toute façon, Scotsburn n'a pas présenté de preuve suffisante pour s'acquitter du fardeau de la preuve et permettre à la cour de conclure à l'existence d'un contrat entre elle et W.T. Goodwin Limited.

Scotsburn aurait pu poursuivre la première société W.T. Goodwin Limited, la société d'Amherst, qu'elle avait inscrite comme sa débitrice dans toute sa comptabilité. La Division d'appel a conclu que cette société était maintenant une société «fantôme». Scotsburn aurait peut-être pu avoir une réclamation contre Goodwin's Discount Food Store Limited, la société de Sackville. Je suis convaincu cependant qu'elle n'a pas de réclamation contre la société immobilière. Je répète que la responsabilité personnelle de M. Chapman n'est pas en cause en cette Cour pas plus qu'en Division d'appel. De même Scotsburn n'a ni allégué, ni soutenu devant l'une ou l'autre cour qu'on ne devrait pas tenir compte de la personnalité juridique distincte des différentes sociétés Chapman pour les traiter comme une seule entité sociale.



Scotsburn's action in contract must fail. I would dismiss the appeal with costs to the respondent in this Court and in the courts below.

The reasons of Estey and Lamer JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The appellant (plaintiff) issued a claim against the respondent (defendant) for “the price of goods sold and delivered by the plaintiff to, for, and at the request of the defendant”. The respondent denies having “ordered or received goods” from the appellant. The defence, it will be noticed, does not match the entire breadth of the claim. The issue arises by reason of the fact that the appellant delivered supplies to a retail store in Amherst, Nova Scotia, located in a building owned by the respondent and in which the respondent had an office. The respondent says that it did not operate the store in question but rather that the store was operated by another company, Goodwin's Discount Food Store Limited, now bankrupt. The appellant answers this defence or explanation by stating that for fifteen years at least it delivered the goods in question, or similar goods, to this store and submitted its account to the respondent, which account the respondent caused to be paid throughout this lengthy period by cheques not clearly those of the respondent but not clearly those of a third party either. Throughout this period, the respondent did not ask the appellant to render its account other than to the respondent. Consequently, the appellant takes the position that the respondent either operated the store directly or did so through an agent, and that the appellant is entitled to look to the respondent to pay the account in question just as the respondent paid the appellant through the years.

The corporate history of the respondent does nothing to solve these factual problems. In 1939 a company, which for ease of reference I shall call Company One, was incorporated under the name W.T. Goodwin Limited. On August 6, 1965, Company One changed its name to Goodwin Supermarket Limited. On August 16, 1965 Company

L'action en responsabilité contractuelle de Scotsburn doit donc être rejetée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée en cette Cour et devant les cours d'instance inférieure.

Version française des motifs des juges Estey et Lamer

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—L'appelante (demanderesse) demande à l'intimée (défenderesse) le paiement du [TRADUCTION] «prix des marchandises que la demanderesse, à la demande de la défenderesse, a vendues et livrées à celle-ci pour son usage». L'intimée pour sa part nie avoir [TRADUCTION] «commandé ou reçu des marchandises» de l'appelante. On constate donc que la défense ne correspond pas entièrement à la demande. Le litige tire son origine du fait que l'appelante a livré des marchandises à un magasin de détail d'Amherst (Nouvelle-Écosse) qui se trouvait dans un immeuble appartenant à l'intimée qui y avait un bureau. L'intimée allègue que ce n'était pas elle qui exploitait le magasin en cause, mais plutôt une autre société, Goodwin's Discount Food Store Limited, maintenant en faillite. L'appelante répond à cette défense que, pendant au moins quinze ans, elle a livré les marchandises en question ou des marchandises de même nature à ce magasin et a présenté sa facture à l'intimée qui la faisait payer au cours de cette longue période par des chèques dont on ne peut dire avec certitude s'ils provenaient de l'intimée ou de quelqu'un d'autre. Pendant cette période, l'intimée n'a jamais demandé à l'appelante de remettre ses comptes à quelqu'un d'autre. Par conséquent, l'appelante prétend soit que l'intimée exploitait le magasin directement, soit qu'elle le faisait par l'intermédiaire d'un mandataire, de sorte qu'elle est en droit de s'adresser à l'intimée pour que cette dernière lui paie le compte en cause comme elle l'avait toujours fait.

C'est en vain qu'on cherche dans l'histoire de la société intimée des solutions aux problèmes posées par ces faits. En 1939 une société, que, par souci de commodité, j'appellerai la société n° 1, a été constituée sous la raison sociale W.T. Goodwin Limited. Le 6 août 1965, la société n° 1 a été rebaptisée Goodwin Supermarket Limited. Puis, le

Two was incorporated under the original name of Company One, that is W.T. Goodwin Limited. Company Two (the respondent) remains in existence and is the one mentioned earlier as owning the building in which the store is located and which occupied premises on the second floor of that building. By a contract dated May 1, 1972, Company One, renamed in 1965 Goodwin Supermarket Limited, entered into a contract to sell the assets of the Amherst store to Company Three incorporated on September 16, 1969 under the name Goodwin's Discount Food Store Limited, which company is now bankrupt. There is no evidence that this contract for the sale of assets was ever performed. There is no evidence as to whether Company One, renamed in 1965 Goodwin Supermarket Limited, is still in existence, and if so, whether it has any assets. A Mr. Atlee Chapman was the controlling shareholder in all three companies during all relevant times.

The issue in a nutshell can be put this way: did the respondent (Company Two) so conduct its affairs by causing the accounts directed to it by the appellant to be paid without any protest or any direction to the appellant to bill some other entity, such as Company Three (Goodwin's Discount Food Store Limited), so as to expose itself to liability for payment of the last unpaid invoices rendered by the appellant to the respondent? This issue seems to be one of high factual and low legal content.

The learned trial judge found that:

- (a) Neither the respondent (Company Two), its affiliated companies nor the controlling stockholder thereof ever notified the appellant of the 1965 reorganization involving the change of name of Company One and the establishment of a new company (Company Three) for the operation of the Amherst store;
- (b) At no time did the respondent, over a fifteen-year period, make objection to the appellant about the billing of the respondent for products supplied to the Amherst store;
- (c) Neither the appellant nor its personnel were directed to send the monthly statements to

16 août 1965, la société n° 2 a été constituée sous la raison sociale initiale de la société n° 1, c'est-à-dire W.T. Goodwin Limited. La société n° 2 (l'intimée) existe encore, étant celle-là même qui, comme nous l'avons déjà signalé, possède l'immeuble où se trouve le magasin et occupe des locaux au deuxième étage. Par un contrat en date du 1<sup>er</sup> mai 1972, la société n° 1, dont le nom a été changé en 1965 pour devenir Goodwin Supermarket Limited, s'est engagée à vendre l'actif du magasin d'Amherst à la société n° 3 constituée 16 septembre 1969 sous le nom de Goodwin's Discount Food Store Limited; cette société est maintenant en faillite. Rien n'indique que ce contrat ait jamais été exécuté. La preuve ne révèle pas non plus si la société n° 1, devenue en 1965 Goodwin Supermarket Limited, existe encore et, dans l'hypothèse où elle existerait, si elle a un actif quelconque. À toutes les époques en cause, un nommé Atlee Chapman détenait la majorité des actions de chacune des trois sociétés.

Voici en bref la question litigieuse: en faisant payer sans aucune protestation les comptes que l'appelante lui avait adressés et sans lui demander de les présenter à une autre entité telle que la société n° 3 (Goodwin's Discount Food Store Limited), l'intimée (la société n° 2) a-t-elle agi de telle manière qu'elle est tenue au paiement des dernières factures de l'appelante? Il semble s'agir là beaucoup plus d'une question de fait que d'une question de droit.

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

- a) Ni l'intimée (la société n° 2), ni ses sociétés affiliées ni l'actionnaire majoritaire de ces sociétés n'ont jamais avisé l'appelante de la réorganisation de 1965 par laquelle le nom de la société n° 1 a été changé et une société nouvelle (la société n° 3) constituée en vue de l'exploitation du magasin d'Amherst;
- b) Jamais au cours d'une période de quinze ans l'intimée ne s'est plainte à l'appelante d'avoir reçu les factures des produits fournis au magasin d'Amherst;
- c) Pendant toute la période de quinze ans en question, personne n'a dit à l'appelante ni à

anyone other than the respondent throughout the fifteen-year period in question;

- (d) The respondent was the purchaser of the goods delivered to the Amherst store by the appellant;
- (e) The reference on the delivery slips issued by the staff of the appellant to "Goodwin's" or "Goodwin's Supermarket, Amherst" is without significance as these documents were issued only to show the location where delivery was made.

The learned trial judge thereupon entered judgment against the respondent in the full amount of unpaid invoices, \$25,252.89, together with interest at the rate of 18 per cent per annum from October 3, 1980 to the date of judgment.

The Court of Appeal reversed the trial court and dismissed the action. After an analysis of some of the documentary and testimonial evidence, Cooper J.A. stated on behalf of the court [(1982), 53 N.S.R. (2d) 624, at p. 649]:

In the end one is left in a state of some apparent uncertainty as to what company or division thereof was operating the Amherst supermarket, but it seems to me upon consideration of the whole of the evidence that the business was being carried on by Goodwin's Discount Food Store Ltd.

The Court came to this conclusion partly because: It could not have been Goodwin's Supermarket Limited because, as I have said earlier in these reasons, that company had sold all its assets to the Discount Food company. Although there is no evidence that Goodwin's Supermarket Limited had been formally wound-up it thus had been succeeded by the Discount Food company.

As already noted, there is no evidence in the record in these proceedings to support this intermediate conclusion. The Court went on to conclude:

The only reasonable understanding I can gather from the evidence is that the Amherst supermarket was operated by Goodwin's Discount Food Store Ltd. as Goodwin's supermarket.

These proceedings commenced with a very simple, three-paragraph statement of claim, the

son personnel de faire parvenir les comptes mensuels à quelqu'un d'autre que l'intimée;

- d) C'est l'intimée qui avait acheté les marchandises livrées par l'appelante au magasin d'Amherst;
- e) Le fait que les bordereaux de livraison remis par le personnel de l'appelante portent la mention «Goodwin's» ou «Goodwin's Supermarket, Amherst» ne revêt aucune importance, puisque ces documents avaient pour seul fin d'indiquer le lieu de livraison.

Le savant juge de première instance a donc condamné l'intimée au paiement du montant intégral des factures impayées, soit 25 252,89 \$, ainsi que les intérêts au taux annuel de 18 pour 100 du 3 octobre 1980 à la date du jugement.

La Cour d'appel, infirmant la décision de première instance, a rejeté l'action. À la suite d'une analyse de certaines parties de la preuve, tant documentaire que testimoniale, le juge Cooper dit au nom de la cour [(1982), 53 N.S.R. (2d) 624, à la p. 649]:

[TRADUCTION] En dernière analyse, il subsiste apparemment quelque incertitude quant à la société ou division de société qui exploitait le supermarché d'Amherst, mais, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il me semble que c'était Goodwin's Discount Food Store Limited.

Voici en partie ce qui a motivé cette conclusion:

[TRADUCTION] Ce n'aurait pu être Goodwin's Supermarket Limited parce que, comme je l'ai déjà indiqué, elle avait vendu tout son actif à la société Discount Food. Bien que la preuve ne permette pas de conclure que Goodwin's Supermarket Limited ait été officiellement liquidée, il est certain que la société Discount Food lui a succédé.

Rappelons ici que le dossier en l'espèce ne contient aucun élément de preuve à l'appui de cette conclusion. La cour poursuit:

[TRADUCTION] La seule conclusion raisonnable que je puisse tirer de la preuve est que le supermarché d'Amherst était exploité par Goodwin's Discount Food Store Ltd. sous le nom de Goodwin's Supermarket.

La présente instance a commencé par une déclaration très simple de trois paragraphes que j'ai

essence of which I set out in opening these reasons. By the time these proceedings reached this Court, there remained only the single issue as to whether or not the respondent was liable to the appellant for the invoiced price of goods delivered by the appellant, the amount not being in issue.

There are some important ambiguities surrounding this transaction. For example, the evidence is unclear as to the name which appeared on the Amherst store. A photograph in the evidence indicates a sign over the door bearing only the name "Goodwin's". The cheques issued in payment of the products delivered by the appellant were drawn on a printed form, the heading of which read:

GOODWIN'S DISCOUNT FOOD STORE  
LTD.  
and/or  
GOODWIN'S SUPERMARKET  
... Amherst, N.S.

There is nothing in the record to indicate whether the bankrupt company, or Company One or Company Two, or the controlling shareholder, ever registered or otherwise adopted the firm name or style of "Goodwin's Supermarket". The heading on the cheque, therefore, is ambiguous as to whether or not it makes reference to one or more than one entity, personal or legal.

The signature on the cheques was, throughout the period, that of Chapman, the controlling or sole stockholder of the various corporations. His signature appears below the words "Goodwin's Supermarket". There is no evidence as to the owner of the bank account against which these cheques were drawn. Mr. Chapman did not testify, although he was available in the courtroom for either party to call. He did submit to examination for discovery, and parts of that examination were read into the record. Under his signature appears the word "President" and below that is a blank line below which appear the words "Secretary-Treasurer". No banking records of any entity were included in the record to indicate the source of funds for these payments to the appellant for the products delivered to the Amherst store. The bill-

repris en substance au début de ces motifs. Lorsque le litige est parvenu devant cette Cour la seule question à trancher était celle de savoir si l'intimée était tenue de payer à l'appelante le prix facturé des marchandises livrées par celle-ci; le montant n'est pas contesté.

L'opération en cause comporte des ambiguïtés importantes. Mentionnons à titre d'exemple le caractère équivoque de la preuve quant au nom affiché sur le magasin d'Amherst. On a produit en preuve une photographie indiquant qu'il y avait au-dessus de la porte une enseigne portant uniquement le nom «Goodwin's». Les chèques émis en paiement des produits livrés par l'appelante consistaient en une formule imprimée sur laquelle figurait l'en-tête suivant:

[TRADUCTION] GOODWIN'S DISCOUNT  
FOOD STORE LTD.  
et/ou  
GOODWIN'S SUPERMARKET  
... Amherst (N.-É.)

Rien dans le dossier ne révèle si la société faillie, la société n° 1, la société n° 2 ou leur actionnaire majoritaire a jamais enregistré ou autrement adopté la raison sociale de «Goodwin's Supermarket». On ne voit donc pas clairement si l'en-tête du chèque vise une ou plus d'une entité, physique ou morale.

Au cours de la période en cause, c'était Chapman, l'actionnaire majoritaire ou l'unique actionnaire des différentes sociétés, qui signait les chèques. Sa signature est apposée en dessous des mots «Goodwin's Supermarket». La preuve n'établit pas l'identité du titulaire du compte en banque sur lequel ces chèques étaient tirés. M. Chapman n'a pas témoigné, bien qu'il fût présent à l'audience et eût pu être cité par l'une ou l'autre partie. Il a toutefois subi un interrogatoire préalable et des extraits de sa déposition ont été versés au dossier. En dessous de sa signature est inscrit le mot «Président» suivi d'une ligne en blanc au-dessous de laquelle on lit «Secrétaire-trésorier». Le dossier ne contient aucun relevé bancaire tendant à établir la provenance des fonds utilisés pour payer les produits livrés par l'appelante au magasin d'Am-

ing documents throw no light on the problem. The invoice in the evidence is a blank document. However, counsel agreed in this Court that extracts from the accounts of the appellant, which were filed, formed a part of the invoices rendered on the form in question by the appellant to the respondent, and that by reading these two exhibits together the Court can construct the form and content of the invoices rendered by the appellant for its deliveries to the Amherst store.

Faced with all these ambiguities, the learned trial judge made the findings of fact which have been set out above. The first consideration is whether or not a Court of Appeal in such a circumstance may effectively reverse these findings and ultimately the outcome of these proceedings. Some of the findings are, of course, inferences drawn from testimony and the documentary evidence. It is trite to observe that a Court of Appeal, where credibility is not an issue and particularly where documents are the basis of the finding, is in as good a position to draw inferences and to construe documents as is the court of first instance. Such I believe to be the case where the learned trial judge found that the purchaser of the goods in question was the respondent. This was an inference drawn from a number of facts and circumstances already set forth. Here the Court of Appeal reasoned that the bankrupt company was the operator of the store, and was therefore the purchaser of the goods in question. This reasoning was based on the fact that the bankrupt company (Company Three) acquired the assets of the store from Company One. This was fundamental to the conclusion reached by the Court of Appeal. As there is no evidence that such a transfer actually occurred, it brings into question, as a matter of law, the reversal by the appellate court of the findings and conclusions reached by the trial judge.

There are other considerations revealed in the judgments which likewise do not support this intervention by the Court of Appeal. One such example is the cheque form. The identity in law of the payor is left in doubt. The respondent tendered only the cancelled cheques in evidence without

herst. Les factures ne nous éclairent pas plus sur le problème car la seule facture produite en preuve est vierge. Cependant, les avocats ont convenus en cette Cour que les extraits des comptes de l'appellante, qui ont été produits en preuve, faisaient partie des factures présentées par l'appelante à l'intimée sur la formule en question et que la lecture de ces deux pièces ensemble peut permettre à la Cour d'établir la forme et le contenu des factures établies par l'appelante pour les livraisons faites au magasin d'Amherst.

Devant toutes ces ambiguïtés, le savant juge de première instance est arrivé aux conclusions de fait énoncées précédemment. Or, la première question qui se pose est de savoir si une cour d'appel peut, en pareil cas, effectivement rejeter ces conclusions et, par conséquent, changer l'issue des procédures. Certaines des conclusions consistent évidemment en des inférences tirées des témoignages et de la preuve documentaire. Il va sans dire que, lorsque la crédibilité n'est pas en cause et particulièrement lorsque la conclusion est fondée sur des documents, une cour d'appel est aussi bien placée qu'une cour de première instance pour faire des inférences et pour interpréter des documents. Il en est ainsi, je crois, de la conclusion du savant juge de première instance que c'est l'intimée qui a acheté les marchandises en question. Il s'agit là d'une conclusion tirée de plusieurs faits et circonstances déjà exposés. En l'espèce, la Cour d'appel a estimé que la société faillie exploitait le magasin et donc qu'elle était l'acheteur desdites marchandises. Ce raisonnement s'appuie sur le fait que la société faillie (la société n° 3) a acquis l'actif du magasin de la société n° 1. C'est un élément fondamental de la conclusion de la Cour d'appel. Comme la preuve ne démontre pas la réalité de ce transfert, on peut se demander si, en droit, la Cour d'appel a eu raison de rejeter les conclusions du premier juge et d'infirmer sa décision.

Il y a dans les jugements d'autres considérations qui militent également contre cette intervention de la Cour d'appel. La formule de chèque en est un exemple, car elle laisse planer un doute sur l'identité en droit du payeur. L'intimée n'a produit en preuve que les chèques payés, sans indiquer à qui

explanation as to the ownership of the funds in the account upon which such cheques were drawn. There was no explanation as to the ownership of the trading name exposed at the top and bottom of the cheque. This, coupled with the name on the front of the store, raises considerable doubt as to the identity of the payor. The Court of Appeal concluded otherwise at p. 649, stating: "The cheque forms . . . in my view bear this out". In my view, this places too great a strain upon the documentary evidence, particularly where there is no support in the testimony for any such conclusion. Under some circumstances, of course, an appellate tribunal would be justified in substituting its conclusion or inferences for those of the trial court. Where this is done in the absence of supporting evidence, the appellate intervention may be set aside.

A more difficult question is raised in the second issue advanced by the appellant, namely: is the appellant entitled in law to call upon the respondent to pay, whether or not the respondent is the purchaser of the products in question, where the respondent, in these circumstances, "permitted the Appellant to treat it as if it were the purchaser, itself alone knowing the true state of affairs . . ." We were referred to the judgment of Solomon J. of the Court of Queen's Bench of Manitoba, in *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119 (Man. Q.B.) The Court was there confronted with an interlocking or association of companies to which the plaintiff had supplied services. The companies were commonly owned and jointly managed with common directors. The defence raised was much the same as that advanced by the respondent here. In finding judgment for the plaintiff, the learned trial judge stated:

When partners like Burshtein and Junghans decide to operate two inter-related companies from the same office there is a very heavy onus on them to prove they were dealing on any given occasion in the name of the company for whom they claim they were dealing. I find defendant has failed to discharge that onus.

appartenaient les fonds dans le compte sur lequel les chèques ont été tirés. On n'a pas non plus fourni de précisions sur le propriétaire du nom commercial figurant en haut et au bas du chèque. Si l'on tient compte aussi du nom affiché à la devanture du magasin, l'identité du payeur est fort incertaine. Pourtant, tel n'a pas été l'avis de la Cour d'appel qui a conclu à la p. 649: [TRADUCTION] «À mon sens, cela est confirmé par les formules de chèque . . . » Or, j'estime que cette conclusion est difficilement conciliable avec la preuve documentaire, d'autant plus qu'il s'agit d'une conclusion non appuyée par les témoignages. Bien sûr, dans certaines circonstances, un tribunal d'appel peut à bon droit substituer ses propres conclusions ou inférences à celles de la cour de première instance. Toutefois, en l'absence de preuves à l'appui, la décision du tribunal d'appel peut être infirmée.

La seconde question soulevée par l'appelante est plus complexe. Il s'agit de la question de savoir si l'appelante est autorisée en droit à exiger que l'intimée paie, peu importe que celle-ci soit ou non l'acheteur des produits en cause, lorsque l'intimée [TRADUCTION] «étant seule à connaître la situation véritable, s'est laissée traiter comme l'acheteur par l'appelante . . . » On nous a cité l'affaire *Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd.*, [1976] W.W.D. 119 (B.R. Man.), qu'a rendue le juge Solomon de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. La situation qui se présentait à la cour dans cette affaire était celle de sociétés liées ou associées entre elles à qui la demanderesse avait fourni des services. Les sociétés appartenaient au même propriétaire et leur gestion était assurée par des administrateurs communs. On a invoqué sensiblement le même moyen de défense que celui soulevé par l'intimée en l'espèce. Le savant juge de première instance a statué en faveur de la demanderesse, disant ce qui suit:

[TRADUCTION] Quand des associés comme Burshtein et Junghans décident d'exploiter depuis le même bureau deux sociétés reliées, une charge très lourde leur incombe de prouver que, dans un cas donné, ils agissaient effectivement pour la société au nom de laquelle ils prétendent avoir agi. Je conclus que la défenderesse n'a pas rempli son obligation à cet égard.

It is, of course, vital to the outcome of any proceeding where the evidence is unclear to determine whether the onus falls upon the vendor or the purchaser to establish liability. In an older case in the courts of Nova Scotia, *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626, a like result was reached, where a defendant had ordered goods and accepted delivery without informing the plaintiff-supplier that he intended to do so on behalf of a company. The court held that as the defendant had originally ordered the articles and allowed the plaintiff to continue to manufacture and deliver them to him under the conviction that he was the person primarily liable, he could not later rid himself of that liability.

The key question in these circumstances is whether or not, by any principle or doctrine, the respondent company should be found liable to the appellant whether or not it is in law the purchaser of these goods. Such liability might arise, for example, had the respondent, for its own benefit, over a lengthy period of time, arranged for the delivery of supplies by the appellant to the Amherst store under an arrangement whereby the appellant could look to the respondent for payment, either directly or indirectly. Estoppel is not pleaded, nor is the doctrine of acquiescence; and in any case neither party appears to have advanced either doctrine at trial in support of their position. However, what arises squarely from the evidence is the simple concept of contract. The learned trial judge made the five findings of fact summarized earlier. These findings of fact and the inferences inextricably entangled therein construct the simple factual outline of a unilateral contract. The respondent, either as the proprietor or the directing mind of a mini-conglomerate of companies, directed the sequence of purchase, receipt and payment. The appellant constantly responded to this repeated invitation by conduct, and for fifteen years the arrangement operated on this basis, presumably profitably to all participants. When it became convenient for the respondent so to do, namely upon the intervention of the bankruptcy of the discount company, the respondent sought to shed the heretofore comfortable harness of this contractual arrangement. By this time, however,

Bien entendu, dans toute procédure où la preuve est une preuve équivoque, il est capital pour l'issue de l'affaire de déterminer s'il incombe au vendeur ou à l'acheteur d'établir la responsabilité. Dans une vieille décision néo-écossaise *Starr Manufacturing Co. v. Spike* (1893), 40 N.S.R. 626, la cour est arrivée à la même conclusion. Le défendeur avait commandé des marchandises et en avait accepté la livraison sans informer la demanderesse-fournisseuse qu'il le faisait au nom d'une société. La cour a jugé que, comme le défendeur avait initialement commandé les articles et permis à la demanderesse de continuer à les fabriquer et à les livrer dans la conviction que c'était principalement lui qui portait la responsabilité, ne pouvait par la suite se dégager de cette responsabilité.

La question vitale dans ces circonstances est de savoir s'il existe un principe ou une théorie en vertu duquel la société intimée doit être déclarée responsable envers l'appelante, peu importe qu'elle soit ou non, en droit, l'acheteur des marchandises en cause. L'intimée pourrait être responsable, par exemple, si elle avait organisé à son propre profit et sur une longue période la livraison de fournitures par l'appelante au magasin d'Amherst en vertu d'une entente selon laquelle l'appelante pouvait s'adresser, soit directement soit indirectement, à l'intimée pour se faire payer. On ne plaide ni l'irrecevabilité ni l'acquiescement; de toute façon, aucune des parties ne semblent avoir plaidé l'une ou l'autre de ces théories au procès pour appuyer leur position. Toutefois, il ressort clairement de la preuve qu'il s'agit simplement de la notion de contrat. Le savant juge de première instance a tiré les cinq conclusions de fait résumées précédemment. Ces conclusions de fait ainsi que les inférences qui en font partie intégrante permettent de déceler les éléments de fait d'un contrat unilatéral. L'intimée, en sa qualité de propriétaire ou d'âme dirigeante d'un mini-conglomérat de sociétés, a organisé l'achat, la réception et le paiement. Cette conduite constituait une invitation renouvelée que l'appelante a continué d'accepter; cet état de choses a duré pendant quinze ans, probablement au profit de tous les participants. Lorsque la société de vente au rabais a fait faillite, cette situation ne convenait plus à l'intimée et elle a cherché à se libérer d'un contrat devenu mainte-

the appellant had supplied some \$25,000 in products ordered by the respondent or its affiliates. It was too late in fact and in law for the respondent to change the system.

The outline of the unilateral contract in its classic form is found in the case of *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1892] 2 Q.B. 484. Since that time contracts founded upon offers calling for acceptance by action have been commonplace. *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 9., § 206, p. 82 makes clear that conduct of a party can amount in law to offer or acceptance.

The promises of any contracting party may be express, or may be inferred by implication from his conduct.

In *Williston on Contracts* (3rd ed. 1957), vol. 1, §36, pp. 100-01, it is stated:

**§36. Offers Implied in Fact; Contracts for Services.** An offer need not be stated in words. Any conduct from which a reasonable person in the offeree's position would be justified in inferring a promise in return for a requested act or a requested promise by the offeree amounts to an offer.

The *Restatement of the Law of Contracts* (2d) states, at p. 14:

4. How a Promise May Be Made

A promise may be stated in words either oral or written, or may be inferred wholly or partly from conduct.

More specifically, in *Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, §566, pp. 312-13, the learned author writes:

When services are rendered to a third person at the request of the defendant, it is a question of fact whether the defendant was acting merely as the third person's agent, or as a mere informant of the third person's need for services, or as one who is by implication promising to pay for the services himself. If the request and the surrounding circumstances make it reasonable for the plaintiff to believe that the request is an offer of a promise to pay, and he does so believe, there is an implied contract. [Emphasis added.]

nant trop onéreux. Mais, l'appelante avait déjà, à ce moment-là, fourni pour environ 25 000 \$ de produits commandés par l'intimée ou ses sociétés affiliées. Donc, en fait et en droit, il était trop tard pour que l'intimée change de procédé.

C'est dans l'arrêt *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1892] 2 Q.B. 484, qu'on trouve l'énoncé classique du contrat unilatéral. Depuis lors, on voit souvent des contrats fondés sur des offres dont l'acceptation doit se faire par l'accomplissement d'un acte quelconque. *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 9, § 206, à la p. 82, établit clairement que la conduite d'une partie peut constituer en droit une offre ou une acceptation.

[TRADUCTION] Les promesses d'une partie contractante peuvent être expresses ou se dégager implicitement de sa conduite.

Dans *Williston on Contracts* (3rd ed. 1957), vol. 1, §36, aux pp. 100 et 101, on trouve ceci:

[TRADUCTION] **§36. Offres découlant implicitement des faits; contrats de services.** Point n'est besoin qu'une offre soit formulée explicitement. Constitue une offre toute conduite qui amènerait une personne raisonnable dans la situation du destinataire de l'offre à conclure à l'existence d'une promesse faite en contrepartie d'un acte accompli ou d'une promesse faite à la demande du destinataire de l'offre.

Dans *Restatement of the Law of Contracts* (2d), on peut lire, à la p. 14:

[TRADUCTION] 4. Comment faire une promesse

Une promesse peut être formulée oralement ou par écrit ou elle peut être inférée en totalité ou en partie d'une conduite.

Le savant auteur de *Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, §566 est plus explicite. Aux pages 312 et 313, il écrit:

[TRADUCTION] Lorsque des services sont fournis à un tiers à la demande du défendeur, la question de savoir si ce dernier agissait simplement en tant que mandataire du tiers, ou s'il n'a fait que signaler son besoin de services ou s'il a implicitement promis de payer lui-même les services est une question de fait. Si la demande et les circonstances qui l'entourent justifient que le demandeur croie que la demande constitue une offre de promesse de payer et qu'il le croie effectivement il y a un contrat implicite. [C'est moi qui souligne.]



Each case must, in essence, turn upon a consideration of its own particular facts. However, it is of note that the courts have not shied away from finding a unilateral contract where the facts appropriately support one. In *Frankel Structural Steel Ltd. v. Goden Holdings Ltd.*, [1971] S.C.R. 250, 16 D.L.R. (3d) 736, varying (1969), 5 D.L.R. (3d) 15 (Ont. C.A.), a supplier of steel sought recovery on the balance of an account, for steel supplied to a builder, from a financier of the builder and the financier's solicitors. The builder, the purchaser of the steel, had arranged for interim financing of a building project from the defendant financier. The financing, in the form of a building mortgage, contained the familiar provisions that its preparation, execution or registration did not oblige the mortgagee to advance any part of the mortgage principal and that any advances were to be in the discretion of the mortgagee according to the progress of the building. The builder had arranged with the plaintiff for a supply of steel. However, the plaintiff-supplier wanted assurances of payment. As a result, the builder arranged for direct contact between the plaintiff-supplier and the solicitors representing the financier (the defendants). The plaintiff received oral assurances that its account would be paid out of the funds dispensed under the mortgage as well as a copy of a direction from the builder to the financier and its solicitors purporting to authorize the financier to pay out to the plaintiff-supplier funds sufficient to pay for all deliveries of steel. When the builder was unable to pay on the account, the supplier turned to the financier and its solicitors. In both the Ontario Court of Appeal and this Court, liability of the financier was placed upon the basis of unilateral contract. Laskin J.A. (as he then was) stated in his reasons at the Court of Appeal, at pp. 23-24:

I do not, however, find it necessary in the present case to consider, either in principle or on the decided cases here or elsewhere, whether the doctrine of promissory estoppel, may be used, in whole or in part, as a sword rather than as merely a shield: see Spencer Bower and

Chaque cas est essentiellement un cas d'espèce. Il est toutefois à noter que les tribunaux n'ont jamais hésité à conclure à l'existence d'un contrat unilatéral chaque fois que les faits le permettaient. Dans l'arrêt *Frankel Structural Steel Ltd. v. Goden Holdings Ltd.*, [1971] R.C.S. 250, 16 D.L.R. (3d) 736, modifiant (1969), 5 D.L.R. (3d) 15 (C.A. Ont.), un fournisseur d'acier a cherché à recouvrer du bailleur de fonds du constructeur et des avocats du bailleur de fonds le solde impayé d'un compte visant l'acier livré audit constructeur. Le constructeur, qui était l'acheteur de l'acier, avait obtenu que le bailleur de fonds défendeur finance un projet de construction. Ce financement provisoire a pris la forme d'une hypothèque sur la construction qui contenait les dispositions d'usage, savoir que sa préparation, son exécution ou son enregistrement n'engageait nullement le créancier hypothécaire à avancer quelque partie du capital et que toute avance devait s'effectuer au gré du créancier hypothécaire suivant la progression des travaux. Le constructeur avait conclu avec la demanderesse un contrat en vue de la fourniture d'acier. La fournisseuse demanderesse tenait toutefois à ce qu'on lui garantisse le paiement. Pour cette raison, le constructeur a fait en sorte qu'il y ait un contact direct entre la fournisseuse demanderesse et les avocats du bailleur de fonds (les défendeurs). On a donné à la demanderesse des assurances verbales que son compte serait payé à même les fonds provenant de l'hypothèque; elle a reçu en outre copie d'une directive du constructeur adressée au bailleur de fonds et à ses avocats, qui paraissait autoriser ledit bailleur de fonds à avancer à la fournisseuse-demanderesse des fonds suffisants pour payer tout l'acier livré. Lorsque le constructeur n'a pu payer les comptes, la fournisseuse a essayé d'obtenir paiement du bailleur de fonds et de ses avocats. Aussi bien en Cour d'appel de l'Ontario qu'en cette Cour, on a conclu que l'obligation de payer qui incombait au bailleur de fonds découlait d'un contrat unilatéral. Le juge Laskin de la Cour d'appel (tel était alors son titre) déclare dans ses motifs, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] J'estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner si, selon la doctrine ou selon la jurisprudence de cette cour ou de toute autre cour, le principe de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut servir en totalité ou en partie comme moyen

Turner, *Estoppel by Representation*, 2nd ed., c. XIV. There is a well-worn path to the conclusion I would reach in this case, and I need not mark out or tread upon a new one. I am of the opinion that the facts accepted by the trial Judge support the establishment of a contract between Frankel and Goden; in elementary terms, a unilateral contract arising out of a promise to pay for steel delivered to Hyacinthine. The act, having been performed, the promise became enforceable. I am not troubled in this case by any such questions as whether the promise would be enforceable if it were withdrawn before delivery of the steel was completed, or whether it would be enforceable in respect of partial delivery without having been withdrawn.

In this Court, not only was Laskin J.A.'s reasoning adopted, liability was further extended to the defendant solicitors, Gotfrid and Dennis. After quoting from the latter part of the passage set out above, Judson J. concluded at pp. 254-55 (S.C.R.) and 739 (D.L.R.):

I am in entire agreement with these reasons as far as they go but I do not accept the conclusion reached in another part of the reasons that Frankel, through Harrison, dealt with Burnett not as representing Gotfrid & Dennis personally but as representing them as solicitors for Goden.

*Frankel* is not an exact picture parallel to the present case. It demonstrates that when the facts are appropriate, liability may be founded upon the simple concept of unilateral contract and one need not go through the gymnastics of more elaborate legal reasoning. Accordingly, upon the facts as outlined above, the respondent is contract-bound to pay the indebtedness upon the basic principles of the law of contract. If any amplification of these evidentiary results is required, return to the pleadings is sufficient. The appellant pleads entitlement against the respondent because the respondent had set in motion a program for the ordering of goods and for the payment therefor, either directly by the respondent or through its corporate group. The only denial pleaded by the respondent is that the respondent did not "order or receive" the goods. This is no answer either in law or in simple language to a request for payment because of action taken by the appellant at the request of the

d'attaque plutôt que comme simple moyen de défense: voir Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, 2<sup>e</sup> éd., chap. XIV. Je peux arriver à la conclusion que je me propose de tirer en l'espèce en suivant des sentiers battus; il n'est donc pas besoin de tracer une voie nouvelle. Je suis d'avis que les faits retenus par le juge de première instance étayaient l'établissement d'un contrat entre Frankel et Goden; en termes élémentaires, un contrat unilatéral découlant d'une promesse de payer pour l'acier livré à Hyacinthine. Livraison faite, la promesse devenait exécutoire. En l'occurrence, je ne me soucie pas de considérations telles que, par exemple, la question de savoir si la promesse serait exécutoire si elle était retirée avant la livraison complète de l'acier, ou si elle serait exécutoire en cas de livraison partielle sans avoir été retirée.

Cette Cour a non seulement adopté le raisonnement du juge Laskin, mais elle a en outre conclu à la responsabilité des avocats défendeurs, Gotfrid et Dennis. Ayant cité la dernière partie du passage reproduit ci-dessus, le juge Judson conclut, aux pp. 254 et 255 (R.C.S.) et à la p. 739 (D.L.R.):

Je suis tout à fait d'accord avec ces motifs, pour ce qui est de ces points-là, mais je n'accepte pas la conclusion énoncée dans une autre partie des motifs, savoir: Frankel, par l'intermédiaire d'Harrison traitait avec Burnett non à titre de représentant personnel de Gotfrid & Dennis mais à titre de représentant de ceux-ci en tant que procureurs de Goden.

L'arrêt *Frankel* ne correspond pas exactement à la présente affaire. Il établit que, quand les faits le justifient, la responsabilité peut être fondée sur la simple notion de contrat unilatéral, sans qu'il soit nécessaire de procéder par un raisonnement juridique plus subtil. Cela étant, d'après les faits déjà exposés, l'intimée a une obligation contractuelle de payer la dette en vertu des principes fondamentaux du droit des contrats. Si besoin est de confirmer ces résultats fondés sur la preuve, on n'a qu'à se reporter aux actes de procédure. L'appelante prétend avoir le droit de se faire payer par l'intimée parce que celle-ci a mis à exécution un plan en vue de la commande et du paiement de marchandises, soit directement par elle-même, soit par l'intermédiaire du groupe de sociétés dont elle faisait partie. Face à cette allégation, l'intimée nie simplement avoir [TRADUCTION] «commandé ou reçu» les marchandises. Cela ne constitue ni en droit ni dans la langue courante un moyen de défense opposable

respondent which, to the knowledge of the respondent, created indebtedness in the respondent or its affiliates, which indebtedness the respondent had retired for fifteen years.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore in its place the judgment at trial, all with costs here and below.

*Appeal dismissed with costs, ESTEY and LAMER JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Patterson, Smith, Matthews & Grant, Truro.*

*Solicitors for the respondent: Archibald, Morley & Pare, Amherst.*

à une demande de paiement fondée sur des actes accomplis par l'appelante à la demande de l'intimée lorsque cette dernière savait que lesdits actes avaient pour effet de créer une dette chez elle ou ses sociétés affiliées, dette dont elle s'était acquittée pendant quinze ans.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ESTEY et LAMER sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Patterson, Smith, Matthews & Grant, Truro.*

*Procureurs de l'intimée: Archibald, Morley & Pare, Amherst.*

**Hershey Rosen** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16164.

1985: January 24; 1985: February 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Verdicts finding fraud, fraudulent conversion of trust funds by trustee, and theft — Verdicts upheld on appeal — Whether or not error in upholding verdicts incompatible and contradictory in fundamental reasons.*

*Mechanics' liens — Trustee — Whether or not appellant trustee as defined by the Mechanics' Lien Act.*

Appellant was convicted of (1) fraud, (2) converting with fraudulent intent trust funds, held for the benefit of workers and suppliers and for which he was a trustee, to a use not authorized by the trust, and (3) stealing funds exceeding two hundred dollars. The Court of Appeal upheld the convictions. At issue here was (1) whether or not appellant was a trustee within the definition of *The Mechanics' Lien Act*, and therefore, under the *Criminal Code*, and (2) whether or not the Court of Appeal erred in law by upholding verdicts that were incompatible and contradictory in their fundamental reasons.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

Appellant was not a trustee and the conviction of breach of trust could not be supported on that basis. Although appellant needed not be a trustee to commit the offence of breach of trust, the Crown, in that it charged appellant with "being a trustee", undertook to prove that averment. To find otherwise would mislead the accused, not as regards the offence he committed, but as regards the *actus reus* the Crown was undertaking to prove.

The other convictions stood. No conflict remained, if any had existed, between the convictions for theft and fraud. The fraud was committed and consummated prior to the commencement of the theft.

**Hershey Rosen** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 16164.

1985: 24 janvier; 1985: 21 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Verdicts de fraude, de vol et de détournement frauduleux par le fiduciaire de fonds détenus en fiducie — Confirmation des verdicts en appel — A-t-on commis une erreur en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires?*

*Privilèges de constructeur — Fiduciaire — L'appellant est-il un fiduciaire au sens de la Mechanics' Lien Act?*

L'appellant a été déclaré coupable (1) de fraude, (2) de détournement frauduleux de fonds, dont il était fiduciaire pour le bénéfice d'ouvriers et de fournisseurs, pour en faire un usage non autorisé par la fiducie et (3) de vol d'une somme supérieure à 200 \$. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si l'appellant était fiduciaire selon la définition de ce terme dans la *Mechanics' Lien Act* et, par voie de conséquence, selon le *Code criminel* et (2) si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

L'appellant n'était pas fiduciaire et la déclaration de culpabilité pour abus de confiance ne peut être justifiée pour cette raison. Même s'il n'était pas nécessaire que l'appellant soit fiduciaire pour commettre l'infraction d'abus de confiance, la poursuite, en inculquant l'appellant «à titre de fiduciaire», a entrepris de prouver cette allégation. Conclure autrement induirait l'accusé en erreur non pas quant à l'infraction qu'il a commise, mais quant à l'*actus reus* que la poursuite s'est engagée à prouver.

Les autres déclarations de culpabilité sont maintenues. Il ne subsiste pas de conflit, à supposer qu'il y en ait déjà eu, entre les déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude. La fraude a été commise et terminée avant le commencement de la perpétration du vol.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 296.

*Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, am. 1975 (Ont.), c. 43.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from convictions in the county court before Locke Co. Ct. J. Appeal allowed in part.

*Léo-René Maranda*, for the appellant.

*J. Douglas Ewart*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The appellant, Mr. Rosen, was indicted and convicted in County Court in Ontario by Locke Co. Ct. J. of the following counts:

1. HERSHEY ROSEN stands charged that he during the years 1974, 1975, 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, and elsewhere in the Province of Ontario, by deceit, falsehood or other fraudulent means, defrauded Benjamin Pape Associates Limited, Heller-Natofin (Ontario) Limited, and the Bank of Nova Scotia of property or funds or other valuable securities having a value of \$1,200,000.00 in money more or less, by representing that the said property or funds or other valuable securities would be used for construction of buildings, on Whiteoaks Boulevard and Marlborough Drive in Oakville, Ontario, by Greater National Building Corporation, contrary to the Criminal Code.
2. HERSHEY ROSEN stands further charged that he during the years 1974, 1975 and 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, and elsewhere in the Province of Ontario being a trustee of funds for the use or benefit of workmen and suppliers of materials to residential buildings being constructed in Oakville, Ontario converted, with intent to defraud and in violation of the trust, the said funds to a use that was not authorized by the trust, contrary to the Criminal Code.
3. HERSHEY ROSEN stands further charged that he during the years 1974, 1975 and 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York and elsewhere in the Province of Ontario stole funds, the property of Greater National Building Corporation, of a value exceeding two hundred dollars, contrary to the Criminal Code.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art 296.

*Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, mod. par 1975 (Ont.), chap. 43.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Locke de la Cour de comté. Pourvoi accueilli en partie.

*Léo-René Maranda*, pour l'appellant.

*J. Douglas Ewart*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—L'appellant, M. Rosen, a été inculpé et déclaré coupable par le juge Locke de la Cour de comté de l'Ontario relativement aux chefs d'accusation suivants:

- [TRADUCTION] 1. HERSHEY ROSEN est accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, par supercherie, mensonge et autre moyen dolosif, frustré Benjamin Pape Associates Limited, Heller-Natofin (Ontario) Limited et la Banque de Nouvelle-Écosse de biens, de sommes d'argent ou d'autres valeurs estimés à 1 200 000 \$, en faisant valoir que lesdits biens, sommes d'argent ou autres valeurs serviraient à la construction d'édifices sur le boulevard Whiteoaks et la promenade Marlborough, à Oakville (Ontario), par Greater National Building Corporation, contrairement au *Code criminel*.
2. HERSHEY ROSEN est de plus accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, à titre de fiduciaire de sommes à l'usage ou pour le bénéfice d'ouvriers et de fournisseurs de matériaux pour des édifices résidentiels en construction à Oakville (Ontario), dans l'intention de frauder et en violation de la fiducie, détourné lesdites sommes à un usage non autorisé par la fiducie, contrairement au *Code criminel*.
3. HERSHEY ROSEN est de plus accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, volé des fonds appartenant à Greater National Building Corporation et dont la valeur dépasse deux cents dollars, contrairement au *Code criminel*.

Mr. Rosen's appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. There were no reasons given. The appellant was granted leave to this Court on the following two questions of law:

1. Did the Honourable Court of Appeal of Ontario err in law in holding that the appellant was a trustee within the definition of trustee in the *Mechanics' Lien Act* (R.S.O. 1970, c. 267, as amended by S.O. 1975, c. 43) and therefore under the *Criminal Code*?
2. Did the Honourable Court of Appeal of Ontario err in law by upholding verdicts that are incompatible and self-contradictory in their fundamental reasons?

As regards the count of "breach of trust", the respondent says the conviction should be upheld on the basis that Rosen was "a trustee" or, alternatively, on the basis that he was an "aider and abettor" to Greater National Building Corporation. We are all of the view that Rosen was not a trustee, and the conviction cannot be supported on that basis.

However, the appellant needed not be a trustee to commit the offence of breach of trust. By causing the trustee company to breach its trust he, by the operation of s. 21 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, could have committed the offence. But he was not charged with that offence in that way, but with that of breach of trust, "being a trustee". Having charged the appellant with "being a trustee", the Crown thereby undertook to prove that averment.

There is no doubt as to the soundness of the proposition that an aider and abettor may be charged and convicted as a principal. Mr. Rosen, charged with breach of trust could have stood convicted. But if particulars are volunteered or ordered by the Court, they must be met. To find otherwise is, in most cases and is in this case, to mislead an accused, not as regards the offence he committed, but as regards the *actus reus* the Crown is undertaking to prove. That conviction should therefore be quashed.

L'appel interjeté par M. Rosen à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. La Cour n'a pas fourni de motifs. L'appellant a reçu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour relativement aux deux

a questions de droit suivantes:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'appellant était un fiduciaire selon la définition de ce terme dans la *Mechanics' Lien Act* (R.S.O. 1970, chap. 267, modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43) et par voie de conséquence selon le *Code criminel*?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires?

Quant au chef d'accusation d'«abus de confiance», l'intimée soutient qu'il faut confirmer la déclaration de culpabilité parce que Rosen était «fiduciaire» ou, subsidiairement, parce qu'il a été le «complice» de Greater National Building Corporation. Nous sommes tous d'avis que Rosen n'était pas fiduciaire et que la déclaration de culpabilité ne peut être justifiée pour cette raison.

Toutefois, il n'était pas nécessaire que l'appellant soit fiduciaire pour commettre l'infraction d'abus de confiance. En faisant en sorte que la compagnie fiduciaire commette un abus de confiance, il se peut qu'il ait, en application de l'art. 21 du *Code criminel*, commis l'infraction. Mais il a été accusé non pas d'avoir commis l'infraction de cette manière, mais d'avoir commis un abus de confiance «à titre de fiduciaire». Ayant inculpé l'accusé «à titre de fiduciaire», la poursuite a entrepris de prouver cette allégation.

Il n'y a pas de doute quant à la justesse de la proposition selon laquelle un complice peut être accusé et déclaré coupable autant que l'auteur principal. M. Rosen aurait pu être déclaré coupable de l'abus de confiance dont il était accusé. Cependant, si des détails sont fournis de plein gré ou si la cour ordonne d'en fournir, ceux-ci doivent être prouvés. Conclure autrement, dans la plupart des cas et en l'espèce notamment, induit l'accusé en erreur non pas quant à l'infraction qu'il a commise, mais quant à l'*actus reus* que la poursuite s'engage à prouver. Cette déclaration de culpabilité doit en conséquence être infirmée.

The other convictions should stand as we find no merit in the other points raised by the appellant. Indeed, there is no conflict left, if any ever existed, between the convictions for theft and fraud. The fraud was committed and consummated prior to the commencement of the theft.

The appeal is allowed in part, the conviction for breach of trust is quashed and an acquittal on that count is entered, but the appellant stands convicted of theft and fraud.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitor for the appellant: Léo-René Maranda, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: J. Douglas Ewart, Toronto.*

Les autres déclarations de culpabilité doivent être maintenues puisque nous jugeons non fondés les autres moyens soulevés par l'appellant. En réalité, il ne subsiste pas de conflit, à supposer qu'il y en ait déjà eu, entre les déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude. La fraude a été commise et terminée avant le commencement de la perpétration du vol.

Le pourvoi est accueilli en partie, la déclaration de culpabilité pour abus de confiance est infirmée et il y a inscription de l'acquittal de l'appellant quant à ce chef d'accusation, mais ses déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude sont maintenues.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appellant: Léo-René Maranda, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: J. Douglas Ewart, Toronto.*

**Karen King** *Appellant*;

and

**George Low and Barbara Jean Low**  
*Respondents.*

File No.: 17759.

1984: May 23; 1985: March 14.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Beetz, McIntyre,  
Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
THE NORTHWEST TERRITORIES

*Infants — Custody — Natural mother claiming custody of child after giving him up for adoption — Welfare of the child paramount consideration — Parens patriae jurisdiction — Child's interests best served by leaving him with adoptive parents — Domestic Relations Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 28(1), 35(2), 37, 39.*

Appellant, an unwed mother, fearing parental disapproval, gave her son up for adoption a few days after his birth to a couple carefully chosen by her. Less than three months later, appellant requested the child's return and, when the respondent adoptive parents refused, she revoked her consent to the still incomplete adoption and sought an order restoring him to her custody under s. 28(1) of the *Domestic Relations Ordinance*. The trial judge dismissed the application pursuant to s. 37(b) of the Ordinance as he found her "unmindful of her parental duties" because of her surrender of the child to the respondents. He then considered the welfare of the child as prescribed by that section, and found that, although both parties could provide the child with satisfactory upbringing, the child's best interests would not be served by returning him to his natural mother. The benefits to the child of maintaining the blood ties to his natural mother were outweighed by those resulting from maintenance of his present home stability and his existing parental bounds to the adoptive parents. The majority of the Court of Appeal upheld the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

This case may be dealt with on the general consideration of the welfare of the child. Indeed, where the governing statute preserves and dictates the application of the rules of equity (s. 39 of the *Domestic Relations Ordinance*), the Court in exercising its *parens patriae*

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Karen King** *Appelante*;

et

**George Low et Barbara Jean Low** *Intimés.*

<sup>a</sup>

N° du greffe: 17759.

1984: 23 mai; 1985: 14 mars.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES  
DU NORD-OUEST

<sup>c</sup> *Mineurs — Garde — Réclamation par la mère naturelle de la garde de son enfant après l'avoir donné en adoption — Importance primordiale du bien-être de l'enfant — Compétence parens patriae — Intérêts de l'enfant mieux servis en le laissant avec ses parents adoptifs — Ordonnance sur les relations familiales, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 28(1), 35(2), 37, 39.*

L'appelante, une mère célibataire qui craignait la désapprobation de ses parents, a donné son fils en adoption quelques jours après sa naissance à un couple qu'elle avait soigneusement choisi. Moins de trois mois plus tard, l'appelante a demandé à ravoir son enfant et, devant le refus des parents adoptifs intimés, elle a répudié son consentement à l'adoption non encore complétée et a demandé d'ordonner que l'enfant lui soit rendu conformément au par. 28(1) de l'*Ordonnance sur les relations familiales*. Le juge de première instance a rejeté cette demande conformément à l'al. 37b) de l'*Ordonnance* après avoir conclu que la mère avait «négligé ses devoirs de parent» en remettant l'enfant aux intimés. Il a ensuite pris en considération le bien-être de l'enfant comme le prescrit cette disposition et il a conclu que, même si les deux parties pouvaient fournir à l'enfant une éducation satisfaisante, il ne serait pas dans l'intérêt de celui-ci de le rendre à sa mère. Les avantages pour l'enfant de maintenir le lien du sang avec sa mère naturelle sont moindres que ceux qu'il y a à le laisser à la stabilité de son foyer actuel et à maintenir ses liens avec ses parents adoptifs. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement.

<sup>i</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Cette affaire peut être tranchée selon la considération générale du bien-être de l'enfant. En fait, lorsque la loi applicable maintient et prescrit l'application des règles d'équité (art. 39 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*), la Cour, en exerçant sa compétence *parens*

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



jurisdiction in questions of contested custody, including contests between a natural parent and adoptive parents, must consider the welfare of the child the predominant factor and give it effect in reaching its determination. This was done by the trial judge and the majority of the Court of Appeal.

The welfare of the child must be decided on a consideration of all relevant factors, including the general psychological, spiritual and emotional welfare of the child. The Court must choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult. Parental claims must be seriously considered but must be set aside where the welfare of the child requires it.

#### Cases Cited

*Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273, applied; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, considered; *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52; *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343; *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84, not followed; *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601, approved [1970] S.C.R. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396; *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245; *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243; *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631; *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165; *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534; *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 84, 85.

*Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, ss. 28(1), 35(2), 37, 39.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, *sub nom. A. v. B.*, [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, affirming a judgment of the Supreme Court, *sub nom. K.K. v. G.L.*, [1983] N.W.T.R. 97, dismissing appellant's application for the custody of her child. Appeal dismissed.

*patriae* dans des litiges portant sur la garde d'un enfant, y compris dans des litiges opposant un parent naturel et des parents adoptifs, doit considérer que le bien-être de l'enfant est le facteur primordial et lui donner effet dans sa décision. C'est ce qu'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel à la majorité.

Le bien-être de l'enfant doit être déterminé en fonction de tous les facteurs pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. La Cour doit choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte. Les demandes des parents doivent être examinées avec attention, mais doivent être écartées lorsque le bien-être de l'enfant l'exige.

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; arrêts examinés: *Beson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; arrêts non suivis: *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52; *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343; *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84; arrêts mentionnés: *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601, approuvé à [1970] R.C.S. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396; *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245; *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243; *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631; *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165; *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534; *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232.

#### Lois et règlements cités

*Ordonnance sur la protection de l'enfance*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 84, 85.

*Ordonnance sur les relations familiales*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9, art. 28(1), 35(2), 37, 39.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, *sub nom. A. v. B.*, [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, qui a confirmé un jugement de la Cour suprême, *sub nom. K.K. v. G.L.*, [1983] N.W.T.R. 97, qui avait rejeté la demande de l'appelante en vue d'obtenir la garde de son enfant. Pourvoi rejeté.

*James R. Scott and Teresa Bereznicki-Korol*,  
for the appellant.

*B. A. Crane, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves a contest over the custody of a child, born out of wedlock, between the appellant mother and the respondents with whom the mother placed the child for adoption a few days after its birth. The Supreme Court of the Northwest Territories at trial, and the Court of Appeal of the Northwest Territories, have resolved the issue in favour of the adoptive parents. The mother's appeal to this Court is by leave granted September 27, 1983.

The mother has until recently resided in the Northwest Territories. She is now about 27 years of age. She went there with her family at the age of 16 and remained when the family moved to Ontario. After finishing high school she completed training as a heavy equipment operator and has apparently had no difficulty in obtaining employment in that field. She has also served from time to time as a child-care attendant in a receiving home for children in Inuvik, and as well she has been active in child care and in the supervision of recreational youth programs.

When she became pregnant the father of the child quit his job and left the Northwest Territories. He has not shown any interest in the child and there is no prospect of any reconciliation or further involvement in the matter on his part. The mother was accordingly left to cope with the matter alone. She feared parental disapproval. There had been difficulties in the past which made her fear that she would be ostracized by her family. She therefore decided to conceal her pregnancy from them and to place the child for adoption when it was born.

She wished to place the child in a good home and she also wished to preserve at least the possibility of some contact with the child as it grew up.

*James R. Scott et Teresa Bereznicki-Korol*,  
pour l'appelante.

*B. A. Crane, c.r.*, pour les intimés.

<sup>a</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur la contestation de la garde d'un enfant né hors des liens du mariage, par la mère appelante et les intimés, à qui la mère a confié son enfant pour adoption quelques jours après la naissance de ce dernier. En première instance, la Cour suprême des territoires du Nord-Ouest et, en appel, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest se sont prononcées en faveur des parents adoptifs. Cette Cour a autorisé le pourvoi de la mère le 27 septembre 1983.

<sup>d</sup> Jusqu'à récemment, la mère a habité les territoires du Nord-Ouest. Elle a actuellement environ 27 ans. Elle s'y est installée avec sa famille, à l'âge de 16 ans, et y est demeurée lorsque sa famille a déménagé en Ontario. Après avoir terminé l'école secondaire, elle a reçu une formation complète d'opérateur de machinerie lourde et n'a apparemment pas eu de difficulté à obtenir de l'emploi dans ce domaine. Elle a aussi travaillé à l'occasion comme monitrice d'enfants dans un foyer d'accueil à Inuvik et s'est occupée activement de garde d'enfants et de surveillance de programmes de loisirs pour les jeunes.

<sup>g</sup> Dès que l'appelante est devenue enceinte, le père de l'enfant a abandonné son emploi et quitté les territoires du Nord-Ouest. Il n'a manifesté aucun intérêt pour l'enfant et il n'y a pas de possibilité de réconciliation quelconque ni de possibilité qu'il participe d'une façon ou d'une autre. En conséquence, la mère a été laissée seule pour faire face à la situation. Elle craignait la désapprobation de ses parents. Elle avait eu dans le passé des difficultés qui lui ont fait craindre d'être ostracisée par sa famille. Elle a donc décidé de leur cacher sa grossesse et de donner l'enfant en adoption à sa naissance.

<sup>j</sup> Elle voulait placer l'enfant dans un bon foyer et en même temps se réserver au moins la possibilité de le voir à l'occasion quand il grandirait. Elle a

She decided on a private adoption. She considered several possible couples and eventually settled on the respondents as the best choice. The respondents were friends of the mother, and she had become "almost a member" of the family of the female respondent. She was satisfied that the respondents would provide a good home for the child. She knew that the female respondent wanted a child and thought that she was unable to have one of her own. The choice she made—it has been conceded by all parties and found in both courts below—was a good one. The child has had a good home in a stable environment.

The child, John Michael, was born at Yellowknife on April 4, 1982. The respondents arrived in Yellowknife the next day from their home at Hay River. While the mother and child remained in hospital they were visited regularly by the respondents. The female respondent assisted in the care of the baby and she and her husband seemed anxious to have the child, but as well to be sure that the mother was willing to allow them to have him. The appellant left the hospital on April 9, 1982. On that day the child was taken by the respondents with the consent of the mother, which consent she acknowledged was given freely and with full knowledge of what it involved. They left Yellowknife for Hay River and the child has been with the respondents ever since.

The birth of the child aroused in the mother a surge of maternal love and affection for the baby, far exceeding any expectation. She changed her mind about the proposed adoption almost at once. She became reluctant to give up the child, but she had made arrangements with the respondents and she was advised by friends that in the long run adoption would be the best step for her to take. She returned to her home in Inuvik and on April 19, 1982, fifteen days after the birth, she signed a consent to adoption, as required by the *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 84 and 85.

Instead of coming to accept the loss of her child the mother became depressed. She longed to have the child back. She visited her family in Ontario in the Spring of 1982, but found it impossible to raise

opté pour une adoption privée. Elle a envisagé plusieurs couples possibles mais a finalement arrêté son choix sur les intimes comme les plus aptes. Les intimes étaient amis avec la mère, qui était «presque devenue un membre» de la famille de l'intimée. L'appelante était convaincue que les intimes constitueraient un excellent foyer pour l'enfant. Elle savait que l'intimée désirait avoir un enfant et croyait qu'elle ne le pouvait pas. Toutes les parties reconnaissent, et les cours d'instance inférieure ont conclu, que son choix avait été judicieux. L'enfant a eu un bon foyer dans un milieu stable.

L'enfant, John Michael, est né à Yellowknife le 4 avril 1982. Les intimes, qui habitent à Hay River, sont arrivés à Yellowknife le lendemain. Pendant que la mère et l'enfant étaient encore à l'hôpital, les intimes leur ont rendu visite régulièrement. L'intimée a pris part aux soins du bébé et elle et son mari semblaient avoir hâte d'avoir l'enfant, mais voulaient aussi être certains que la mère consentait à le leur confier. L'appelante a quitté l'hôpital le 9 avril 1982. Le même jour, les intimes ont amené l'enfant, avec le consentement de la mère, qui reconnaît avoir donné ce consentement librement et en connaissance de cause. Les intimes ont quitté Yellowknife pour retourner à Hay River et l'enfant habite avec eux depuis.

La naissance de l'enfant a réveillé chez la mère une poussée d'amour maternel et d'affection beaucoup plus intense que ce à quoi elle s'attendait. Elle a presque immédiatement changé d'avis à propos de l'adoption. Elle n'a plus voulu abandonner l'enfant, mais elle s'était entendue avec les intimes et des amis lui ont dit que, à long terme, c'était pour elle la meilleure solution. Elle est retournée chez elle à Inuvik et le 19 avril 1982, quinze jours après la naissance de l'enfant, elle a signé la formule de consentement à l'adoption comme l'exige l'*Ordonnance sur la protection de l'enfance*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 84 et 85.

Plutôt que de finir par accepter la perte de son enfant, la mère a souffert de dépression. Elle avait très envie de ravoit son enfant. Elle est allée dans sa famille, en Ontario, au cours du printemps

the question. She returned to the Northwest Territories and on June 23, 1982 she informed the respondents that she wished the return of her child. She also spoke to her mother and discovered, contrary to her earlier belief, that her mother was willing to support her in the matter and expressed a desire to see and receive the child as her grandchild. The respondents refused to return the child and, as a result, the appellant upon taking legal advice revoked her consent to the adoption and commenced these proceedings. The adoption has not been completed.

The respondents were married on May 14, 1981. The male respondent had been married before and divorced. He and his former wife had adopted a child which is now in the respondents' custody. The female respondent at the time of the proceedings below was pregnant despite the earlier belief that this was impossible. At present then John Michael lives in a home with two other children and the adoptive parents. John Michael's father is of Indian ancestry, as is the adopted son of the earlier marriage of the male respondent. The adoptive mother also is of partly Indian ancestry.

The trial judge, de Weerd J., [1983] N.W.T.R. 97, found in favour of the respondents. He considered the statutory provisions which are relevant in this case, ss. 28(1), 35(2) and 37 of the *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, which provide as follows:

28. (1) Unless otherwise ordered by the Court or a justice, the father and mother of an infant are the joint guardians of their infant, and the mother of an illegitimate infant is the sole guardian of the illegitimate infant.

35. (1) . . .

(2) If upon an application made by a parent or other responsible person for an order for the production or custody of an infant the Court is of the opinion that the parent or other responsible person

(a) has abandoned or deserted the infant, or

(b) has otherwise so conducted himself that the Court should refuse to enforce his right to the custody of the infant,

1982, mais s'est vue dans l'impossibilité d'en parler. Elle est retournée dans les territoires du Nord-Ouest et a informé les intimés le 23 juin 1982 qu'elle voulait reprendre son enfant. Elle avait aussi parlé à sa mère et découvert que, contrairement à ce qu'elle croyait, sa mère était prête à l'aider et était désireuse de voir l'enfant et de le traiter comme son petit-fils. Les intimés ont refusé de rendre l'enfant et, à la suite de ce refus, sur l'avis de conseillers juridiques, l'appelante a répudié son consentement à l'adoption et entrepris la présente action. L'adoption n'a pas été complétée.

Les intimés se sont mariés le 14 mai 1981. L'intimé avait déjà été marié et était divorcé. Lui et sa première épouse avaient adopté un enfant, dont les intimés ont présentement la garde. Au moment des procédures en première instance, l'intimée était enceinte, bien qu'on ait d'abord cru que cela lui était impossible. À l'heure actuelle, John Michael vit dans un foyer avec deux autres enfants et ses parents adoptifs. Le père de John Michael est d'origine indienne tout comme l'enfant adopté au cours du précédent mariage de l'intimé. La mère adoptive est aussi partiellement d'origine indienne.

En première instance, [1983] N.W.T.R. 97, le juge de Weerd a donné gain de cause aux intimés. Il a considéré les dispositions législatives applicables à l'espèce, les par. 28(1), 35(2) et l'art. 37 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9, dont le texte suit:

28. (1) Sauf décision contraire de la Cour, le père et la mère d'un mineur en sont conjointement les tuteurs; la mère d'un enfant illégitime en est la seule tutrice.

35. (1) . . .

(2) Lorsque le père, la mère ou une autre personne responsable demande qu'une ordonnance portant présentation ou tutelle d'un mineur soit rendue et que la Cour estime que le père, la mère ou cette autre personne responsable

a) a abandonné ou délaissé l'enfant, ou

b) s'est conduit d'une façon telle que la Cour serait fondée à refuser de sanctionner son droit de garde,

the Court may, in its discretion, decline to make the order applied for.

37. Where a parent or other responsible person has

- (a) abandoned or deserted his infant, or
- (b) allowed his infant to be brought up by another person or by a school or institution at the expense of that other person or at the expense of the school or institution for such a length of time and under such circumstances as to satisfy the Court that the parent or other responsible person was unmindful of his parental duties,

the Court shall not make an order for the delivery of the infant to the parent or other responsible person unless the Court is satisfied that an order for the delivery of the infant would be for the welfare of the infant.

He concluded that, since the appellant was the sole guardian of the child in accordance with s. 28(1), her application required consideration of s. 35(2) and s. 37. He did not conclude that the mother had abandoned or deserted the child, nor that she had conducted herself in such manner that the court should refuse to enforce her rights as guardian. He therefore considered that s. 35 was not applicable. He decided, however, that this application came within s. 37(b). He concluded that the mother's decision to give the child to the adoptive parents, because of fear of difficulties with her own family, was motivated by a consideration of her own interests and that she had accordingly been unmindful of her parental duties. Concluding that the welfare of the child could best be served by leaving the child with the adoptive parents, he was then required by s. 37 to refuse custody to the mother.

He made detailed reference to the facts and found that either of the parties could provide a sound and satisfactory upbringing for the child. He was led to conclude the issue in favour of the adoptive parents, however, by the evidence of bonding between the child and its adoptive parents. He noted that the child from the fifth day of its life had been in the custody and the care of the adoptive parents. The evidence satisfied him that the process of bonding, that is, the formation of a relationship of love and obligation which is essential to the normal development of a child, had commenced and advanced to the point where removal of the child from its home would be a

la Cour peut, à sa discrétion, refuser de rendre l'ordonnance demandée.

37. Lorsque le père, la mère ou une autre personne responsable

- a) a abandonné ou délaissé le mineur, ou
- b) a permis que le mineur soit élevé par une autre personne, une école ou une institution, aux frais de celles-ci, pour une période de temps et dans des circonstances permettant à la Cour de constater que le père, la mère ou l'autre personne responsable a négligé ses devoirs de parent,

la Cour ne doit pas ordonner que le mineur soit rendu au père, à la mère ou à l'autre personne responsable à moins d'être convaincue qu'une telle ordonnance répond au bien-être du mineur.

Il a conclu que, puisque l'appelante était la seule tutrice de l'enfant conformément au par. 28(1), sa demande dépendait du par. 35(2) et de l'art. 37. Il n'a pas conclu que la mère avait abandonné ou délaissé l'enfant ou qu'elle s'était conduite de manière à justifier la Cour de refuser de sanctionner son droit de garde. Il a donc estimé que l'art. 35 ne s'appliquait pas. Il a cependant conclu que l'al. 37b) s'appliquait à la demande. Il a conclu que la décision de la mère de confier l'enfant à des parents adoptifs parce qu'elle craignait la réprobation de sa propre famille avait été inspirée par un souci de ses propres intérêts et, qu'en conséquence, elle avait négligé ses devoirs de parent. Concluant que laisser l'enfant avec ses parents adoptifs favoriserait son bien-être, il était tenu, en vertu de l'art. 37, de refuser la garde de l'enfant à la mère.

Il a relaté les faits en détail et conclu que l'une ou l'autre des parties pouvait fournir à l'enfant une éducation saine et satisfaisante. Il a été amené à se prononcer en faveur des parents adoptifs à cause de la preuve des liens affectifs établis entre l'enfant et ceux-ci. Il a souligné que dès l'âge de cinq jours l'enfant avait été confié à la garde et aux soins des parents adoptifs. La preuve l'a convaincu que l'attachement, c.-à-d. la création d'une relation d'amour et de reconnaissance si nécessaire au développement normal d'un enfant, s'était formé et développé à un point tel que retirer l'enfant de son foyer lui causerait un traumatisme qui pourrait entraver son développement et affecter sa santé.

traumatic experience which could adversely affect his health and development. This bonding process had become a factor because of the mother's decision to give up the child. While that decision may have been understandable, it led to the bonding between the child and the adoptive parents. He could not therefore conclude that it was in the child's interests to return the child to the mother.

In the Court of Appeal (Prowse, Moir, McClung J.J.A.), [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, the majority were of the view that there was evidence before the trial judge to support his findings and there was no error in his approach to the problem. They dismissed the appeal. Prowse J.A., dissenting, would have allowed. In his view, the trial judge placed undue emphasis on the question of bonding. He did not consider that it should have a decisive effect on the question of custody.

The law relating to the custody of children and the rights of parents where custody claims are involved has undergone progressive change since early in the nineteenth century when the parent, usually the father, had a right to custody of an infant child unless disqualified by reason of some serious circumstance, having to do with the welfare of the child, making him unfit to have custody. By legislative intervention and evolving case law the situation has changed. The law has moved, first, toward an increase in maternal rights; a progressive diminution of parental rights; and then, a corresponding increase in the consideration of the interest or welfare of the infant, as the significant factor in custody determination. This latter factor has become progressively more important until it may now be said that the welfare of the child is the paramount consideration when the courts address the problem.

A concise review of the development of the law on this subject may be found in the judgment of Dubin J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario (Kelly, Dubin and Estey J.J.A.) in *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273. That case arose out of an application by the natural mother, married but not to the child's father, for custody of a four year-old girl whom she had

Ce processus d'attachement est devenu un facteur de la décision à cause de la décision de la mère de renoncer à l'enfant. Même si cette décision était compréhensible, elle a amené l'attachement de l'enfant aux parents adoptifs. Le juge ne pouvait donc conclure qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de le rendre à sa mère.

En Cour d'appel (les juges Prowse, Moir et McClung), [1983] N.W.T.R. 1, 148 D.L.R. (3d) 247, 45 A.R. 88, la majorité a été d'avis que la preuve soumise au juge de première instance était suffisante pour étayer ses conclusions et qu'il n'avait pas commis d'erreur dans son analyse du problème. Ils ont rejeté l'appel. Le juge Prowse, dissident, l'aurait accueilli. À son avis, le juge de première instance a accordé trop d'importance à la question de l'attachement. Il n'a pas estimé que cela devrait avoir un effet déterminant sur la garde de l'enfant.

Le droit relatif à la garde des enfants et aux droits des parents dans les affaires de garde d'enfant a évolué depuis le début du 19<sup>e</sup> siècle, alors que l'un des parents, ordinairement le père, avait le droit à la garde de l'enfant mineur à moins d'être déchu à cause de circonstances graves, reliées au bien-être de l'enfant, qui le rendaient incapable d'en avoir la garde. La législation et la jurisprudence ont modifié cette situation. Le droit a d'abord évolué dans le sens d'une augmentation des droits de la mère, puis d'une diminution graduelle des droits des parents et enfin, dans le sens de l'augmentation consécutive de l'importance de l'intérêt ou du bien-être de l'enfant comme facteur déterminant de la garde. Ce dernier facteur a pris de plus en plus d'importance avec le temps de sorte qu'on peut maintenant dire que le bien-être de l'enfant est la considération primordiale lorsque les tribunaux se penchent sur la question.

Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Kelly, Dubin et Estey) dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273, fait dans ses motifs un exposé concis de l'évolution du droit sur cette question. Cette affaire découlait de la demande faite par la mère naturelle d'un enfant, qui était mariée mais dont le mari n'était pas le père de

delivered to the defendants a few days after birth, where the child had remained until the commencement of the application. The trial judge had decided the issue in favour of the natural mother, but Dubin J.A. upon a consideration of earlier authorities (including the cases which have become known in this connection as 'the trilogy': *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; and *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52) allowed the appeal and put custody with the adoptive parents.

He drew attention, at p. 281, to the broader, and in his opinion, more enlightened view adopted in the Chancery Court, and referred to the words of Lord Cranworth in *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534, at pp. 540-41, regarding the application by the court of the *parens patriae* role.

The jurisdiction of this Court, which is entrusted to the holder of the Great Seal as the representative of the Crown, with regard to the custody of infants rests upon this ground, that it is the interest of the State and of the Sovereign that children should be properly brought up and educated; and according to the principle of our law, the Sovereign, as *parens patriae*, is bound to look to the maintenance and education (as far as it has the means of judging) of all his subjects.

He then noted that the Court of Chancery with its broader power to do equity placed emphasis on the welfare of the child in determining custody matters, raising it to the level of a paramount consideration to which all others must give way. He approved the words of Lindley L.J. in *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, at p. 148:

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

He then observed that with the fusion of the common law and the Chancery courts it became the duty of the common law courts to exercise the

l'enfant, pour avoir la garde d'une fillette de quatre ans qu'elle avait abandonnée aux défendeurs quelques jours après sa naissance; les défendeurs en avaient eu la garde depuis cette époque jusqu'à l'introduction de l'action. Le juge de première instance avait rendu jugement en faveur de la mère naturelle, mais le juge Dubin, après analyse de la jurisprudence antérieure (notamment les arrêts qu'on a désormais baptisés «la trilogie», c.-à-d.: *Re Baby Duffell: Martin v. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *Hepton v. Maat*, [1957] R.C.S. 606; et *Re Agar; McNeilly v. Agar*, [1958] R.C.S. 52) a accueilli l'appel et confié la garde de l'enfant aux parents adoptifs.

Il signale, à la p. 281, l'opinion plus générale et, à son avis, plus éclairée, adoptée par la Chancery Court à laquelle lord Cranworth se réfère dans l'arrêt *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534, aux pp. 540 et 541, quant à l'application de la fonction *parens patriae* de la Cour.

[TRADUCTION] La compétence de cette Cour, qui est attribuée au détenteur du grand sceau à titre de représentant de Sa Majesté, quant à la garde des enfants tire son origine de ce qu'il est dans l'intérêt de l'État et du souverain que les enfants soient convenablement élevés et instruits; et selon les principes de notre droit, le souverain, à titre de *parens patriae*, est tenu de s'occuper du soutien et de l'éducation de tous ses sujets (pour autant qu'il a les moyens d'en juger).

Il souligne ensuite que la Court of Chancery qui dispose de pouvoirs plus étendus en matière d'*equity*, a donné de l'importance au bien-être de l'enfant pour trancher les questions de garde, en en faisant la considération primordiale à laquelle toutes les autres doivent être subordonnées. Il a souscrit aux paroles du lord juge Lindley dans *Re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, à la p. 148:

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

Il fait ensuite remarquer qu'en raison de la réunion des cours de *common law* et de Chancery, les premières ont dû exercer la compétence des secon-

Chancery jurisdiction. In this, he relied on FitzGibbon L.J. in *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, at pp. 239-40. He then observed that, in Ontario, s. 3 of *The Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, provided that in matters of custody and the education of infants the rules of equity would prevail. After referring to the trilogy cases, he concluded that in all custody cases, including those involving a contest between a natural parent and a stranger, the welfare of the child concerned would be the dominant consideration which would prevail over all others.

This case has been widely cited and has been the subject of much academic writing, both favouring and rejecting its approach. In *Re Moores and Feldstein*, Dubin J.A. distinguished the trilogy cases by pointing out that in each case it appeared that the contest had in fact been resolved on the basis of the welfare of the child. This distinction may on the facts of those cases be sustainable, at least to the extent that the welfare of the children, as perceived by the Court, coincided in each case with the common law rule giving a preference to the natural mother in a contest with a stranger; but see the comment of Locke J. in *Re Agar; McNeilly v. Agar*, *supra*, pp. 55-56. However, with the greatest deference to Dubin J.A., it is my view from a perusal of much of what has been written on this subject since *Re Moores and Feldstein* that the case has been taken to be a turning point in the approach to custody matters, and that the court was there departing from the common law rule, which had been specifically enunciated in the trilogy, that the mother of an illegitimate child was entitled to its custody unless some significant matter concerning the welfare of the child rendered her unfit to have custody.

The position taken in this Court until recently (see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; and *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, to be discussed later) has been set out in the trilogy. In custody contests between contending parents the welfare of the child has become the dominant consideration without any initial preference given to either parent. In matters

des. À cet égard, il s'est appuyé sur les motifs du lord juge FitzGibbon dans l'arrêt *Re O'Hara*, [1900] 2 I.R. 232, aux pp. 239 et 240. Il fait ensuite remarquer qu'en Ontario, l'art. 3 de *The Infants Act*, R.S.O. 1970, chap. 222, prévoit qu'en matière de garde et d'éducation des enfants, les règles d'*equity* ont préséance. Après avoir mentionné les arrêts de la trilogie, il conclut que, dans toutes les affaires de garde, notamment celles qui comportent un litige entre un parent naturel et un étranger, le bien-être de l'enfant en cause est la considération primordiale à laquelle toutes les autres sont subordonnées.

Cet arrêt-là a été largement cité et a fait l'objet de commentaires abondants, tant favorables que défavorables à ce point de vue. Dans *Re Moores and Feldstein*, le juge Dubin a distingué les arrêts de la trilogie en soulignant que, dans chaque cas, il semblait que la solution du litige ait été déterminée en fonction du bien-être de l'enfant. Cette distinction peut se justifier d'après les faits de ces arrêts, au moins dans la mesure où le bien-être des enfants, comme la cour l'a perçu, coïncidait, dans chaque affaire, avec la règle de *common law* qui donne la préférence à la mère naturelle en cas de litige avec une personne étrangère; voir, par contre, le commentaire du juge Locke dans l'arrêt *Re Agar; McNeilly v. Agar*, précité, pp. 55 et 56. Avec égards cependant pour le juge Dubin, après avoir analysé une bonne partie de ce qui a été écrit sur le sujet depuis l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, je suis d'avis que cet arrêt constitue un tournant dans l'analyse des affaires de garde et que la cour s'est alors écartée de la règle de *common law*, énoncée expressément dans la trilogie, selon laquelle la mère d'un enfant illégitime a droit à sa garde à moins qu'un aspect important relatif au bien-être de l'enfant ne la rende incapable de l'assumer.

L'attitude adoptée par cette Cour jusqu'à une époque récente (voir les arrêts *Beson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; et *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, auxquels je reviendrai plus loin) est énoncée dans la trilogie. Dans les affaires de garde d'enfant entre les parents, le bien-être de l'enfant est devenu la considération primordiale sans préférence de prin-



where the parent, usually the mother, was contesting a grant of custody to strangers, that is, non-parents, the mother's claim had preference unless she was found to be unfit to have custody. This was the basis of the law applied in the trilogy and it was widely followed, save where a statutory provision permitted departure. The judicial reaction to the trilogy, however, in later years has been uneven and the courts have frequently favoured a more liberal application of the *parens patriae*, or equitable jurisdiction, and have moved away from the strict application of the rule approved in the trilogy.

There have been cases where it was sought to distinguish the trilogy on the basis of legislative changes. An example is to be found in *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243, where Wilson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal (Bird, Tysoe and Wilson J.J.A.), cited a 1957 amendment to the British Columbia adoption legislation preventing revocation of consent to adoption unless shown to be in the best interests of the child. He said, at p. 247:

It appears to me that the Legislature of B.C., by a provision enacted after the decision in *Duffell's* case, has achieved just what Cartwright, J., suggested could be done and changed the basis upon which revocation is permitted: that the Legislature has changed the law and placed the contestants, natural and adoptive parents, on a basis of equality in cases where the natural parent has consented to the adoption.

Later, at p. 249, he concluded by saying:

In these circumstances, having regard only to the welfare of the child, and none to maternal rights, I think that the learned trial Judge reached the correct conclusion.

To similar effect are *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325 (Nfld. S.C.), at pp. 332-33; and *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631 (C.A.), at pp. 649-51.

There have been other authorities which have departed from the strict application of the trilogy

cipe en faveur de l'un ou de l'autre parent. Dans les affaires où l'un des parents, habituellement la mère, conteste l'octroi de la garde à des étrangers, c.-à-d. qui ne sont ni le père ni la mère, on faisait droit à la demande de la mère à moins que celle-ci ne soit déclarée incapable d'assumer la garde. C'est là le fondement du droit appliqué dans la trilogie qui a été largement suivi, sauf lorsqu'une disposition législative permettait de s'en écarter. Ces dernières années, la réaction des tribunaux à l'égard de la trilogie n'a pas été constante et ils ont fréquemment préféré une application plus libérale de la compétence *parens patriae* ou compétence d'*equity* et se sont écartés de l'application stricte de la règle suivie dans la trilogie.

Il y a eu des affaires où, à cause de modifications législatives, on n'a pas suivi la trilogie. L'arrêt *Re Wells* (1962), 33 D.L.R. (2d) 243 en est un exemple; le juge Wilson, qui a rédigé les motifs au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Bird, Tysoe et Wilson), y invoque une modification apportée en 1957 à la loi d'adoption de la Colombie-Britannique qui interdit la révocation du consentement à l'adoption à moins qu'il ne soit démontré qu'elle vise l'intérêt de l'enfant. Il dit à la p. 247:

[TRADUCTION] Il m'apparaît qu'en adoptant une disposition législative après la décision de l'arrêt *Duffell*, la législature de la Colombie-Britannique a fait exactement ce que le juge Cartwright avait suggéré et elle a changé le fondement même de la révocation: la législature a modifié le droit et placé les parties au litige, c'est-à-dire les parents naturels et les parents adoptifs, sur un pied d'égalité lorsque le parent naturel a consenti à l'adoption.

Plus loin, à la p. 249, il conclut:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, ayant tenu compte du seul bien-être de l'enfant et non des droits de la mère, je crois que le juge de première instance a pris la bonne décision.

Les affaires *Re Jenkins* (1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325 (C.S.T.-N.), aux pp. 332 et 333, et *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.* (1977), 21 N.S.R. (2d) 631 (C.A.), aux pp. 649 à 651, sont au même effet.

D'autres décisions se sont écartées de l'application stricte de la trilogie parce que le droit a évolué

cases on the basis that the law has evolved to accommodate changing social conditions and attitudes. Foremost in this group, of course, is the Ontario Court of Appeal in *Re Moores and Feldstein*, *supra*. There are many cases which have referred to it and in greater or lesser degree approved and followed it: *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228 (Man. Q.B.), at p. 234; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181 (Alta. S.C.), at pp. 188-91; *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.*, *supra*, at pp. 646-50; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165 (Cty. Ct.), at p. 174.

Not all authorities, however, have followed the trend away from the trilogy cases. See *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601 (C.A.), approved in this Court, [1970] S.C.R. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396 (T.D.); *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310 (Sask. C.A.), at p. 317; *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245 (Alta. S.C.), at pp. 248-49. These cases may be said to be distinguishable from the trilogy on the basis which was adopted by Dubin J.A. in *Re Moores and Feldstein*, that is, that the welfare of the child in each case was consistent with the trilogy's parental preference. However, more difficulty would be encountered in seeking to distinguish *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343 (Q.B.), and *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84 (Alta. S.C.A.D.). These cases apply the 'parental preference' principle from the trilogy.

It seems to me indisputable that there has been a significant move away from reliance upon the parental preference of the common law as expressed in the trilogy. This trend has relied for its justification on the equitable *parens patriae* jurisdiction of the Court which has elevated the concept of the welfare of the child to the paramount position. Reference in this regard must be made to two recent cases in which this Court exercised the *parens patriae* jurisdiction: *Benson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, *supra*, and *Racine v. Woods*, *supra*.

In *Racine* the contest was between the natural mother and the adoptive parents who had custody of the child for some three years without the consent of the natural mother. The narrow issue

pour s'adapter aux changements d'attitudes et de conditions sociales. La plus importante de ce groupe est évidemment l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Moores and Feldstein*, précité.

<sup>a</sup> Plusieurs décisions s'y sont référées et avec plus ou moins de force l'ont approuvé et suivi: *Elias v. Elias* (1980), 14 R.F.L. (2d) 228 (B.R. Man.), à la p. 234; *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974), 15 R.F.L. 181 (C.S. Alb.), aux pp. 188 à 191; <sup>b</sup> *C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R.*, précité, aux pp. 646 à 650; *Power v. Crowe* (1982), 52 N.S.R. (2d) 165 (C. de comté), à la p. 174.

Toute la jurisprudence n'a cependant pas suivi <sup>c</sup> la tendance en s'écartant de la trilogie. Voir *Re Mugford*, [1970] 1 O.R. 601 (C.A.), approuvé par cette Cour, [1970] R.C.S. 261; *Re Blenus* (1979), 35 N.S.R. (2d) 396 (D.P.I.); *C. v. K.* (1959), 30 W.W.R. 310 (C.S. Sask.), à la p. 317; <sup>d</sup> *Gerk v. Ventress* (1964), 48 W.W.R. 245 (C.S. Alb.), aux pp. 248 et 249. On peut dire que ces affaires se distinguent des arrêts de la trilogie pour le motif exprimé par le juge Dubin dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, c.-à-d. que, dans chacune de ces affaires, le bien-être de l'enfant coïncidait avec la préférence pour le parent mentionnée dans la trilogie. Il serait cependant plus difficile de faire une distinction entre ces arrêts et les arrêts *Re Ezekiel* (1980), 30 N.B.R. (2d) 343 (B.R.) et *Meikle v. Authenac* (1970), 3 R.F.L. 84 (D.A.C.S. Alb.) <sup>f</sup> Ces arrêts appliquent le principe de la «préférence pour le parent» énoncé dans la trilogie.

<sup>g</sup> Il me semble indiscutable qu'on s'est mis de façon marquée à écarter le recours au principe de la *common law* de la préférence pour le parent énoncé dans la trilogie. On a trouvé la justification de cette tendance dans la compétence <sup>h</sup> *parens patriae en equity* de la Cour qui a accordé une place primordiale au concept du bien-être de l'enfant. Il faut, sur ce point, faire état de deux arrêts récents dans lesquels cette Cour a exercé la compétence *parens patriae*: *Benson c. Director of Child Welfare (Nfld.)*, précité, et *Racine c. Woods*, précité.

<sup>j</sup> Dans l'affaire *Racine*, le litige opposait la mère naturelle et les parents adoptifs qui avaient la garde de l'enfant depuis environ trois ans sans le consentement de la mère naturelle. Le litige se

concerned the ordering of an adoption under s. 103(2) of the Manitoba *Child Welfare Act*, 1974 (Man.), c. 30, where the adoptive parents had *de facto* custody for more than three years without the mother's consent. It was argued that the adoptive parents were estopped from asserting a right under s. 103(2) because of their failure to return the child to its mother when asked to do so. Wilson J., speaking for this Court, in dealing with that argument put the case much closer to the case at bar. She said, at p. 184:

With respect, I see nothing "improper" about the Racines proceeding by way of *de facto* adoption. The statute contemplates it. Moreover, in my view the crucial question is not what a court would have done with an adoption application made in 1978 but what it would have done with a *habeas corpus* application. Mrs. Woods might have succeeded on such an application in 1978 had she proceeded with it. Her failure to do so permitted her child to develop a dependency on the Racines as her psychological parents. It seems to me that Mrs. Woods had a responsibility when her rights were challenged to pursue them in the court if necessary and not to wait until her child was bonded to the Racines with all the problems for the child that the disruption of that bond was likely to create.

The answer to the crucial question would have been simple if the natural mother had abandoned the child. Wilson J., contrary to the finding of the trial judge on this point, considered that a finding of abandonment was unjustified. Even in the absence of such a finding, Wilson J. considered the decisive factor to be the welfare of the child and she gave much less weight to the consideration of biological ties than did the trilogy of cases decided thirty years earlier. She said, at p. 185:

Be that as it may, I do not think a finding of abandonment was necessary to the trial judge's decision. I think the statute is clear and that s. 103(2) dispenses with parental consent in the case of a *de facto* adoption. This does not mean, of course, that the child's tie with its natural parent is irrelevant in the making of an order under the section. It is obviously very relevant in a determination as to what is in the child's best interests. But it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the

limitait à la délivrance de l'ordonnance d'adoption en vertu du par. 103(2) de *The Child Welfare Act* du Manitoba, 1974 (Man.), chap. 30, alors que les parents adoptifs avaient eu la garde de fait pendant plus de trois ans sans le consentement de la mère. On a soutenu que les parents adoptifs étaient irrecevables à faire valoir un droit en vertu du par. 103(2) à cause de leur omission de remettre l'enfant à sa mère lorsque cette dernière le leur a demandé. Le juge Wilson, au nom de cette Cour, en disposant de ce moyen rapproche nettement cette affaire de celle en l'espèce. Elle dit, à la p. 184:

Avec égards, je ne vois rien d'«inopportun» au fait que les Racine ont procédé par voie d'adoption de fait. Cette procédure est prévue dans la Loi. Je suis en outre d'avis que la question primordiale n'est pas de savoir ce qu'une cour aurait décidé dans le cas d'une demande d'adoption faite en 1978, mais ce qu'elle aurait fait dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. Si M<sup>me</sup> Woods avait fait une demande en ce sens en 1978, elle aurait pu avoir gain de cause. Comme elle ne l'a pas faite, son enfant s'est attachée aux Racine qui sont devenus ses parents psychologiques. Il me semble que lorsque ses droits ont été contestés, M<sup>me</sup> Woods avait la responsabilité de les faire valoir, en justice si nécessaire, et de ne pas attendre que son enfant s'attache aux Racine, avec tous les problèmes que la rupture de ce lien était susceptible de causer à l'enfant.

Il aurait été beaucoup plus facile de répondre à la question décisive si la mère naturelle avait abandonné l'enfant. Le juge Wilson, en désaccord avec la conclusion du juge de première instance sur ce point, a considéré que la conclusion d'abandon était injustifiée. Même en l'absence d'une telle conclusion, le juge Wilson a considéré que le facteur décisif était le bien-être de l'enfant et elle a accordé beaucoup moins de poids aux liens biologiques que ne le font les arrêts de la trilogie rendus il y a trente ans. Elle dit, à la p. 185:

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que conclure à l'abandon était nécessaire à la décision du juge de première instance. À mon avis, la Loi est claire et le par. 103(2) dispense de l'autorisation parentale dans le cas d'une adoption de fait. Cela ne signifie évidemment pas que le lien de l'enfant avec ses parents naturels n'a rien à voir avec une ordonnance en vertu de cet article. Il a manifestement tout à voir avec la détermination de l'intérêt de l'enfant. Mais la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie

parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary interest; it is a human being to whom they owe serious obligations. In giving the court power to dispense with the consent of the parent on a *de facto* adoption the legislature has recognized an aspect of the human condition—that our own self interest sometimes clouds our perception of what is best for those for whom we are responsible. It takes a very high degree of selflessness and maturity—for most of us probably an unattainable degree—for a parent to acknowledge that it might be better for his or her child to be brought up by someone else. The legislature in its wisdom has protected the child against this human frailty in a case where others have stepped into the breach and provided a happy and secure home for the child for a minimum period of three consecutive years. In effect, these persons have assumed the obligations of the natural parents and taken their place. The natural parents' consent in these circumstances is no longer required.

In the *Beson* case there was not a contest between a natural mother and adoptive parents, but rather between two sets of adoptive parents prior to the completion of the adoption. The facts in *Beson* are far indeed from those at bar, but it clearly affords an example of the application by this Court of the *parens patriae* jurisdiction to override all other considerations in dealing with custody matters.

The statutory provisions which are relevant in this case have been set out above. They are s. 28(1), s. 35(2), and s. 37 of the *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9. These were discussed and relied on by the trial judge and the Court of Appeal. In addition, I would draw attention to s. 39 which provides that the rules of equity when they do not conflict with the Ordinance shall prevail in matters relating to the custody of infants. There was little, if any, discussion in the courts below regarding the application of the *parens patriae* jurisdiction. The trial judge applied the provisions of s. 37(b) and, having found that the mother in surrendering her child to the respondents was unmindful of her parental duties, he considered the welfare of the infant and decided that it would not be best by returning the

de l'enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l'a souvent souligné dans les affaires de garde d'enfant, un enfant n'est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété; c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses. Lorsqu'il a donné à la cour le pouvoir de se passer de l'autorisation des parents dans le cas d'une adoption de fait, le législateur a reconnu un aspect de la condition humaine, savoir que notre propre intérêt obscurcit parfois notre perception de ce qui convient le mieux aux personnes dont nous sommes responsables. Un père ou une mère doit avoir un très haut degré d'altruisme et de maturité, à un degré que la plupart d'entre nous ne pouvons probablement pas atteindre, pour reconnaître qu'il vaut mieux pour son enfant qu'il soit élevé par un autre. Dans sa sagesse, le législateur a protégé l'enfant contre cette faiblesse humaine lorsque d'autres personnes ont comblé la brèche et ont fourni à l'enfant pendant une période minimale de trois années consécutives un foyer heureux et stable. De fait, ces personnes ont assumé les obligations des parents naturels et ont pris leur place. Dans les circonstances, il n'est plus nécessaire d'obtenir le consentement des parents naturels.

Dans l'affaire *Beson*, il n'y avait pas de litige entre la mère naturelle et les parents adoptifs, mais plutôt entre deux couples de parents adoptifs avant l'adoption proprement dite. Les faits de l'affaire *Beson* sont très différents de ceux de l'espèce, mais ils donnent un exemple clair d'application par cette Cour de la compétence *parens patriae* pour écarter toutes les autres considérations dans les affaires de garde.

Les dispositions législatives pertinentes en l'espèce ont déjà été citées. Ce sont les par. 28(1), 35(2) et l'art. 37 de l'*Ordonnance sur les relations familiales*, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9. Le juge de première instance et la Cour d'appel les ont analysées et appliquées. En outre, je souligne l'art. 39 qui prévoit que les règles d'*equity* s'appliqueront dans les questions relatives à la garde d'enfant lorsqu'elles ne sont pas contraires à l'Ordonnance. Dans le débat devant les cours d'instance inférieure, on a peu ou pas mentionné l'application de la compétence *parens patriae*. Le juge de première instance a appliqué l'al. 37(b) et, ayant conclu qu'en remettant l'enfant aux intimés la mère avait négligé ses devoirs de parent, il a tenu compte du bien-être de l'enfant et décidé qu'il ne serait pas dans l'intérêt de celui-ci de le rendre à la mère. La

child to the mother. In this he was supported by the majority of the Court of Appeal.

Because of his finding of unmindfulness of parental duty, the trial judge was precluded from ordering the return of the child to its mother "unless the Court is satisfied that an order for the delivery of the infant would be for the welfare of the infant". He was not so satisfied, as is to be noted from his finding which was expressed in these words:

The benefits to the child of maintaining the blood tie to his natural mother are far outweighed, in my respectful view, by those resulting from maintenance of his present home stability and his existing parental bonds to the adoptive couple.

It is apparent at once that, if one accepts the finding made by the trial judge that the mother was unmindful of her parental duties when she turned the child over to the respondents, the trial judge's determination of the matter could not be disturbed. Section 37 would prevent the making of an order returning the child to the mother. I have had some difficulty with that finding for it would seem to me that the mother, in deciding to part with the child, took careful steps to see that the child would be placed in a good home with adoptive parents who would give the child their love and act in the child's best interests. On the other hand, it cannot be denied on the evidence that the step was taken by the mother because of fear of parental disapproval and as a means of solving her own personal problem. It was, it must not be forgotten, this step which created the problems arising in this case and which placed the child in a home where he would come to see the adoptive parents as his own mother and father, and become dependent on them in the manner of children living in a settled, secure home. I am of the opinion, however, that apart from such finding against the mother, one I would prefer not to make, this case may be dealt with on the general consideration of the welfare of the child.

Section 39 of the *Domestic Relations Ordinance* provides that the rules of equity will apply in custody matters where they do not conflict with the provisions of the Ordinance. The application of equitable rules in this case would permit the Court

Cour d'appel a, à la majorité, confirmé cette décision.

Ayant conclu que la mère avait négligé ses devoirs de parent, le juge de première instance ne pouvait ordonner que l'enfant lui soit rendu «à moins d'être convaincu qu'une ordonnance de renvoi de l'enfant répond au bien-être de l'enfant». Il n'en était pas convaincu, comme il le signale dans sa conclusion formulée comme suit:

[TRADUCTION] Les avantages pour l'enfant de maintenir le lien du sang avec sa mère naturelle sont, à mon avis, bien moindres que ceux qu'il y a à le laisser à la stabilité de son foyer actuel et à maintenir ses liens avec ses parents adoptifs.

Il est évident que, dès lors que l'on accepte la conclusion du juge de première instance que la mère a négligé ses devoirs de parent en laissant l'enfant aux intimés, on ne saurait modifier l'ordonnance du juge de première instance. L'article 37 ne permet pas de rendre une ordonnance qui aurait pour effet de retourner l'enfant à sa mère. J'ai de la difficulté à accepter cette conclusion parce qu'il me semble qu'en décidant de se séparer de l'enfant, la mère a bien pris soin de s'assurer que l'enfant serait placé dans un bon foyer, chez des parents adoptifs qui lui prodigueraient de l'amour et agiraient dans l'intérêt de l'enfant. D'autre part, il est indéniable, selon la preuve, que la mère a agi de la sorte à cause de la crainte de la réprobation de ses parents et pour résoudre ses propres problèmes. C'est cette décision, il ne faut pas l'oublier, qui a engendré les problèmes en l'espèce et qui a placé l'enfant dans un foyer où il viendrait à considérer ses parents adoptifs comme ses propres père et mère et dépendrait d'eux de la même façon que des enfants élevés dans un foyer stable et sûr. Je suis cependant d'avis qu'indépendamment de la constatation défavorable à la mère, que je préfère ne pas faire, cette affaire peut être tranchée selon la considération générale du bien-être de l'enfant.

L'article 39 de l'*Ordonnance sur les relations familiales* prévoit que les règles d'*equity* doivent s'appliquer aux questions de garde lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'*Ordonnance*. L'application des règles d'*equity* en

to exercise the *parens patriae* jurisdiction and to treat the welfare of the child as the paramount consideration. I see no conflict in this respect with the Ordinance. Section 37, if it applied in this situation, would itself require a demonstration that the best interests of the child be served before it could be returned to the mother. The rules of equity, therefore, are to be applied in this determination.

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

In considering the facts of this case, it should be observed at once that the trial judge found that the adoptive parents, on the one hand, and the mother, on the other, were both capable of providing a satisfactory home for the child. This clearly is not a case where the choice is made easy by clear failure, on one side or the other, to measure up to the required standard. I have read the entire record and it is notable in this case that there is a total absence of the mutual recrimination usually

l'espèce permettrait à la Cour d'exercer la compétence *parens patriae* et de considérer que le bien-être de l'enfant constitue la considération primordiale. Je ne constate aucune incompatibilité à cet égard avec l'Ordonnance. Si l'art. 37 s'appliquait à la présente situation, il exigerait lui-même que l'on prouve qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant de le rendre à sa mère. Il faut donc appliquer les règles d'*equity* à cette décision.

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

Après un examen des faits de l'espèce, on doit immédiatement faire remarquer que le juge de première instance a conclu que les parents adoptifs d'une part et la mère de l'autre pouvaient fournir à l'enfant un foyer satisfaisant. Il ne s'agit manifestement pas en l'espèce d'un cas où le choix est facilité par l'incapacité d'une partie ou de l'autre de satisfaire à la norme exigée. J'ai lu le dossier en entier et il est remarquable de constater en l'espèce l'absence totale des récriminations mutuelles habi-

found in such cases. Each party has accepted the proposition that the other can perform the parental duties well, but each seeks custody: the mother because of her love for the child she bore and from whom she has been separated, and the adoptive parents because they have come to look on the child as their own, as a member of their family to whom they have become attached as to their own children.

The mother had a strict upbringing against which she seems to have rebelled. She left the home by remaining in the Northwest Territories when her family moved to Ontario and has demonstrated great character and independence in finding for herself and establishing a solid position within her community. She is highly thought of by friends and associates and, despite the fact that she gave up her child freely and voluntarily, she now exhibits a genuine desire to regain custody and fill the role of mother to her child. She has formed what appears to be a stable domestic relationship with a young man whom she met in May of 1982. They intend to marry. They both appear capable of meeting parental responsibilities and creating a home for the child. Her prospective husband is a mechanical engineer. He has been a substantial earner, has accumulated some savings and is willing and anxious to have the child in his family. They plan to live in Toronto where he works and would create a home there which would include the child if custody is awarded to the mother.

The male respondent grew up in a small town in Manitoba. He has worked at least part-time since the age of eleven when he commenced to assist his father in a store. Education was always a matter of concern in his family and he has received a good education, having a bachelor of science degree in agriculture. He is presently employed at Hay River, Northwest Territories, as a biologist. He was previously married, but divorced because of his former wife's alcoholism. He and the female respondent have in their care and custody the adopted son of that marriage, in addition to their own child and John Michael. The female

tuellement présentes dans de tels cas. Chaque partie a accepté la proposition que l'autre partie peut remplir adéquatement les obligations parentales; toutefois, chacune réclame la garde de l'enfant: la mère en raison de son amour pour l'enfant qu'elle a porté et dont elle a été séparée et les parents adoptifs parce qu'ils en sont venus à considérer l'enfant comme le leur, comme un membre de leur famille auquel ils se sont attachés comme à leurs propres enfants.

La mère a reçu une éducation stricte contre laquelle elle semble s'être rebellée. Elle a quitté ses parents en demeurant dans les territoires du Nord-Ouest lorsque sa famille a déménagé en Ontario, et elle a fait preuve de beaucoup de force de caractère et d'indépendance en se débrouillant toute seule et en acquérant une situation solide dans son milieu. Ses amis et ses connaissances ont une haute opinion d'elle et, bien qu'elle ait donné son enfant librement et volontairement, elle montre maintenant un désir sincère d'en reprendre la garde et de jouer le rôle de mère auprès de son enfant. Elle s'est apparemment mise en ménage de façon stable avec un jeune homme qu'elle a rencontré en mai 1982. Ils ont l'intention de se marier. Ils semblent tous les deux capables d'assumer les responsabilités parentales et de fonder un foyer pour l'enfant. Son futur époux est ingénieur mécanicien. Il gagne bien sa vie, il a fait des économies et il est désireux et impatient d'accueillir l'enfant dans sa famille. Ils prévoient s'installer à Toronto où le jeune homme travaille et ils créeraient là-bas un foyer dont l'enfant ferait partie si la garde était accordée à la mère.

L'intimé a grandi dans une petite ville du Manitoba. Il travaille, du moins à temps partiel, depuis l'âge de onze ans lorsqu'il a commencé à aider son père dans un magasin. L'éducation a toujours constitué une question d'importance dans sa famille, et il a reçu une bonne éducation, ayant obtenu un baccalauréat ès sciences en agriculture. Il travaille actuellement comme biologiste à Hay River (territoires du Nord-Ouest). Il a déjà été marié, mais il a divorcé en raison des problèmes d'alcoolisme de sa femme. Lui et l'intimée ont la garde du fils adopté au cours de ce mariage, en plus de leur propre enfant et de John Michael.

respondent has grown up in the area of Inuvik, is well settled and well thought of in her community. She shares with John Michael some Indian ancestry and this factor stands in her favour for one would expect that she will be enabled to understand and deal with problems the child may encounter in this respect. The adoptive parents have established a secure and stable home in which the children, including John Michael, have done well. The independent evidence of the welfare worker, which will be referred to later, is to the effect that the child appears to be well settled and happy in his present environment.

It is evident that the trial judge so approached this question when he said, after noting that the emphasis in the reported cases had shifted to "the best interests of the child" (at p. 105):

That does not mean that the natural mother's interests or desires are to be ignored, or that her natural blood tie with her child is to be considered meaningless. These factors must, of course, be given serious and careful consideration, as I have given to them in the present case. At that, I must give, as I believe I have, some consideration to the mother's apparent dependence on her parents' views regarding the child's legitimacy and, in consequence, his acceptance into the natural mother's wider family circle but, equally, the rejection of the natural mother by her own father over the child's illegitimacy. I must also consider the present uncertainty of the natural mother's own hopes for creation of stable and continuing ties of a domestic nature with her fiancé in Toronto, a place where she is a stranger at this point in time. And I must consider these and all the other circumstances together, including the comparative stability and permanence of the relationship between the adoptive parents (and their 7-year old son) and the child, the need of the child for continuance of that stability and for consistency in his early rearing, and the importance of avoiding disruption, if possible, in the pattern of the child's life at its present stage of growth and development.

Much of the evidence given at trial had to do with the subject of bonding, that is, the creation of a tie between parent and child, essential to the child's development and of great significance even in the very early months of the infant's life. A welfare worker employed by the public health authorities prepared on the court's order a detailed

L'intimée a grandi dans la région d'Inuvik; elle est bien adaptée et les gens de son milieu l'estiment. Tout comme John Michael, elle a du sang indien, facteur qui joue en sa faveur car on peut s'attendre à ce qu'elle soit capable de comprendre et de régler les problèmes que l'enfant pourra connaître à cet égard. Les parents adoptifs ont créé un foyer rassurant et stable au sein duquel les enfants, y compris John Michael, se développent bien. Il ressort du témoignage indépendant du travailleur social, auquel nous reviendrons plus loin, que l'enfant semble bien adapté et heureux dans son milieu actuel.

Il est évident que c'est ainsi que le juge de première instance a abordé cette question lorsqu'il a déclaré, après avoir fait remarquer que dans les décisions publiées l'accent s'était déplacé vers [TRADUCTION] «l'intérêt de l'enfant» (à la p. 105):

[TRADUCTION] Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas tenir compte des droits ou des désirs de la mère naturelle, ni qu'on doit considérer que les liens du sang qui l'unissent à son enfant sont sans importance. Il faut évidemment accorder une attention particulière et sérieuse à ces éléments, comme je l'ai fait en l'espèce. Je dois tenir compte, comme je crois l'avoir fait, de la dépendance apparente de la mère naturelle envers l'opinion de ses parents quant à la légitimité de l'enfant et, par conséquent, de son acceptation dans le cercle familial de la mère naturelle, et aussi, du rejet de la mère naturelle par son père en raison de l'illégitimité de son enfant. Je dois aussi tenir compte du caractère incertain des espoirs de la mère naturelle de créer un foyer stable et durable avec son fiancé à Toronto, endroit que pour l'instant elle ne connaît pas. Je dois examiner ensemble ces éléments et toutes les autres circonstances, notamment la stabilité comparative des relations entre les parents adoptifs (et leur fils de sept ans) et l'enfant, le besoin pour l'enfant que cette stabilité se poursuive et que l'éducation reçue en bas âge soit cohérente, et l'importance d'éviter, si possible, la perturbation du genre de vie de l'enfant au stade actuel de sa croissance et de son développement.

Un bonne partie des témoignages présentés en première instance se rapportait au phénomène de l'attachement, c.-à-d. à la création d'un lien entre parent et enfant qui est essentiel au développement de l'enfant et qui a une grande importance, même dans les tout premiers mois de la vie du nouveau-né. Un travailleur social au service de la



report of the parties and the home of the respondents, and spoke of the observations made, expressing the view that the bonding process was well-advanced before the trial when the child was only a few months old. A psychiatrist also gave evidence. He stressed the importance of bonding, described its nature, and made reference to reports submitted by the welfare worker and gave his opinion that the author had correctly defined the phenomenon and had observed reactions on the part of the child which were typical of the developing process. He also expressed the opinion that it would be harmful to the child to break the bond thus formed and to place the child in a home which would be strange and foreign and where the mother would be a stranger to him. The trial judge who heard the evidence said (at pp. 103-04):

On the evidence before me, the child has by now established a strong bond instead with the adoptive parents, who are as a result in relation to the child as if they were its natural parents. This goes beyond the fact that they love and care for the child and have done so almost since the day of its birth. It goes to the very roots of the child's experience of its world since that time. It would be extremely traumatic for the child now to be uprooted from its present parental home and to be returned to a stranger to it, even if that stranger is its natural mother. Though lawful, such an uprooting would do serious and perhaps permanent psychological damage to the child, for it would be destructive of the truly close human bonds which it now has and would impair its prospects of functioning as a healthy human being as it grows older.

The law gives rights to the natural parents of a child in order that such very important and natural bonding may be protected and fostered, in the best interests of the child. The court recognizes those rights on that basis and for that purpose. But where, as in the present case, such bonding does not exist between the natural parent and child, having instead developed between the child and other parent figures, the court must perforce give recognition to the facts of the case accordingly. To do otherwise would be to substitute an empty formula for the substance which the law must embody and express.

On the facts of the present case, as the evidence plainly reveals, the child has been brought up by the adoptive parents almost since the day of its birth. The mother was able to see it and care for it during the five

santé publique a préparé sur l'ordre du tribunal un rapport détaillé sur les parties et sur le foyer des intimés et, parlant des observations qu'il a faites, s'est dit d'avis que le processus d'attachement était déjà très avancé avant le procès, alors que l'enfant n'était âgé que de quelques mois. Un psychiatre a également témoigné. Il a insisté sur l'importance de l'attachement, a décrit sa nature, et il a invoqué les rapports soumis par le travailleur social et s'est dit d'avis que leur auteur avait correctement expliqué le phénomène et avait observé les réactions de l'enfant qui étaient caractéristiques du processus de développement. Il a aussi déclaré qu'à son avis, il serait dommageable pour l'enfant de rompre le lien ainsi formé et de le placer dans un foyer étranger et éloigné où la mère serait une inconnue pour lui. Ayant entendu les témoignages, le juge de première instance a dit (aux pp. 103 et 104):

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve dont j'ai été saisie que l'enfant a déjà établi un lien solide avec ses parents adoptifs qui, par conséquent, ont la même relation avec l'enfant que s'ils étaient ses parents naturels. Cela va plus loin que le fait qu'ils aiment l'enfant et s'en occupent, et qu'ils ont agi ainsi depuis le jour de sa naissance ou presque. Cela touche les racines mêmes de l'expérience que l'enfant possède de son monde depuis ce temps. Il serait extrêmement traumatisant pour l'enfant d'être maintenant arraché à son foyer actuel et renvoyé à une étrangère, même si cette étrangère est sa mère naturelle. Quoique légal, un tel déracinement causerait à l'enfant des dommages psychologiques graves et peut-être permanents car il détruirait les véritables liens étroits qu'il entretient en ce moment avec les autres humains et diminuerait ses chances de fonctionner comme un être humain sain lorsqu'il vieillira.

La loi accorde des droits aux parents naturels d'un enfant de manière à protéger et encourager le développement de ce très important attachement naturel, dans l'intérêt de l'enfant. La Cour reconnaît l'existence de ces droits à cette fin. Mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un tel attachement n'existe pas entre le parent naturel et l'enfant mais s'est plutôt établi entre l'enfant et d'autres figures parentales, la Cour doit inévitablement prendre acte des faits de l'espèce en conséquence. Agir autrement équivaldrait à substituer une règle vaine à la réalité que la loi doit contenir et exprimer.

Comme la preuve le révèle clairement, il ressort des faits de l'espèce que l'enfant a été élevé par les parents adoptifs depuis le jour de sa naissance ou presque. Sa mère a pu le voir et en prendre soin pendant les cinq

days they both stayed in the hospital, but (in spite of her growing misgivings) she gave up the child as a planned and deliberate choice. She later signed and delivered a formal consent to adoption of the child, in the usual written form, and she does not deny that she did so freely and knowing fully what she was doing. The adoptive parents were also with the child during its days in the hospital and they have had the child ever since, awaiting the day when the court would grant them its adoption. The adoptive parents have been the sole support of the child during the 7½ months of its life. These facts go a long way to establish the position of the adoptive parents in the present application, having reference to s. 35 and s. 37 of the Domestic Relations Ordinance, which are quoted above.

The majority of the Court of Appeal considered that there was evidence upon which a finding in favour of the adopting parents could properly be made and dismissed the mother's appeal. In this they were, in my opinion, right, and I would not disturb their disposition of the matter.

In my view, which I find supported in modern authority in this country and in the United Kingdom: see *Re Moores and Feldstein; Beson; Racine*; and *J. v. C.*, [1970] A.C. 668 (H.L.), and particularly where the governing statute preserves and dictates the application of the rules of equity, the Court in questions of contested custody, including contests between a natural parent and adoptive parents, must consider the welfare of the child the predominant factor and give it effect in reaching its determination. This was done by the trial judge and the majority of the Court of Appeal. They reached, in my view, the right result, and I would dismiss the appeal. The respondents are entitled to their costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Scott & Associates, Edmonton.*

*Solicitors for the respondents: Boyd & Tancock, Yellowknife.*

jours qu'ils ont passés tous les deux à l'hôpital, mais (malgré son appréhension grandissante) c'est par un choix volontaire et planifié qu'elle a placé son enfant. Elle a plus tard signé et remis un consentement écrit, rédigé selon la formule habituelle, permettant l'adoption de son enfant et elle ne nie pas qu'elle l'a fait volontairement et en connaissance de cause. Les parents adoptifs étaient également avec l'enfant pendant les jours qu'il a passés à l'hôpital et ils ont l'enfant avec eux depuis toujours, attendant le jour où la Cour leur accordera l'adoption. Les parents adoptifs ont été le seul soutien de l'enfant pendant les sept mois et demi de sa vie. Ces faits en disent long pour établir la situation des parents adoptifs dans la présente demande, compte tenu des art. 35 et 37 de l'Ordonnance sur les relations familiales, déjà cités.

La Cour d'appel, à la majorité, a considéré que la preuve permettait de conclure en faveur des parents adoptifs et a rejeté l'appel interjeté par la mère. À mon avis, ils ont eu raison et je n'interviendrais pas dans leur décision.

À mon avis, que j'estime corroboré par la jurisprudence récente de ce pays et du Royaume-Uni (voir *Re Moores and Feldstein, Beson, Racine*, et *J. v. C.*, [1970] A.C. 668 (H.L.)), et en particulier lorsque la loi applicable maintient les règles d'*equity* et en prescrit l'application, la Cour lorsqu'il s'agit de litiges relativement à la garde d'enfant, et notamment de litiges entre un parent naturel et des parents adoptifs, doit considérer que le bien-être de l'enfant est le facteur primordial et lui donner effet dans sa décision. C'est ce qu'ont fait le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel à la majorité. Ils ont pris, à mon avis, la décision qui s'imposait, et je suis d'avis de rejeter l'appel. Les intimés ont droit à leurs dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Scott & Associates, Edmonton.*

*Procureurs des intimés: Boyd & Tancock, Yellowknife.*

**Roseanne Skoke-Graham, Kathryn Doris Skoke, Margaret Martin, Veronica MacFarlane, Christopher MacFarlane and Rosalie Hafey Appellants;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent;**

and

**The Attorney General of Canada Intervener.**

File No.: 17610.

1984: January 26; 1985: March 14.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Disturbing religious worship — Elements of offence — Accused kneeling to receive communion instead of standing — Whether or not religious service “disturbed” contrary to s. 172(3) of the Code? — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 172(3).*

*Constitutional law — Criminal law — Validity of legislation — Disturbing religious worship — Whether s. 172(3) of the Criminal Code intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 172(3).*

*Statutes — Interpretation — Headings — Use of headings as an aid for statutory construction.*

The appellants are Roman Catholics who were charged, pursuant to s. 172(3) of the *Criminal Code*, with wilfully disturbing the order or solemnity of an assemblage of persons met for religious worship. The appellants opposed a change in the liturgy, approved by the Bishop, requiring communion to be received by parishioners while standing rather than kneeling as had been the previous practice. As a result of this liturgical change, there had been an ongoing dispute between appellants and their parish priest and other members of the congregation. A diocesan directive, describing in particular the manner communion was to be administered and received, was regularly read at services and twice during mass on the day in question. However, appellants attempted to receive communion in a kneeling position. Each was told by the priest to stand if he wished to receive it. After a few seconds, each one stood

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Roseanne Skoke-Graham, Kathryn Doris Skoke, Margaret Martin, Veronica MacFarlane, Christopher MacFarlane et Rosalie Hafey Appellants;**

<sup>a</sup> et

**Sa Majesté La Reine Intimée;**

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada Intervenant.**

N° du greffe: 17610.

1984: 26 janvier; 1985: 14 mars.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Perturbation d'un office religieux — Éléments de l'infraction — Accusés agenouillés plutôt que debout pour communier — Le service religieux a-t-il été «troublé» en violation de l'art. 172(3) du Code? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 172(3).*

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Droit criminel — Validité d'une loi — Perturbation d'un office religieux — L'art. 172(3) du Code criminel est-il intra vires du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 172(3).*

<sup>f</sup> *Législation — Interprétation — Rubriques — Utilisation des rubriques pour faciliter l'interprétation législative.*

<sup>g</sup> Les appelants sont des catholiques accusés, conformément au par. 172(3) du *Code criminel*, d'avoir volontairement troublé l'ordre ou la solennité d'une assemblée de personnes réunies pour un office religieux. Les appelants s'opposent à un changement liturgique, approuvé par l'évêque, qui exige que les fidèles reçoivent la communion debout plutôt qu'à genoux comme c'était antérieurement la pratique. Ce changement liturgique a provoqué une querelle persistante entre les appelants et leur curé et d'autres membres de la paroisse. Une directive diocésaine, qui décrit la façon dont la communion doit être donnée et reçue, était régulièrement lue aux offices et elle l'a été deux fois au cours de la messe le jour en question. Les appelants ont néanmoins essayé de recevoir la communion à genoux. Le prêtre a dit à chacun d'eux de se mettre debout s'il voulait communier. Après quelques secondes, chacun d'eux s'est relevé

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

and, without having received communion, returned to his seat in an orderly manner. The trial judge convicted the accused, finding their actions hampered the spirituality of this part of the service, held up the communion lines briefly and created a degree of anxiety and tension which distracted the priests and some members of the congregation. Both the County Court and the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, upheld the conviction.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Subsection 172(3) of the *Criminal Code* is valid federal legislation pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. This subsection is a prohibition which, by means of summary conviction penalty, protects people, who have gathered to pursue any kind of socially beneficial activity, from being purposefully disturbed or interrupted. This prohibition, with its consequent penal sanctions, serves the needs of public morality by precluding conduct potentially injurious to the public interest. It therefore bears the essential characteristics by which matters falling within the criminal law power of Parliament are commonly identified.

The conduct of the appellants did not violate s. 172(3) of the *Criminal Code*. Appellants' conduct was undoubtedly wilful and took place at an assemblage of persons met for religious purposes. Conduct producing annoyance, anxiety or emotional upset in the members of the assemblage met for religious worship is not sufficient, however, to found a conviction under the subsection. Where the impugned acts are brief, essentially passive in nature and are voluntarily desisted from, upon request, then there is no crime. Some activity in the nature of a disorder must occur as a result of this type of conduct before a trial judge would be entitled to find the order or solemnity of a meeting had been disturbed.

To found criminal liability under this subsection, the actions must meet a definition of the word "disturbs" suitable in law to the context of the section and the offence thereby enacted. Not all conduct capable of being described as disturbing or creating a disturbance will fall within s. 172(3). The use of the all-encompassing term "anything", to describe the type of acts that can be the cause of the disturbance, is an indication of the need to restrict the meaning of the word "disturbs". Parliament could not have intended that s. 172(3) could be triggered by conduct which is not disorderly in itself or productive of disorder. The heading of ss. 169-175 of the *Code*—Disorderly Conduct—supports this conclu-

et, sans communier, est retourné en ordre à sa place. Le juge du procès a déclaré les accusés coupables parce que leurs actions avaient gêné la spiritualité de cette partie de l'office, avaient arrêté brièvement les files de communicants et avaient engendré un degré d'anxiété et de tension tel qu'il avait distrait les prêtres et certains fidèles. La Cour de comté et la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ont toutes deux confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer: Le paragraphe 172(3) du *Code criminel* est une disposition législative fédérale valide conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce paragraphe constitue une interdiction qui, par la menace d'une déclaration sommaire de culpabilité, protège les personnes réunies pour toute sorte d'activité visant le bien-être de la société contre les troubles ou les interruptions volontaires. Cette interdiction, assortie de sanctions pénales, sert les besoins de la moralité publique en empêchant un comportement qui risquerait de nuire à l'ordre public. Elle comporte donc les caractéristiques essentielles qui permettent normalement de reconnaître les matières relevant de la compétence de droit criminel du Parlement.

La conduite des accusés n'a pas violé le par. 172(3) du *Code criminel*. Il ne fait aucun doute que leur conduite était volontaire et qu'elle a eu lieu dans une assemblée de personnes réunies pour un office religieux. La conduite qui contrarie, cause de l'anxiété ou une perturbation émotive parmi les membres d'une assemblée, réunis pour un office religieux, ne suffit cependant pas à justifier une déclaration de culpabilité en vertu du paragraphe. Lorsque les actes reprochés sont de courte durée, qu'ils sont essentiellement passifs et que leur auteur y met fin volontairement sur demande, il n'y a pas de crime. Avant qu'un juge de première instance ait le droit de conclure que l'ordre ou la solennité d'une assemblée ont été troublés, il faut une activité indicative d'un désordre.

Pour qu'il y ait responsabilité criminelle en vertu de ce paragraphe, les actes doivent correspondre à une définition du mot «trouble» qui, en droit, s'adapte au contexte de l'article et à l'infraction qu'il crée. Les actes qu'on peut qualifier de perturbateurs ou de générateurs de troubles ne sont pas tous visés par le par. 172(3). L'emploi de l'expression fourre-tout «quelque chose» pour décrire le genre d'actes qui peuvent être la cause du trouble est révélateur de la nécessité de restreindre le sens du mot «trouble». Le législateur n'a pu vouloir qu'une conduite qui n'est pas désordonnée en soi ou qui n'est pas productive de désordre puisse déclencher l'application du par. 172(3) du *Code criminel*. La rubrique

sion. There was no identifiable disorder in this case. A brief holdup of the lines and a heightening of the existing atmosphere of tension discerned by some of those present is not evidence of a disorder. The trial judge erred in law in his interpretation of s. 172(3) and wrongly convicted the appellants.

*Per* Lamer and Wilson JJ.: The trial judge erred in holding that kneeling instead of standing to receive communion fell within the meaning of the word "anything" when properly interpreted in light of the legislative context and legislative history of s. 172(3) of the *Criminal Code*. The appellants should not have been convicted.

The legislative context and history of the provision dictates that the word "anything" should be given a restricted interpretation consonant with the purpose of the statute. Prior to 1954, a disturbance, interruption or disquiet of a religious assembly was only punishable if it took place "by profane discourse, by rude or indecent behaviour or by making noise". In amending the section in the 1953-54 *Code* to its present form, Parliament did not intend to expand its scope to cover peaceful acts of defiance of religious authority. This view is reinforced by the fact that s. 161 of the 1953-54 *Code* (like s. 172 of the present *Code*) is one of a series of offences falling under the heading "Disorderly Conduct". Accordingly, although the trial judge found on proper evidence that the appellants' conduct disturbed the order and solemnity of the service, no offence was committed.

Section 172(3) of the *Criminal Code* is properly characterized as criminal law since, in substance, it is an enactment to prevent breaches of the public peace and to enable citizens to conduct services of worship without fear of disturbance. Although, as a matter of statutory interpretation, the appellants' conduct is not caught by the section, this does not mean that the *Criminal Code* could not, if clear and unambiguous language were used for the purpose, characterize such conduct as criminal where the result of it was to disturb the solemnity of a religious service.

#### Cases Cited

*R. v. Lavoie* (1902), 6 C.C.C. 39; *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *R. v. Cardinal* (1969), 8 C.R.N.S. 325; *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 9 C.C.C. 186; *R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Swinimer* (1978), 40 C.C.C.

en tête des art. 169 à 175 du *Code*, «Inconduite», appuie cette conclusion. En l'espèce, il n'y a pas eu de désordre identifiable. Un bref arrêt des files de communiantes et une montée de la tension déjà présente dans l'atmosphère, ressentie par certaines personnes présentes, ne sont pas la preuve d'un désordre. Le juge du procès a commis une erreur de droit en interprétant le par. 172(3) et a eu tort de déclarer les appelants coupables.

*Les juges Lamer et Wilson*: C'est à tort que le juge du procès a décidé que s'agenouiller au lieu de se tenir debout pour recevoir la communion est visé par l'expression «quelque chose», si on l'interprète à la lumière du contexte législatif et de l'histoire du par. 172(3) du *Code criminel*. Les appelants n'auraient pas dû être déclarés coupables.

Le contexte législatif et l'histoire de la disposition imposent de donner à l'expression «quelque chose» une interprétation plus étroite, conforme à l'objet de la loi. Avant 1954, le trouble, l'interruption ou le dérangement d'une assemblée religieuse n'étaient sanctionnés que si cela était fait «par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit». En modifiant l'article dans le *Code* de 1953-1954 pour lui donner sa forme actuelle, le législateur ne cherchait pas à étendre sa portée aux actes paisibles de défiance de l'autorité religieuse. Le fait que l'art. 161 du *Code* de 1953-1954 (tout comme l'art. 172 du *Code* actuel) fait partie des infractions regroupées sous la rubrique «Inconduite» renforce cette opinion. Donc, bien que le juge du procès ait constaté, sur le fondement de la preuve appropriée, que la conduite des appelants avait troublé l'ordre et la solennité de l'office, aucune infraction n'a été commise.

Le paragraphe 172(3) du *Code criminel* peut être qualifié de disposition de droit criminel puisqu'en substance il s'agit d'une disposition qui cherche à interdire de troubler la paix publique et à permettre aux citoyens de célébrer des services religieux sans avoir à craindre les perturbations. Quoique, pour des raisons d'interprétation législative, la conduite des appelants ne soit pas régie par l'article, cela ne signifie pas que le *Code criminel* ne pourrait, si des termes clairs et non ambigus étaient employés, qualifier une telle conduite de criminelle lorsqu'elle a pour effet de troubler la solennité d'un service religieux.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Lavoie* (1902), 6 C.C.C. 39; *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263; *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *R. v. Cardinal* (1969), 8 C.R.N.S. 325; *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 9 C.C.C. 186; *R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Swinimer*

(2d) 432; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *R. v. Thompson* (1913), 14 D.L.R. 175; *R. v. Reed* (1983), 8 C.C.C. (3d) 153, aff'd (1984), 10 C.C.C. (3d) 573; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitution Act, 1867*, s. 91(27).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 171, 172(2), (3).

*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 12, 13.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, *sub nom. R. v. Hafey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100, dismissing appellants' appeal from convictions, on a charge of wilfully disturbing the solemnity of religious meeting contrary to s. 172(3) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

*Roseanne Skoke-Graham*, for the appellants.

*Robert E. Lutes* and *Martin E. Herschorn*, for the respondent.

*S. Ronald Fainstein*, for the intervener.

The judgment of Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—

#### Part I—Introduction

The six appellants are Roman Catholics who were charged, pursuant to s. 172(3) of the *Criminal Code*, with wilfully doing an act that disturbed the order or solemnity of an assemblage of persons met for religious worship. The charge was laid following their attempt to receive holy communion in a kneeling position, contrary to a diocesan directive that communion would only be given to parishioners who stood to receive it. The accused

(1978), 40 C.C.C. (2d) 432; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *R. v. Thompson* (1913), 14 D.L.R. 175; *R. v. Reed* (1983), 8 C.C.C. (3d) 153, confirmé (1984), 10 C.C.C. (3d) 573; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1.

#### b Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés.*

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 171, 172(2), (3).

c *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).

*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 12, 13.

d POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, *sub nom. R. v. Hafey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100, qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir volontairement troublé la solennité d'une assemblée religieuse, en infraction au par. 172(3) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

f *Roseanne Skoke-Graham*, pour les appelants.

*Robert E. Lutes* et *Martin E. Herschorn*, pour l'intimée.

g *S. Ronald Fainstein*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

h LE JUGE DICKSON—

#### Partie I—Introduction

Les six appelants sont des catholiques accusés, conformément au par. 172(3) du *Code criminel*, d'avoir volontairement accompli un acte qui a troublé l'ordre ou la solennité d'une assemblée de personnes réunies pour un office religieux. L'accusation a été portée après qu'ils eurent essayé de recevoir à genoux la sainte communion, en violation d'une directive diocésaine que la communion serait seulement donnée aux paroissiens qui restent

were convicted at trial. Their convictions were affirmed on appeal by both the Nova Scotia County Court and the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division. This case calls for consideration of the proper interpretation in law to be given s. 172(3) as well as the constitutional validity of this subsection in light of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

## Part II—*Background and Facts*

The facts of the case are straightforward and undisputed. The six appellants are practising members of the Roman Catholic faith. They have for many years attended Our Lady of Lourdes Parish Church in Stellarton, Nova Scotia. Our Lady of Lourdes is one of ninety-three parishes which make up the Diocese of Antigonish.

It has become the custom in this diocese for communion to be received standing by those able to do so. This custom is a relatively recent development. The previous practice had been for communion to be received kneeling. This change has been accepted and approved by the Bishop responsible for the diocese.

Nonetheless, the appellants continued to oppose this change in the liturgy. As a result of their opposition, there has been what has been characterized before us as an ongoing dispute between the appellants on the one hand and the priests and other members of this church, on the other hand.

To aid in the resolution of this dispute, the parish priest and his assistant drew up a directive concerning the procedures to be followed during mass. This directive dealt in particular with the manner in which communion was to be administered and received. This directive was regularly read during services to the parishioners prior to the day of the alleged offence.

On that day as well, this directive was read to the assembled congregation, among whom were then present most, if not all, of the appellants. The directive was again read shortly before communion was administered by which time all appellants were present.

debout pour la recevoir. Au procès, les prévenus ont été déclarés coupables. Leur déclaration de culpabilité a été confirmée en appel tant par la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse que par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Cette affaire exige que l'on examine l'interprétation à donner au par. 172(3) et la constitutionnalité de ce paragraphe compte tenu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

## Partie II—*Le contexte et les faits*

Les faits de l'espèce sont simples et incontestés. Les six appelants sont des catholiques pratiquants. Depuis de nombreuses années ils fréquentent l'église de la paroisse Notre-Dame de Lourdes à Stellarton (Nouvelle-Écosse). Notre-Dame de Lourdes est une des quatre-vingt-treize paroisses qui composent le diocèse d'Antigonish.

C'est maintenant une pratique courante dans ce diocèse, pour ceux qui sont en mesure de le faire, de recevoir la communion debout. Cette pratique est une innovation relativement récente. Auparavant, on devait s'agenouiller pour recevoir la communion. L'évêque du diocèse a accepté et approuvé ce changement.

Les appelants ont néanmoins continué à s'opposer à ce changement liturgique. Leur opposition a amené ce qu'on a qualifié devant nous de querelles continues entre les appelants d'une part et les prêtres et d'autres membres de cette paroisse, d'autre part.

Pour faciliter le règlement de ce différend, le curé et son vicaire ont conçu une directive sur les procédures à suivre durant la messe. Cette directive précisait particulièrement la façon de donner et de recevoir la communion. Elle avait été lue régulièrement aux paroissiens au cours des offices avant le jour de l'infraction imputée.

Ce jour-là, la directive a été lue comme d'habitude à l'assemblée des fidèles parmi lesquels se trouvaient la plupart des appelants sinon tous. Elle a été relue peu avant la communion à un moment où tous les appelants étaient présents.

When the point in the mass had been reached when communion was to be taken, the appellants, with the other members of the congregation who desired to receive communion, made their way to the back of the church. From there, two lines formed and made their way down the centre aisle towards the three communion stations at or near the altar. The two lines spread into three as they approached these communion stations.

As each accused arrived at a communion station, he or she knelt before the priest. They were each told to stand if they wished to receive communion. After a few seconds, each one stood and, without receiving communion, moved off in an orderly manner to the sides of the church and returned to his or her seat.

### Part III—*Courts Below*

The appellants were all charged upon informations dated June 30, 1982, alleging that each of the appellants, at the time and place set forth, “did unlawfully at or near a meeting of Religious Worship at Our Lady of Lourdes Parish, did wilfully disturb the order or solemnity of that Religious Worship and Meeting, contrary to section 172(3) of the Criminal Code of Canada”.

Section 172 of the *Criminal Code* reads:

172. (1) Every one who

(a) by threats or force, unlawfully obstructs or prevents or endeavours to obstruct or prevent a clergyman or minister from celebrating divine service or performing any other function in connection with his calling, or

(b) knowing that a clergyman or minister is about to perform, is on his way to perform, or is returning from the performance of any of the duties or functions mentioned in paragraph (a)

(i) assaults or offers any violence to him, or

(ii) arrests him upon a civil process, or under the pretence of executing a civil process,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

Au moment où l'on s'apprêtait à donner la communion, les appelants, avec les autres fidèles qui souhaitaient communier, se sont dirigés vers l'arrière de l'église. De là, deux files se sont formées et se sont avancées dans l'allée centrale vers trois endroits où l'on donnait la communion à l'autel ou près de l'autel. Les deux files se divisaient de manière à en former trois à proximité des endroits où l'on donnait la communion.

Lorsque chacun des prévenus est arrivé à un endroit où l'on donnait la communion, il ou elle s'est agenouillé devant le prêtre. Chaque fois le prêtre leur a dit de se mettre debout s'ils souhaitaient communier. Après quelques secondes, chacun d'eux s'est relevé et, sans communier, s'est éloigné en ordre vers les bas-côtés et est retourné à sa place.

### d Partie III—*Les cours d'instance inférieure*

Les appelants ont tous fait l'objet d'une dénonciation en date du 30 juin 1982, accusant chacun d'entre eux d'avoir, aux temps et lieu indiqués, [TRADUCTION] «illicitement, à une assemblée, ou près de cette assemblée, réunie dans la paroisse Notre-Dame de Lourdes pour un office religieux, troublé volontairement l'ordre ou la solennité de cet office, en infraction au par. 172(3) du Code criminel du Canada».

L'article 172 du *Code criminel* dispose que:

172. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque,

a) par menaces ou violence, illicitement gêne ou tente de gêner un membre du clergé ou un ministre du culte dans la célébration du service divin ou l'accomplissement d'une autre fonction se rattachant à son état, ou l'empêche ou tente de l'empêcher d'accomplir une telle célébration ou de remplir une telle autre fonction; ou

b) sachant qu'un membre du clergé ou un ministre du culte est sur le point d'accomplir, ou est en route pour accomplir un devoir ou une fonction mentionnée à l'alinéa a), ou revient de l'accomplir,

(i) se porte à des voies de fait ou manifeste de la violence contre lui, ou

(ii) l'arrête sur un acte judiciaire au civil ou sous prétexte d'exécuter un tel acte.



(2) Every one who wilfully disturbs or interrupts an assemblage of persons met for religious worship or for a moral, social or benevolent purpose is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Every one who, at or near a meeting referred to in subsection (2), wilfully does anything that disturbs the order or solemnity of the meeting is guilty of an offence punishable on summary conviction.

A motion for particulars was granted by Judge R. MacEwan of Provincial Magistrate's Court on July 5, 1982. The Crown filed the following reply to this order:

... the defendants failed to take Communion in a manner that was directed and accepted by Our Lady of Lourdes Parish; in that the Defendants kneeled rather than stood for the purpose of receiving Communion, as is the accepted practice, and which kneeling did interfere, and or distract other parishioners who were taking Communion as was directed and accepted for the purpose of enabling said parishioners to celebrate the Mass.

On August 18, 1982, Judge MacEwan convicted the appellants. Sentence was suspended and each of the appellants was placed upon six months probation.

The trial judge was of the view that the appellants' refusal to take communion in the manner accepted in the parish amounted to a violation of s. 172(3) because it hampered the spirituality of this part of the service. He concluded that both the order and the solemnity of the meeting had been disturbed because the open defiance of the legitimate authority of the priests was a disruptive act. In his view, it created a degree of anxiety and tension which distracted the priests and the congregation from one of the holiest moments in the mass. In reaching this conclusion, he accepted and relied upon the uncontradicted evidence of the two priests administering mass and three parishioners present during the service as to their reaction to the appellants' attempts to receive communion while kneeling.

An appeal against conviction and sentence to the Nova Scotia County Court was dismissed by MacLellan J. He summarized his reasons for

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, volontairement, trouble ou interrompt une assemblée de personnes réunies pour des offices religieux ou pour un objet moral ou social ou à des fins de bienfaisance.

(3) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, à une assemblée ou près d'une assemblée mentionnée au paragraphe (2), fait volontairement quelque chose qui en trouble l'ordre ou la solennité.

Le juge R. MacEwan de la Cour de magistrat provinciale a accueilli, le 5 juillet 1982, une demande de détails. La poursuite a déposé la réponse suivante:

[TRADUCTION] ... les défendeurs ont refusé de communier de la manière exigée et admise par la paroisse Notre-Dame de Lourdes; ils se sont agenouillés plutôt que de rester debout afin de la recevoir, conformément à la pratique admise. En s'agenouillant, ils ont entravé la célébration de la messe et ont distrait les autres paroissiens qui recevaient la communion comme on le leur avait demandé.

Le 18 août 1982, le juge MacEwan a déclaré les appelants coupables. Chacun des appelants a été condamné avec sursis et s'est vu imposer une probation de six mois.

Le juge du procès s'est dit d'avis que le refus des appelants de communier de la manière admise dans la paroisse équivalait à une violation du par. 172(3) parce que cela portait atteinte à la spiritualité de cette partie de l'office. Il a conclu que tant l'ordre que la solennité de l'assemblée ont été troublés parce qu'en défiant ouvertement l'autorité légitime des prêtres, les appelants ont accompli un geste perturbateur. À son avis, ce geste a engendré un degré d'anxiété et de tension propre à empêcher les prêtres et les fidèles de se concentrer sur un des moments les plus sacrés de la messe. Pour en arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur le témoignage non contredit des deux célébrants et de trois paroissiens présents à l'office quant à leur réaction devant les gestes des appelants qui cherchaient à communier agenouillés.

Le juge MacLellan a rejeté l'appel interjeté contre le verdict et la peine devant la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse. Il résume ainsi les

denying the appeal against conviction in the following terms:

In the result then I am of the view that the appeal has no merit whatsoever. I think the learned trial Judge, as I have indicated, had ample evidence to support the conclusions that he reached. I see no failure of the evidence to support his finding. I don't consider that his conclusion is unreasonable and in my view there has been no miscarriage of justice. The appeal against conviction is therefore dismissed.

A further appeal to the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, *sub nom. R. v. Hafey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100, brought with the leave of that court, was also dismissed. Hart J.A., wrote for the unanimous three member panel. I reproduce here the body of his reasoning:

The *Criminal Code* makes it an offence punishable on summary conviction for anyone to disturb the order or solemnity of a religious meeting, and the trial judge after hearing all of the evidence and arguments of counsel reached the conclusion that the actions of the appellants under all of the circumstances showed a defiance of the authority of their church and constituted a wilful disturbance of the service. There was ample evidence, in my opinion, upon which he could have reached that conclusion, and I have here to consider only whether in law the offence contemplated by the *Criminal Code* was in fact committed.

Counsel for the appellants argues that the bishop of the parish did not have the authority to change the form of liturgy and insist upon the celebration of communion in the new fashion, and that therefore the directive given by the parish priest was not valid. She claims that her clients had the right to receive communion in the kneeling position and had not therefore committed any offence against the *Criminal Code*. She suggests strongly that the matter is one for determination within the church and that a criminal prosecution should not have been taken, as the acts committed by the appellants were not of a criminal nature of the kind envisioned by the *Code* as an offence against s. 172.

In my opinion there is no merit to the position taken by counsel for the appellants. It is a criminal offence to disturb the order or solemnity of a religious meeting, and that is exactly what the trial judge found as a fact the appellants had done. If several persons disagree with the form of the religious service they may have the right to withdraw but not to insist upon their procedures

motifs de son rejet de l'appel formé contre le verdict:

[TRADUCTION] En définitive, je suis d'avis que l'appel n'est absolument pas fondé. Je pense que le juge du procès, comme je l'ai mentionné, avait suffisamment d'éléments de preuve pour appuyer ses conclusions. Je ne puis voir aucune faille dans la preuve qui étaye sa décision. J'estime que sa conclusion n'est pas déraisonnable et il n'y a eu, à mon avis, aucune erreur judiciaire.

b Par conséquent, l'appel du verdict est rejeté.

Un autre appel interjeté devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, avec son autorisation, a également été rejeté, *sub nom. R. v. Hafey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100. Le juge Hart a rédigé les motifs unanimes des trois juges. Je reproduis ici le corps de ses motifs:

[TRADUCTION] Le *Code criminel* érige en infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité le fait de troubler l'ordre ou la solennité d'une assemblée religieuse, et le juge du procès, après audition de tous les témoignages et des plaidoiries des avocats a conclu que les actes des appelants dans ces circonstances constituaient un défi à l'autorité de leur Église et une perturbation volontaire du service religieux. Selon moi, il y avait amplement d'éléments de preuve justifiant cette conclusion et, en l'espèce, il ne me reste qu'à examiner si, en droit, l'infraction envisagée par le *Code criminel* a réellement été commise.

L'avocate des appelants allègue que l'évêque de qui relève la paroisse n'avait pas le pouvoir de modifier la forme de liturgie et d'insister pour que la communion soit distribuée d'une nouvelle façon, et que, par conséquent, la directive donnée par le curé de la paroisse n'était pas valide. Elle prétend que ses clients avaient le droit de recevoir la communion à genoux et qu'ils n'ont par conséquent commis aucune infraction au *Code criminel*. Elle a fait valoir avec insistance que cette question doit être réglée au sein de l'Église et qu'une poursuite criminelle n'aurait pas dû être intentée, puisque les actes des appelants n'avaient pas la nature criminelle des actes que le *Code* envisage comme une infraction à l'art. 172.

À mon avis, la thèse avancée par l'avocate des appelants n'est pas fondée. C'est une infraction criminelle de troubler l'ordre ou la solennité d'un office religieux, et c'est exactement ce que le juge du procès a conclu que les appelants avaient fait. Si plusieurs personnes ne sont pas d'accord avec le déroulement du service religieux, elles peuvent avoir le droit de se retirer mais non d'insis-

against the will of the hierarchy of the church. The actions of the appellants although relatively passive were conducted during the course of a bitter dispute within the church and it was open to the trial judge to find that in these circumstances their actions constituted a disturbance, and, in my opinion, this type of disturbance is the very type of conduct intended to be prohibited by the provisions of the *Criminal Code*. Feelings were obviously running high among the parishioners and emotions were near the point of explosion. The actions of the appellants could do nothing but disturb the solemnity of the service.

Leave to appeal was granted by this Court [1983] 1 S.C.R. xiv. The appeals of all the appellants were treated as one cause, as they had been in the courts below. The Attorney General of Canada intervened in support of the position advanced by the Attorney General of Nova Scotia.

#### Part IV—Issues

The proper resolution of this case necessitates consideration of the following two issues:

1. Whether s. 172(3) is *intra vires* Parliament of Canada pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*;
2. Whether the courts below have applied the proper legal standard in determining whether the appellant's conduct violated s. 172(3)?

#### Part V—Constitution Act, 1867: s. 91(27)

The first issue then is whether s. 172(3) of the *Criminal Code* is *intra vires* the Parliament of Canada. I think it plainly is. The "matter" in relation to which this subsection has been enacted comes within the power granted to Parliament by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* to legislate upon criminal law.

Subsection 172(3), much like subs. 172(2), is a prohibition which, by means of summary conviction penalty, protects people, who have gathered to pursue any kind of socially beneficial activity, from being purposefully disturbed or interrupted. The subsection is designed to safeguard the rights of groups of people to meet freely and to prevent

ter pour que leurs procédures soient adoptées malgré la volonté de la hiérarchie de l'Église. Les actes des appelants, bien que relativement passifs, s'inscrivent dans le cadre d'une querelle amère au sein de l'Église et le juge du procès pouvait conclure que, dans ces circonstances, leurs actes constituaient un trouble et, à mon avis, ce genre de trouble est exactement le genre de conduite que les dispositions du *Code criminel* visent à interdire. Les esprits des paroissiens s'échauffaient et la pression montait à tel point qu'elle frôlait l'explosion. Les actes des appelants ne pouvaient que troubler la solennité de l'office.

L'autorisation de pourvoi a été accordée par cette Cour, [1983] 1 R.C.S. xiv. Les pourvois de tous les appelants ont été considérés ensemble, comme ils l'ont été devant les cours d'instance inférieure. Le procureur général du Canada est intervenu pour appuyer la thèse avancée par le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

#### Partie IV—Les questions en litige

La solution de ce litige nécessite l'examen des deux questions suivantes:

1. Le paragraphe 172(3) est-il *intra vires* du Parlement du Canada compte tenu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Les cours d'instance inférieure ont-elles appliqué le bon critère juridique pour décider si la conduite des appelants contrevenait au par. 172(3)?

#### Partie V—La loi constitutionnelle de 1867: par. 91(27)

La première question en litige est de savoir si le par. 172(3) du *Code criminel* est *intra vires* du Parlement du Canada. Je pense qu'il l'est entièrement. La «matière» relativement à laquelle ce paragraphe a été adopté relève du pouvoir de légiférer sur le droit criminel accordé au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le paragraphe 172(3), tout comme le par. 172(2), est une interdiction qui, par la menace d'une déclaration sommaire de culpabilité, protège les personnes réunies pour toute sorte d'activités visant le bien-être de la société contre les troubles ou les interruptions volontaires. Le paragraphe vise à protéger le droit des groupes de personnes de se

the breaches of the peace which could result if these types of meetings were disrupted. *Vide R. v. Reed* (1983), 8 C.C.C. (3d) 153 (B.C.Co.Ct.), at p. 166, aff'd (1984), 10 C.C.C. (3d) 573 (B.C.C.A.)

There is no difficulty in concluding that this prohibition, with its consequent penal sanctions, serves the needs of public morality by precluding conduct potentially injurious to the public interest. It therefore bears the essential characteristics by which matters falling within the criminal law power of Parliament are commonly identified: *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (P.C.) approving Rand J. in *sub nom. Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at pp. 49-50.

The appellants' argument upon this division of powers question began with the submission that subs. 172(3) was not competent to either Parliament or the provincial legislature in so far as it dealt with religious matters. The argument, framed in this manner, is obviously inapposite to any analysis of which body in the Canadian federal system is empowered to legislate. It will not be competent to either legislative body to enact legislation which contravenes the rights and freedoms guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter* does not, however, alter the distribution of powers between the provinces and the federal parliament which continues to be governed by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

It is thus my opinion that s. 172(3) is *intra vires* the Parliament of Canada.

#### Part VI—*Interpretation of s. 172(3)*

The next issue is whether the courts below have applied the proper legal standard in determining whether the appellants' conduct violated s. 172(3). With due respect to the judges in the courts below, it is my view that the conduct of the appellants did not violate s. 172(3) when that subsection is properly interpreted.

réunir librement et à prévenir les violations de la paix qui pourraient résulter de la perturbation de ce genre de réunions. Voir *R. v. Reed* (1983), 8 C.C.C. (3d) 153 (C. Co. C.-B.), à la p. 166, a confirmé (1984), 10 C.C.C. (3d) 573 (C.A.C.-B.)

Il n'est pas difficile de conclure que cette interdiction et les sanctions pénales qu'elle entraîne servent les besoins de la moralité publique en empêchant une conduite qui risquerait de nuire à l'ordre public. Par conséquent, elle comporte les caractéristiques essentielles qui permettent habituellement de reconnaître les matières relevant du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel: *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (C.P.) confirmant le juge Rand dans l'arrêt *sub nom. Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, aux pp. 49 et 50.

Les appelants ont commencé leur argumentation sur cette question de partage des compétences en prétendant que le par. 172(3) ne ressortissait ni au Parlement ni au législateur provincial dans la mesure où il traite de questions religieuses. L'argument, présenté en ces termes, est manifestement sans pertinence pour ce qui est d'une analyse visant à déterminer qui, dans le régime fédéral canadien, a le pouvoir de légiférer. Aucun corps législatif n'a la compétence d'adopter une loi qui contrevient aux droits et libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte* ne modifie cependant pas la répartition des compétences entre les provinces et le Parlement fédéral; celle-ci continue d'être régie par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je suis donc d'avis que le par. 172(3) est *intra vires* du Parlement du Canada.

#### Partie VI—*L'interprétation du par. 172(3)*

La question suivante est de savoir si les cours d'instance inférieure ont appliqué le bon critère juridique pour déterminer si la conduite des appelants contrevient au par. 172(3). Avec égards pour les juges des cours d'instance inférieure, je suis d'avis que la conduite des appelants n'a pas contrevenu au par. 172(3) interprété correctement.

Although s. 172(3) of the *Code* has a long legislative history it has received little judicial consideration. In *R. v. Lavoie* (1902), 6 C.C.C. 39 (Que. Rec. Ct.) the accused was charged with having unlawfully and wilfully disturbed, by rude behaviour and by making noise, an assemblage of persons met for a social purpose, to wit, the holding of a meeting in a hall on Bonsecours Street in the City of Montréal. He was acquitted on the ground that s. 173 of the 1892 *Criminal Code* did not apply to a meeting of electors of a city ward called in aid of a candidate for election. In the view of the recorder, the section was not intended for the preservation of order at political or municipal meetings.

In *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263 (Que. K.B.), the accused was convicted on appeal of disturbing the order or solemnity of a meeting for religious worship. The accused entered a meeting of the Salvation Army in a rented hall in the Municipality of St. Louis du Mile End. The meeting was already in progress. He moved to the front, turned and asked all French speaking people to rise, and when the majority arose, he invited them to leave on the basis that the meeting was no place for French Roman Catholics like himself. Most of the people in the room began to leave, alarming the chairman of the meeting who attempted to prevent them.

The presence of the Salvation Army in the community had raised some hostile feelings and there was a large crowd of some 1200 people gathered outside. As the people began to leave the meeting, the crowd began to throw objects through the windows of the hall, one of which hit the chairman in the face. The crowd eventually dispersed. The accused, acquitted at trial, was convicted on appeal to the King's Bench. Hall J. concluded that "... the members of the [Salvation] Army had the right to the audience they had secured and no man had a right to go there and by a peremptory command or even by personal influ-

Bien que le par. 172(3) du *Code* ait une longue histoire législative, il n'a été que rarement examiné par les tribunaux. Dans l'affaire *R. v. Lavoie* (1902), 6 C.C.C. 39 (Cour du recorder du Québec), le prévenu était accusé d'avoir illicitement et volontairement troublé, par une conduite grossière et en faisant du bruit, une assemblée de personnes réunies pour une fin sociale, savoir la tenue d'une réunion dans une salle située rue Bonsecours à Montréal. Il a été acquitté pour le motif que l'art. 173 du *Code criminel* de 1892 ne s'appliquait pas aux réunions d'électeurs d'un quartier venus appuyer un candidat à une élection. Selon le recorder, cet article ne visait pas le maintien de l'ordre au cours des réunions politiques ou municipales.

Dans l'affaire *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263 (B.R. Qué.), l'accusé a été déclaré coupable en appel pour avoir troublé l'ordre ou la solennité d'une réunion tenue pour un office religieux. Le prévenu est allé à une réunion de l'Armée du salut tenue dans une salle louée dans la municipalité de St-Louis du Mile End. À son arrivée, la réunion était déjà commencée. Il s'est rendu à l'avant de la salle, s'est retourné et a demandé à tous les francophones de se lever, et quand la majorité s'est levée, il les a invités à s'en aller, disant que cette réunion n'était pas la place de catholiques francophones comme lui. La plupart des personnes de l'assistance ont commencé à quitter la pièce, alarmant le président de la réunion qui a tenté de les en empêcher.

La présence de l'Armée du salut dans la communauté avait fait naître des sentiments hostiles et une foule importante de quelque 1200 personnes était rassemblée à l'extérieur. Lorsque les gens ont commencé à quitter la réunion, la foule a commencé à lancer des projectiles à travers les vitres de la salle et l'un d'entre eux a atteint le président au visage. La foule s'est finalement dispersée. Le prévenu, acquitté au procès, a été condamné en appel par la Cour du Banc du Roi. Le juge Hall a conclu que [TRADUCTION] « ... les membres de l'Armée [du salut] avaient le droit de s'adresser aux gens qu'ils avaient réunis et personne n'avait le droit d'aller dans cette salle et, par un ordre catégorique ou même en usant de son influence

ence to interfere with that audience and take them away”.

See also *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, per Taschereau J. at p. 842; *R. v. Reed*, *supra*; *R. v. Cardinal* (1969), 8 C.R.N.S. 325 (Alta. Mag. Ct.); *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 9 C.C.C. 186 (Man. C.A.)

To be guilty of an offence under s. 172(3) the following elements must be present:

- (1) A person must wilfully do “anything”;
- (2) at or near “an assemblage of persons met for religious worship or a moral, social or benevolent purpose”;
- (3) that “disturbs the order or solemnity of the meeting”.

There can be no dispute, as the trial judge concluded, that the appellants’ conduct was wilful. They deliberately and purposefully knelt to receive communion in acknowledged defiance of the priest’s direction that they stand.

It is equally plain that the appellants’ actions took place at an assemblage of persons met for religious worship. They were in church during the celebration of mass at which some 100 to 200 persons were in attendance.

I am not persuaded, however, that the appellants’ conduct could be said in law to have disturbed the order or solemnity of the meeting. I have come to the conclusion that the trial judge erred in law in his interpretation of the subsection and that he was wrong in convicting the appellants. I have done so on the basis of the description given at trial of the appellants’ conduct and the reaction to it.

The following are the facts, the only facts, upon which the trial judge found a disturbance: (i) the appellants held up the communion lines briefly and inconvenienced, to some degree, one or two handicapped people who were behind them in line, (ii) their actions created some anxiety or tension in the priests administering the communion as well as

personnelle, d’intervenir auprès de ce public et de le faire partir».

Voir également *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834, le juge Taschereau à la p. 842; *R. v. Reed*, précité; *R. v. Cardinal* (1969), 8 C.R.N.S. 325 (C. Mag. Alb.); *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 9 C.C.C. 186 (C.A. Man.)

Pour être coupable d’une infraction au par. 172(3), il faut que les éléments suivants soient présents:

- (1) une personne doit volontairement faire «quelque chose»;
- (2) «à une assemblée ou près d’une assemblée de personnes réunies pour des offices religieux ou pour un objet moral ou social ou à des fins de bienfaisance»;
- (3) qui «en trouble l’ordre ou la solennité».

Il ne fait aucun doute, comme le juge du procès l’a conclu, que la conduite des appelants était volontaire. Ils se sont délibérément et avec une intention bien arrêtée agenouillés pour recevoir la communion en défiant de propos délibéré l’ordre du prêtre de se tenir debout.

Il est également manifeste que les actes des appelants ont eu lieu dans une assemblée de personnes réunies pour un office religieux. Ils étaient dans l’église au cours de la célébration de la messe à laquelle assistaient entre 100 et 200 personnes.

Cependant, je ne suis pas convaincu que la conduite des appelants a troublé l’ordre ou la solennité de l’assemblée. J’en suis venu à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur de droit en interprétant le paragraphe et qu’il a eu tort de déclarer les appelants coupables. Ma conclusion se fonde sur la description, donnée au procès, de la conduite des appelants et de la réaction qui a suivi.

Voici les faits, les seuls faits, sur lesquels s’est fondé le juge du procès pour conclure qu’il y avait eu trouble: (i) les appelants ont retardé brièvement les personnes qui avançaient en file pour communier et ont dérangé, dans une certaine mesure, une ou deux personnes handicapées qui étaient derrière eux dans la file, (ii) leurs gestes ont engendré une

those communicants who observed what took place.

In my opinion, it is not sufficient to found a conviction under s. 172(3) that an accused's conduct produce annoyance, anxiety or emotional upset in the members of the assemblage met for religious worship. Where the impugned acts are brief, essentially passive and peaceful in nature and are voluntarily desisted from, upon request, as they were in this case, then there is no crime. There must be some activity in the nature of a disorder which occurs as a result of this conduct before a trial judge would be entitled to find the order or solemnity of a meeting had been disturbed. Where, on the other hand, the impugned actions are not passive nor peaceful in nature, they may in themselves constitute activity in the nature of a disorder sufficient to found a conviction under this subsection.

There was no identifiable disorder in this case. A brief holdup of the lines and a heightening of the existing atmosphere of tension discerned by some of those present is not evidence of a disorder.

The trial judge, however, accepted the definitions of "disturb" and "disturbance" given in the *Shorter Oxford English Dictionary* and *Black's Law Dictionary*. The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "disturb" as, *inter alia*:

3. To interfere with the settled course or operation of; to interrupt, hinder, frustrate . . .

*Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) defines "disturbance" as:

Any act causing annoyance, disquiet, agitation, or derangement to another, or interrupting his peace, or interfering with him in the pursuit of a lawful and appropriate occupation or contrary to the usages of a sort of meeting and class of persons assembled that interferes with its due progress or irritates the assembly in whole or in part.

certain anxiety ou tension chez les prêtres qui donnaient la communion de même que chez les communicants qui ont vu ce qui se passait.

<sup>a</sup> À mon avis, la conduite d'un prévenu qui contraire, cause de l'anxiété ou un bouleversement émotif parmi les membres de l'assemblée réunis pour un office religieux ne suffit pas à justifier une déclaration de culpabilité en vertu du par. 172(3).  
<sup>b</sup> Lorsque les actes en cause sont de courte durée, qu'ils sont essentiellement passifs et de nature paisible et que leur auteur y met fin volontairement sur demande, comme cela a été le cas ici, alors il n'y a pas de crime. Avant qu'un juge de première instance ait le droit de conclure que l'ordre ou la solennité d'une assemblée ont été troublés, il faut une activité indicative d'un désordre qui résulte de cette conduite. Lorsque, par ailleurs, les actes en cause ne sont ni passifs ni de nature paisible, ils peuvent en eux-mêmes constituer une activité indicative d'un désordre suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe.

<sup>e</sup> En l'espèce, rien n'indique qu'il y a eu désordre. Un bref arrêt des files de personnes et une montée de la tension déjà présente dans l'atmosphère ressentie par certaines personnes présentes ne sont pas la preuve d'un désordre.

<sup>f</sup> Le juge du procès a cependant accepté les définitions des termes anglais *disturb* et *disturbance* données dans le *Shorter Oxford English Dictionary* et le *Black's Law Dictionary*. Le premier donne entre autres définitions du mot *disturb* (troubler):

<sup>h</sup> [TRADUCTION] 3. S'immiscer dans le déroulement ou le fonctionnement de; interrompre, gêner, contrecarrer . . .

Le *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) définit ainsi le mot *disturbance* (trouble):

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Tout acte qui est cause de contrariété, d'inquiétude, d'agitation ou de dérangement chez autrui, ou qui trouble sa quiétude ou l'empêche d'exercer une occupation légitime; tout acte qui est contraire aux usages reconnus dans un type d'assemblée ou par une catégorie de personnes formant une assemblée, et qui en empêche le déroulement régulier ou qui irrite les participants ou une partie d'entre eux.

I recognize that the appellants' conduct could fall within the ordinary meaning of the word "disturb". Equally, it could be embraced by the definition of "disturbance" given in *Black's Law Dictionary*. (I would point out that the American context from which the *Black's Law Dictionary* definition appears to be drawn is markedly different from the Canadian one, particularly, s. 172(3): see 12 Am. Jur. 2d 661 "Breach of Peace and Disorderly Conduct".) Not all conduct capable of being described as disturbing or creating a disturbance will fall within s. 172(3). To found criminal liability under this subsection, the actions must meet a definition of the term "disturbs" suitable in law to the context of the section and the offence thereby enacted. It is necessary for the conduct to be disorderly in itself or productive of disorder to be rendered criminal. Conduct which falls below this threshold will not be caught by the subsection.

Parliament could not have intended that s. 172(3) of the *Criminal Code* could be triggered by conduct which is not disorderly in itself or productive of disorder. The use of the all-encompassing term "anything" to describe the type of acts that can be the cause of the disturbance is an indication of the need to restrict the meaning of the word "disturb". If "disturb" in the context of s. 172(3) is taken to encompass annoyance, anxiety or emotional upset, then "anything", no matter how trivial, which would lead to such annoyance, anxiety or emotional upset would be caught by the provision: a man might be convicted under the section for failing to take his hat off in a church, or failing to keep it on in a synagogue.

This interpretation of the word is strengthened by the context in which s. 172(3) of the *Code* is found. The heading for ss. 169-175 of the *Code* is "Disorderly Conduct". Some assistance in interpreting the word "disturb" may be gained from the use of the words "disorderly conduct" in the heading.

The role of headings in statutory construction has been thoroughly canvassed by Mr. Justice Estey in *Law Society of Upper Canada v. Ska-*

Je reconnais que la conduite des appelants pourrait relever du sens ordinaire du mot «troubler». De même elle pourrait être visée par la définition de «trouble» que donne le *Black's Law Dictionary*. (Je remarque que le contexte américain dont semble s'inspirer la définition du *Black's Law Dictionary* est nettement différent du contexte canadien, particulièrement celui du par. 172(3): voir 12 Am. Jur. 2d 661 «Breach of Peace and Disorderly Conduct».) Les actes qui peuvent être qualifiés de perturbateurs ou de générateurs de troubles ne sont pas tous visés par le par. 172(3). Pour qu'il y ait responsabilité criminelle en vertu de ce paragraphe, les actes doivent correspondre à une définition du mot «trouble» qui, en droit, s'adapte au contexte de l'article et à l'infraction qu'il crée. Pour qu'elle devienne criminelle, il est nécessaire que la conduite soit désordonnée en soi ou productive de désordre. Une conduite qui n'atteint pas ce point échappe au paragraphe.

Le législateur n'a pas pu vouloir qu'une conduite qui n'est pas désordonnée en soi ou qui n'est pas productive de désordre puisse entraîner l'application du par. 172(3) du *Code criminel*. L'emploi de l'expression fourre-tout «quelque chose» pour décrire le genre d'actes qui peuvent être la cause du trouble est révélateur de la nécessité de restreindre le sens du mot «trouble». Si «trouble» dans le contexte du par. 172(3) comprend la contrariété, l'anxiété ou le bouleversement émotif, alors «quelque chose» qui, peu importe sa banalité, provoque cette contrariété, cette anxiété ou ce bouleversement émotif serait visé par la disposition: en vertu de cet article, un homme pourrait être déclaré coupable parce qu'il a gardé son chapeau dans une église ou parce qu'il l'a enlevé dans une synagogue.

Cette interprétation de l'expression est renforcée par le contexte du par. 172(3) du *Code*. Les articles 169 à 175 du *Code* se trouvent sous la rubrique «Inconduite». Le recours à la rubrique «Inconduite» peut nous être de quelque utilité dans l'interprétation du mot «trouble».

Dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a examiné en détail le rôle des rubriques dans l'inter-



*pinkner*, [1984] 1 S.C.R. 357. Estey J. noted that neither the Canadian, English, nor American jurisprudence expresses any definite canon of construction applicable to statute headings.

Estey J. states at p. 376:

The question of the role of the heading in the interpretation of statutes appears to be open.

He then continues, with reference to the *Charter*, at p. 377:

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. It is at best one step in the constitutional interpretation process. It is difficult to foresee a situation where the heading will be of controlling importance. It is, on the other hand, almost as difficult to contemplate a situation where the heading could be cursorily rejected although, in some situations, such as, in the case of "Legal Rights", which in the *Charter* is at the head of eight disparate sections, the heading will likely be seen as being only an announcement of the obvious.

The principles stated by Estey J. with reference to headings in constitutional provisions are equally applicable to enactments of Parliament such as the *Criminal Code*. Kellock J. in *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489, in a concurring opinion on a point not discussed by the majority, stated (at pp. 495-96):

Where the language of a section is ambiguous, the title and the headings of the statute in which it is found may be resorted to to restrain or extend its meaning as best suits the intention of the statute, but neither the title nor the headings may be used to control the meaning of enacting words in themselves clear and unambiguous.

It should be noted that the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, refers only to marginal notes and preambles and therefore does not preclude the use of headings as an aid for statutory construction (see ss. 12 and 13).

In my opinion, reliance may be placed upon the heading of ss. 169-175 of the *Code* as an aid in interpreting the word "disturb" in s. 172(3). The heading supports the conclusion that Parliament

préparation des lois. Il a souligné qu'aucune jurisprudence, fut-elle canadienne, anglaise ou américaine, ne formule de règle sûre d'interprétation applicable aux rubriques des lois.

<sup>a</sup>

Le juge Estey dit à la p. 376:

La question du rôle de la rubrique dans l'interprétation des lois paraît non résolue.

<sup>b</sup>

Il poursuit, relativement à la *Charte*, à la p. 377:

<sup>c</sup>

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. Cela constitue tout au plus une étape dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Il est difficile de prévoir une situation où la rubrique aura une importance déterminante. D'autre part, il est presque aussi difficile de concevoir une situation où l'on pourrait écarter rapidement la rubrique même si, dans certains cas, comme celui de la rubrique «Garanties juridiques» qui, dans la *Charte*, est suivie de huit articles disparates, on considérera vraisemblablement la rubrique comme une simple annonce de l'évidence même.

<sup>e</sup>

Les principes exposés par le juge Estey relativement aux rubriques en matière constitutionnelle sont tout aussi applicables aux lois du Parlement comme le *Code criminel*. Le juge Kellock, dans l'opinion concordante qu'il a rédigée dans l'arrêt *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489, dit aux pp. 495 et 496 sur un point que la majorité n'a pas examiné:

<sup>g</sup>

[TRADUCTION] Lorsque le texte d'un article est ambigu, on peut avoir recours au titre et aux rubriques de la loi où l'article se trouve pour en restreindre ou en étendre le sens selon ce qui correspond le mieux à l'intention de la loi, mais ni le titre ni les rubriques ne peuvent servir à déterminer le sens de mots qui en soi sont clairs et précis.

<sup>h</sup>

Notons que la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, ne mentionne que les notes marginales et les préambules et n'interdit donc pas le recours aux rubriques pour l'interprétation des lois (voir les art. 12 et 13).

<sup>j</sup>

À mon avis, on peut recourir à la rubrique des art. 169 à 175 du *Code* pour nous aider à interpréter le mot «trouble» qu'on trouve au par. 172(3). La rubrique appuie la conclusion que le législateur

intended only to proscribe conduct which is either disorderly in itself or productive of disorder.

It is therefore my view that the trial judge incorrectly interpreted the kind of conduct which is capable in law of amounting to a disturbance of the order or solemnity of an assemblage of persons met for religious worship. Applying the interpretation of the subsection I have outlined above, there was clearly no evidence available to the trial judge upon which the appellants could have been convicted.

#### Part VII—*The Constitutional Questions*

Prior to the hearing of the appeal, the late Chief Justice Laskin granted an order stating the following constitutional questions for the purpose of serving notice upon the Attorney General of Canada and upon the Attorneys General of the Provinces:

- (a) Is Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada, as adopted by the Nova Scotia Court of Appeal, in this decision, *intra vires* the *Criminal Code* of Canada?
- (b) Was the subject matter of the offence of which the Applicants were convicted, within the scope of the criminal law power or was it in any event an offence known to law; and did the decision constitute a breach of the Applicants rights as guaranteed under Section 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Constitution Act, 1982)*?
- (c) Did the Decision infringe the Applicants religious rights and freedoms as declared in the *Canadian Bill of Rights*; and did this infringement render Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada inoperable?
- (d) Did the Decision infringe the Applicants religious rights and freedoms as guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Constitution Act, 1982)*; and did this infringement render Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada inoperable?

As Mr. Justice Beetz has recently noted in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60 at p. 71, this Court is not bound to answer constitutional questions when it may dispose of the appeal without doing so. In view of my conclusion that the appellants' conduct did not violate s. 172(3) when that section is properly interpreted, it is not neces-

n'a voulu prohiber que la conduite qui est désordonnée en soi ou productive de désordre.

Par conséquent, je suis d'avis que le juge du procès a mal interprété le genre de conduite qui est susceptible en droit d'équivaloir à des troubles de l'ordre ou de la solennité d'une assemblée de personnes réunies pour un office religieux. Si j'applique l'interprétation du paragraphe que j'ai déjà donnée, il est manifeste que le juge du procès ne disposait d'aucune preuve sur laquelle il pouvait s'appuyer pour déclarer les appelants coupables.

#### Partie VII—*Les questions constitutionnelles*

Avant l'audition du pourvoi, feu le juge en chef Laskin a formulé dans une ordonnance les questions constitutionnelles suivantes à signifier au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces:

- a) Le paragraphe 172(3) du *Code criminel* du Canada, appliqué par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en l'espèce, est-il *intra vires* du *Code criminel* du Canada?
- b) L'infraction dont les requérants ont été déclarés coupables relève-t-elle du pouvoir en matière de droit criminel ou s'agit-il en tout état de cause d'une infraction reconnue en droit; et la décision viole-t-elle les droits des requérants garantis par l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982)*?
- c) La décision viole-t-elle les libertés et les droits religieux des requérants énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* et cela rend-il inopérant le par. 172(3) du *Code criminel* du Canada?
- d) La décision viole-t-elle les libertés et les droits religieux des requérants garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982)* et cela rend-il inopérant le par. 172(3) du *Code criminel* du Canada?

Comme le juge Beetz l'a fait remarquer récemment dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60 à la p. 71, la Cour n'est pas obligée de répondre aux questions constitutionnelles si elle peut disposer du pourvoi sans le faire. Comme j'ai conclu que la conduite des appelants ne contrevient pas au par. 172(3) interprété correctement, il n'est

sary to deal with the other constitutional issues this case may raise.

### Part VIII—Conclusion

I would allow the appeal, quash the convictions and acquit the appellants. I would order the restoration to the appellants of the \$150 awarded as costs to the Crown by Judge MacLellan.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—The appellants were charged on c  
 informations dated June 30, 1982 that on or about  
 June 27, 1982 they “unlawfully at or near a meet-  
 ing of Religious Worship at Our Lady of Lourdes  
 Parish did wilfully disturb the order or solemnity  
 of that Religious Worship and meeting, contrary  
 to section 172(3) of the Criminal Code of Cana- d  
 da”. They were convicted on August 18, 1982 in  
 the Provincial Magistrate’s Court and given sus-  
 pended sentences. An appeal was taken to the  
 County Court and dismissed by His Honour Judge  
 R. F. MacLellan. A further appeal to the Nova  
 Scotia Supreme Court, Appellate Division, was  
 likewise dismissed. Leave to appeal to this Court  
 was granted on April 27, 1983.

#### 1. The Facts

The appellants are Roman Catholics and for s  
 many years have attended Our Lady of Lourdes  
 Parish Church in Stellarton, a small town in  
 Pictou County, Nova Scotia. In recent years the  
 manner in which communion is administered has  
 been changed by the parish priests with the  
 approval of the Bishop. Members of the congrega- h  
 tion must now stand to receive communion rather  
 than kneel as was the prior custom and, although  
 the parishioners are given a choice whether to  
 accept the host in the hand or on the tongue, they  
 are not given a choice whether to stand or kneel. i

The appellants have opposed this change in  
 liturgy and have apparently been quite obstinate in  
 their opposition. This dispute between the appel- j  
 lants and the priests and other members of the

pas nécessaire d’examiner les autres questions  
 constitutionnelles que cette affaire pourrait soule-  
 ver.

### a Partie VIII—Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler  
 les déclarations de culpabilité et d’acquitter les  
 appelants. J’ordonne le remboursement aux appe-  
 lants de la somme de 150 \$ accordée comme  
 b dépens au ministère public par le juge MacLellan.

Version française des motifs des juges Lamer et  
 Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—Dans des dénonciations en  
 date du 30 juin 1982, on a imputé aux appelants  
 d’avoir, vers le 27 juin 1982, [TRADUCTION] «illi-  
 citement, à une assemblée, ou près de cette assem-  
 blée, réunie dans la paroisse Notre-Dame de  
 Lourdes pour un office religieux, troublé volonta- d  
 irement l’ordre ou la solennité de cet office, en  
 infraction au par. 172(3) du Code criminel du  
 Canada». Le 18 août 1982, ils étaient déclarés  
 coupables en Cour de magistrat provinciale et  
 condamnés avec sursis. Ils ont interjeté appel à e  
 la Cour de comté, appel qui fut rejeté par M. le juge  
 R. F. MacLellan. Un appel subséquent à la Divi-  
 sion d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-  
 f Écosse a de même été rejeté. L’autorisation de se  
 pourvoir devant cette Cour fut accordée le 27 avril  
 1983.

#### 1. Les faits

Les appelants sont des catholiques qui depuis s  
 plusieurs années fréquentent l’église de la paroisse  
 Notre-Dame de Lourdes à Stellarton, une petite  
 ville du comté de Pictou en Nouvelle-Écosse. Ces  
 dernières années, l’administration de la commu- h  
 nion a été modifiée par les prêtres de la paroisse  
 avec l’approbation de l’évêque. Les fidèles reçoivent  
 maintenant la communion debout et non à  
 genoux comme c’était la coutume auparavant; or,  
 si les paroissiens ont le choix de recevoir l’hostie  
 dans la main ou sur la langue, ils ne peuvent  
 choisir de s’agenouiller ou de demeurer debout. i

Les appelants se sont opposés à ce changement  
 de liturgie apparemment avec on ne peut plus  
 d’obstination. Cette querelle, qui oppose les appe- j  
 lants aux prêtres et aux autres paroissiens, durait

congregation had been going on for at least two years when, in an attempt to end it, a directive was drawn up by the priest and his assistant and approved by the Bishop of the Diocese. This directive made it clear that from then on communicants were to stand for communion. The directive was made known to the parishioners.

On the day of the offence under appeal the directive was read before the commencement of mass and persons who were unwilling to comply were instructed either to remain in their seats during communion or to leave when communion was being served. The directive was read again just before the parishioners were summoned to take communion. The appellants proceeded to the front of the church along with the other parishioners but, when they presented themselves to receive communion, they knelt. They were informed that they were causing a disturbance and that they would not receive communion in that position. They were instructed to return to their seats and they did so.

The evidence revealed that the acts of the appellants, although peaceful in nature, upset the parish priest and his assistant and upset some members of the congregation as well. There was some suggestion also that the conduct of the appellants disturbed the order of the service by slowing the progress of the lines of communicants. However, I think it is fair to say that the principal disturbance was to the solemnity rather than to the order of the service. This stemmed from the fact that the appellants' defiance of the priest's directive caused a certain amount of unease and tension on the part of other participants in the service. The appellants' conduct did not, on the other hand, produce any overt reaction on the part of other participants either in word or conduct.

Several brief observations may be made about these facts. The first is that reasonableness and a spirit of accommodation do not appear to have been features of either side's conduct in this liturgical dispute. The church has three aisles and, if traffic management were the real reason for the liturgical change, one would have thought it possible to accommodate those who wanted to kneel for communion by having them use only one of the

au moins depuis deux ans lorsque, pour tenter d'y mettre fin, le curé et son vicaire ont rédigé une directive approuvée par l'évêque du diocèse. Cette directive dit clairement qu'à l'avenir il faudra communier debout. La directive a été portée à la connaissance des paroissiens.

Le jour de l'infraction en cause, la directive fut lue avant le début de la messe et ceux qui ne voulaient pas s'y conformer étaient invités soit à rester à leur place pendant la communion soit à sortir à ce moment-là. La directive fut à nouveau lue immédiatement avant que les paroissiens ne soient appelés à communier. Les appelants se sont rendus à l'avant de l'église avec les autres paroissiens mais, lorsqu'ils se sont présentés pour recevoir la communion, ils se sont agenouillés. On leur a alors dit qu'ils causaient des troubles et qu'on ne leur donnerait pas la communion dans cette position. On les a invités à retourner à leur place, ce qu'ils ont fait.

Selon la preuve, les actes des appelants, quoique de nature paisible, ont contrarié le curé de la paroisse et son vicaire ainsi que certains paroissiens. On a aussi laissé entendre que la conduite des appelants avait troublé l'ordre du service en ralentissant la bonne marche des files de communicants. Toutefois, je crois qu'il est juste de dire que c'est principalement la solennité plutôt que l'ordre du service qui a été troublée. Cela découle du fait que le défi des appelants à l'égard de la directive du curé a suscité un certain malaise et une certaine tension chez les autres participants au service. La conduite des appelants n'a cependant pas suscité de réaction ouverte de la part d'autres participants, que ce soit en parole ou en acte.

On peut brièvement faire plusieurs observations au sujet de ces faits. Premièrement, ni la raison ni l'esprit de tolérance ne semblent avoir été l'apanage des uns et des autres dans cette querelle liturgique. L'église possède trois allées et, si le déplacement ordonné des fidèles était la véritable raison de ce changement liturgique, on peut penser qu'il aurait été possible de satisfaire ceux qui désiraient communier à genoux en leur assignant

three aisles. On a perusal of the evidence one is left with the suspicion that the contest of standing versus kneeling represents only the tip of an iceberg in the dispute between the appellants and church authorities.

This suspicion would appear to be confirmed by the manner in which the informations were laid. The incidents in question took place on June 27, 1982 and six informations were sworn out by one Ken Francis of Stellarton on June 30, 1982. In his testimony at trial one of the parishioners, Mr. Gregory MacDonald, testified that he had been asked to observe the order of mass on the day in question. Mr. DiPersio gave a rather evasive answer when he was asked whether he had been requested to take note of the proceedings. While one cannot say so with certainty, it does appear that the appellants' defiance of the directive was something that had been anticipated and that some members of the congregation at least had hit upon the idea of making use of s. 172 of the *Criminal Code* before the incident in question ever took place. If this is in fact the case, it lends some credence to the appellants' contention that the essence of what is being done here is the use of the *Criminal Code* to sanction the appellants for their obstinacy in refusing to obey the directive.

At a more concrete level I think it is important to note that the appellants' act of defiance of the priest's directive was done deliberately with the knowledge that it would, or at least was likely to, produce an adverse reaction in the priest, his assistant and other members of the congregation. This seems to be the way in which the Provincial Court Judge interpreted the concept of wilfulness in his factual finding that the appellants' acts were wilful within the meaning of s. 172(3) of the *Code*. On the other hand, I do not think that there is any finding that the sole or primary intent of the appellants was to disturb the service. At most the disturbing of the service was a natural and foreseeable consequence of their conduct.

Finally, I would make particular note of the existence of concurrent findings of fact in the courts below on the issue of whether or not the service was disturbed. The Provincial Court Judge

une des trois allées. À la lecture de la preuve, on en vient à soupçonner que la querelle de la communion debout par opposition à la communion à genoux n'est que la partie émergée de l'iceberg dans ce conflit qui oppose les appelants aux autorités ecclésiastiques.

C'est ce que semble confirmer la manière dont les dénonciations ont été portées. Les incidents en cause se sont produits le 27 juin 1982; or six dénonciations étaient faites sous serment par un nommé Ken Francis de Stellarton le 30 juin 1982. Dans son témoignage au procès, l'un des paroissiens, M. Gregory MacDonald, a déclaré qu'on lui avait demandé d'observer le déroulement de la messe le jour en question. M. DiPersio n'a donné qu'une réponse assez évasive lorsqu'on lui a demandé si on lui avait dit de noter ce qui se passait. Bien qu'on ne puisse le dire avec certitude, il semble bien qu'on ait prévu que les appelants défieraient la directive et certains paroissiens à tout le moins avaient envisagé d'avoir recours à l'art. 172 du *Code criminel* avant que l'incident en cause ne se produise. Si tel est le cas, on peut ajouter foi dans une certaine mesure à la prétention des appelants qu'essentiellement on cherchait en l'espèce à les punir de leur obstination à désobéir à la directive par un recours au *Code criminel*.

Sur un plan plus concret, je pense qu'il est important de noter que les appelants ont défié la directive du curé de façon délibérée, tout en sachant que ce geste susciterait, ou au moins qu'il pouvait susciter, une réaction négative du curé, du vicaire et d'autres paroissiens. Il semble que ce soit en ce sens que le juge de la Cour provinciale a interprété la notion de caractère volontaire dans sa conclusion de fait que les actes des appelants étaient volontaires au sens du par. 172(3) du *Code*. Par ailleurs, je ne pense pas qu'il y ait de conclusion portant que la seule ou principale intention des appelants était de troubler l'office. Tout au plus, la perturbation du service était une conséquence prévisible et naturelle de leur conduite.

Enfin, je note tout particulièrement les conclusions de fait concordantes des tribunaux d'instance inférieure sur la question de savoir si le service avait été troublé. Le juge de la Cour provinciale a

reviewed the evidence in some detail and I think it is implicit in his findings that he found all the witnesses to be credible. After instructing himself on the dictionary definition of "disturb" and "disturbance" he found that the order and solemnity of the service had been disturbed. He made particular reference to the existence of tension and anxiety as a result of the appellants' acts and concluded that the spirituality of the service had been impaired and that the priest and the people had been distracted. County Court Judge MacLellan commended the trial judge on these findings. They were accepted also in the Appellate Division of the Nova Scotia Supreme Court (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100.

## 2. The Issues

The issues in this case may be conveniently addressed under two headings namely (1) statutory interpretation and (2) constitutional aspects.

### (1) *Statutory interpretation*

The appellants rely on two general propositions with respect to the interpretation of criminal statutes. They are:

- (a) the subject is entitled to rely on the strict words of the statute *i.e.* even if the statute was arguably intended to prohibit the conduct engaged in by the accused, if the conduct is not prohibited by the express words of the statute, criminal liability will not ensue; and
- (b) the subject is entitled to argue that even though the conduct engaged in might be prohibited by the express words of the statute, it does not fall within the spirit of the enactment and the statute should be construed accordingly.

For these propositions the appellants rely upon the case of *R. v. Thompson* (1913), 14, D.L.R. 175 (S.C. Alta.) The Crown does not appear to contest these propositions and I think they are sufficiently well established in our criminal law that no further authority need be cited in support of them. The question is: how do they apply to s. 172(3) of the *Criminal Code*?

examiné la preuve en détail et je crois qu'il découle implicitement de ses conclusions qu'il a jugé tous les témoins dignes de foi. Ayant pris connaissance de la définition que les dictionnaires donnent des termes «troubler» et «trouble», il a conclu que l'ordre et la solennité du service avaient été troublés. Il a mentionné tout particulièrement la tension et l'anxiété qui ont résulté des actes des appelants et a conclu que la spiritualité du service en avait été atteinte et que le célébrant tout comme les fidèles avaient été distraits. Le juge MacLellan de la Cour de comté a fait l'éloge du juge du procès quant à ces conclusions. Elles ont aussi été acceptées par la Division d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse (1983), 4 C.C.C. (3d) 344, 32 C.R. (3d) 285, 57 N.S.R. (2d) 100, 120 A.P.R. 100.

### d 2. Les questions en litige

Les questions en litige en l'espèce peuvent pour la commodité être étudiées sous deux titres: (1) l'interprétation législative et (2) les aspects constitutionnels.

### e (1) *L'interprétation législative*

Les appelants font valoir deux propositions générales en ce qui concerne l'interprétation des lois en matière criminelle. Les voici:

- a) le citoyen est en droit de s'appuyer sur la lettre même de la loi, c.-à-d. que, même si on pouvait soutenir que la loi cherche à prohiber un comportement comme celui des prévenus, si ce comportement n'est pas prohibé par la lettre de la loi il n'y a pas responsabilité criminelle; et
- b) le citoyen est en droit de soutenir que, quoiqu'il soit prohibé par la lettre de la loi, son comportement n'est pas visé par l'esprit de la loi qu'on doit donc interpréter en conséquence.

Les appelants appuient ces propositions sur l'affaire *R. v. Thompson* (1913), 14 D.L.R. 175 (C.S. Alb.) La poursuite ne semble pas contester ces propositions et je pense qu'elles sont suffisamment bien établies dans notre droit criminel pour qu'il ne soit pas nécessaire de citer d'autre jurisprudence à l'appui. La question est donc: comment les appliquer au par. 172(3) du *Code criminel*?

Section 172 of the *Code* is one of a group of seven sections, ss. 169 to 175, placed under the heading "Disorderly Conduct". The section in its entirety reads as follows:

172. (1) Every one who

(a) by threats or force, unlawfully obstructs or prevents or endeavours to obstruct or prevent a clergyman or minister from celebrating divine service or performing any other function in connection with his calling, or

(b) knowing that a clergyman or minister is about to perform, is on his way to perform, or is returning from the performance of any of the duties or functions mentioned in paragraph (a)

(i) assaults or offers any violence to him, or

(ii) arrests him upon a civil process, or under the pretence of executing a civil process,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(2) Every one who wilfully disturbs or interrupts an assemblage of persons met for religious worship or for a moral, social or benevolent purpose is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Every one who, at or near a meeting referred to in subsection (2), wilfully does anything that disturbs the order or solemnity of the meeting is guilty of an offence punishable on summary conviction.

For present purposes there are three elements to an offence under s. 172(3) namely (i) wilfulness; (ii) doing "anything"; and (iii) disturbing the order or solemnity of a religious service. I propose to examine each of these elements in turn.

#### (i) Wilfulness

There are in this case concurrent findings of fact in the courts below that the appellants' acts were wilful. These findings do not, however, preclude this Court from allowing the appeal if the courts below misdirected themselves as to the legal test for wilfulness under the subsection.

L'article 172 du *Code* fait partie d'un groupe de sept articles, les art. 169 à 175, regroupés sous la rubrique «Inconduite». Voici le texte entier de cet article:

<sup>a</sup> 172. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque,

<sup>b</sup> a) par menaces ou violence, illicitement gêne ou tente de gêner un membre du clergé ou un ministre du culte dans la célébration du service divin ou l'accomplissement d'une autre fonction se rattachant à son état, ou l'empêche ou tente de l'empêcher d'accomplir une telle célébration ou de remplir une telle autre fonction; ou

<sup>c</sup> b) sachant qu'un membre du clergé ou un ministre du culte est sur le point d'accomplir, ou est en route pour accomplir un devoir ou une fonction mentionnée à l'alinéa a), ou revient de l'accomplir,

<sup>d</sup> (i) se porte à des voies de fait ou manifeste de la violence contre lui, ou

(ii) l'arrête sur un acte judiciaire au civil ou sous prétexte d'exécuter un tel acte.

<sup>e</sup> (2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, volontairement, trouble ou interrompt une assemblée de personnes réunies pour des offices religieux ou pour un objet moral ou social ou à des fins de bienfaisance.

<sup>f</sup> (3) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, à une assemblée ou près d'une assemblée mentionnée au paragraphe (2), fait volontairement quelque chose qui en trouble l'ordre ou la solennité.

<sup>g</sup> Pour les fins présentes, l'infraction prévue au par. 172(3) comporte trois éléments, soit: (i) le caractère volontaire; (ii) l'accomplissement de «quelque chose»; (iii) le trouble de l'ordre ou de la solennité d'un office religieux. Je vais examiner chacun de ces éléments.

#### (i) Le caractère volontaire

<sup>i</sup> Les tribunaux d'instance inférieure ont tous conclu que les actes des appelants étaient volontaires. Ces conclusions n'empêchent cependant pas cette Cour d'accueillir le pourvoi si ces tribunaux ont commis une erreur quant au critère juridique applicable au caractère volontaire exigé par le paragraphe.

It might be argued that to constitute a wilful disturbance the acts done by the appellants would have to have been done for the specific purpose of causing a disturbance. There is no finding in the courts below to this effect. Accordingly, if the element of wilfulness is construed in this fashion the appellants' convictions could not stand. I do not believe, however, that such a construction can be supported either in light of s. 172(2) or in light of the authorities. The difference between s. 172(2) and s. 172(3) is immediately apparent: in the former, the disturbance or interruption of the assembly must be wilful; in the latter, only the act which disturbs the order or solemnity of the meeting need be wilful. It appears to me, however, that wilfulness in the latter context must imply both deliberation and knowledge that the act would, or was likely to, disturb the service. Thus, as MacLellan Co. Ct. J. pointed out, s. 172(3) cannot apply to involuntary acts such as coughing or sneezing. Equally, in my view, the subsection cannot apply to voluntary acts which are done in ignorance of the fact that they are likely to disturb the service. Thus a person who was ignorant of a particular religious custom could not be convicted for violation of the custom even if this caused a disturbance unless he persisted in violating the custom after he had been informed of the offensive nature of his behaviour. In the present case the appellants' act satisfies both the test of voluntariness and the test of knowledge of its likelihood to disturb the service. In my view, therefore, the courts below quite properly interpreted the section in this respect.

The authorities, such as they are, seem to support this conclusion. In *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263 (Que. K.B.), the accused was a French Canadian Roman Catholic who interrupted a Salvation Army meeting by addressing the other French Canadians and Roman Catholics in the meeting hall and telling them that they ought to leave with the result that the meeting was broken up. The accused argued that his intention was not to break up the meeting but merely to withdraw from the meeting those whom he thought were his co-religionists and particularly young people whom

On pourrait soutenir que pour constituer un trouble volontaire, les actes des appelants auraient dû avoir pour fin précise de causer un trouble. Les cours d'instance inférieure n'ont tiré aucune conclusion en ce sens. En conséquence, si telle est l'interprétation du caractère volontaire, les déclarations de culpabilité des appelants ne sauraient être maintenues. Je ne crois pas toutefois qu'une telle interprétation soit justifiée par le par. 172(2) ou par la jurisprudence. La différence qu'il y a entre le par. 172(2) et le par. 172(3) se voit tout de suite: dans le premier, le trouble ou l'interruption de l'assemblée doit être volontaire; dans le second, il suffit que l'acte qui trouble l'ordre ou la solennité de l'assemblée ait été volontaire. Il m'apparaît toutefois que, dans ce dernier contexte, le caractère volontaire exige que l'on ait su que l'acte troublerait ou qu'il était susceptible de troubler l'office et qu'on l'ait voulu. Ainsi, comme l'a fait remarquer le juge MacLellan de la Cour de comté, le par. 172(3) ne saurait s'appliquer aux cas d'actes involontaires, comme une toux ou un éternuement. De même, à mon avis, le paragraphe ne saurait s'appliquer à des actes volontaires accomplis dans l'ignorance du fait qu'ils sont susceptibles de troubler l'office. Ainsi, celui qui ignore une coutume religieuse particulière ne pourrait être condamné pour violation de cette coutume, même si cela a causé un trouble, à moins qu'il n'ait persisté après avoir été informé du caractère offensant de son comportement. En l'espèce, l'acte des appelants satisfait aux deux critères, celui du caractère volontaire et celui de la connaissance de la probabilité que l'acte va troubler l'office. À mon avis donc, les cours d'instance inférieure ont bien interprété l'article à cet égard.

La jurisprudence existante semble confirmer cette conclusion. Dans l'arrêt *R. v. Gauthier* (1905), 11 C.C.C. 263 (B.R. Qué.), le prévenu, un Canadien français catholique, avait interrompu une assemblée de l'Armée du salut en s'adressant aux autres Canadiens français catholiques présents dans la salle pour leur dire qu'ils devraient sortir, si bien que l'assemblée s'est dispersée. Le prévenu a soutenu qu'il n'avait pas eu l'intention de disperser l'assemblée mais seulement de faire sortir ceux qu'il croyait être ses coreligionnaires, particulièrement les jeunes qui, craignait-il, pourraient être



he feared might be subjected to violence if they stayed. Hall J. had some doubts about this version of the facts but, even giving the accused the benefit of the doubt, he found that he had disturbed the order and solemnity of the meeting. Although this prosecution took place under s. 173 of the 1892 *Code* and this provision was worded somewhat differently from the present section, the element of wilfulness must, in my view, be construed in the same way under s. 172(3) of the present *Code*.

(ii) Doing "anything" that disturbs

Under s. 172(3) the accused must do something that disturbs the service. His mere presence would not, it seems, be sufficient even although this was disturbing to the meeting. On the other hand the appellants here did something which the trial judge found disturbed the service, namely kneeling to take communion contrary to express instructions not to do so. The word "anything" is certainly sufficiently broad on its face to cover these acts. Indeed, nothing could be broader than "anything". On the other hand, as I have already indicated, an accused is entitled to argue that the intentment of the Act is narrower than the words construed in their ordinary sense might indicate. If the entire context raises a doubt as to the meaning of the section the courts are entitled to adopt a narrower construction more consonant with the purpose of the statute.

It seems to me that there are strong policy reasons for concluding that passive or trivial acts are not encompassed by the word "anything" as used in the section. I believe also that the legislative history of s. 172(3) affords a basis for a narrower construction of the word "anything".

The Crown has conveniently set out the legislative history of the section on pp. 6 and 7 of its factum and I reproduce them here. The emphasis is my own.

A. *An Act Respecting Offences Against The Person* S.C. 1869, c. 20, s. 37 (Note: a similar provision was found in the English Statute *Offences Against*

l'objet de violences s'ils restaient. Le juge Hall entretenait quelque doute sur cette version des faits mais, même en donnant au prévenu le bénéfice du doute, il a conclu qu'il avait néanmoins troublé l'ordre et la solennité de l'assemblée. Quoique cette poursuite ait été fondée sur l'art. 173 du *Code* de 1892 et que le texte de cette disposition diffère quelque peu de l'article actuel, le caractère volontaire dans le par. 172(3) du *Code* actuel doit cependant, à mon avis, être interprété de la même manière.

(ii) L'accomplissement de «quelque chose» qui trouble

Selon le par. 172(3), le prévenu doit faire quelque chose qui trouble l'office. Sa simple présence semblerait ne pas être suffisante même si cela causait un trouble dans l'assemblée. D'autre part, les appelants ont ici fait quelque chose qui, suivant les conclusions du juge du procès, a troublé l'office: ils se sont agenouillés pour recevoir la communion contrairement aux instructions expresses de ne pas le faire. L'expression «quelque chose» est certainement assez large à première vue pour englober ces actes. En fait, rien ne pourrait être plus large que «quelque chose». D'autre part, comme je l'ai déjà dit, un prévenu est en droit de soutenir que l'intention de la loi est plus étroite que les termes, employés dans leur sens ordinaire, pourraient le laisser entendre. Si tout le contexte amène à douter du sens de l'article, les tribunaux peuvent adopter une interprétation plus étroite, plus conforme à l'objet de la loi.

Il me semble qu'il y a de bonnes raisons d'ordre public de conclure que l'expression «quelque chose» dans l'article ne vise pas les actes passifs ou banals. Je crois que l'histoire législative du par. 172(3) justifie une interprétation plus étroite de l'expression «quelque chose».

La poursuite a exposé à notre bénéfice l'histoire législative de l'article aux pp. 6 et 7 de son mémoire; je les reproduis ici. C'est moi qui souligne.

[TRADUCTION]

A. *Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, chap. 20, art. 37 (N.B.: on trouve une disposition semblable à l'art. 36 de l'*Offences*

*The Person Act* 1861, s. 36 (11 Halsbury 4th Ed. Para. 1010)):

37. Whosoever wilfully disturbs, interrupts, or disquiets any assemblage of persons met for religious worship, or for any moral, social or benevolent purpose, by profane discourse, by rude, or indecent behaviour, or by making a noise, either within the place of such meeting or so near it as to disturb the order or solemnity of the meeting, may be arrested on view by any peace officer present at such meeting or by any other person present thereto verbally authorized by any Justice of the Peace present thereat, and detained until he can be brought before a Justice of the Peace; and such offender shall, upon conviction thereof before a Justice of the Peace, on the oath of one or more credible witnesses, forfeit and pay such sum of money, not exceeding twenty dollars, as the said Justice may think fit, and costs, within the period specified for the payment thereof, by the convicting Justice at the time of the conviction—and in default of payment, such Justice shall issue his warrant to a constable to levy such fine and costs within a time to be specified in the warrant, and if no sufficient distress can be found, such Justice shall commit the offender to the common gaol of the District, County or place wherein the offence was committed, for any term not exceeding one month, unless the fine and costs be sooner paid.

B. *An Act Respecting Offences Against Religion*, R.S.C. 1886, c. 156, s. 2:

2. Every one who wilfully disturbs, interrupts or disquiets any assemblage of persons met for religious worship, or for any moral, social or benevolent purpose, by profane discourse, by rude or indecent behavior, or by making a noise, either within the place of such meeting or so near it as to disturb the order or solemnity of the meeting, is guilty of a misdemeanor and liable, on summary conviction, to a penalty not exceeding twenty dollars and costs, and, in default of payment, to imprisonment for a term not exceeding one month,—and may be arrested on view by any peace officer present at such meeting, or by any other person present, verbally authorized thereto by any justice of the peace present thereat, and detained until he can be brought before a justice of the peace. 32-33 V., c. 20, s. 37.

C. *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, s. 173:

173. Every one is guilty of an offence and liable, on summary conviction, to a penalty not exceeding

*Against The Person Act* 1861 d'Angleterre (11 Halsbury, 4<sup>e</sup> éd., par. 1010)):

37. Quiconque, de propos délibéré, trouble, interrompt ou dérange une assemblée de personnes réunies dans un but religieux, ou dans un but moral, social ou de bienfaisance, par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit, soit dans le lieu où se tient cette assemblée, soit assez près pour troubler l'ordre ou la solennité de l'assemblée, pourra être arrêté à vue par tout officier de paix présent à l'assemblée, ou par tout autre assistant, verbalement autorisé par un juge de paix présent, et détenu jusqu'à ce que l'affaire soit portée par devant un juge de paix; et le délinquant sera, sur conviction du fait devant un juge de paix, sur le serment d'un ou plusieurs témoins dignes de foi, condamné à l'amende, et paiera une somme de pas plus de vingt piastres, selon que le juge de paix le croira convenable, avec les frais, dans la période désignée à cet effet par le juge de paix prononçant la sentence à l'époque de la conviction;—et à défaut de paiement, le juge de paix émettra son mandat, adressé à un constable, pour faire prélever cette amende et les frais dans un laps de temps mentionné dans le mandat, et s'il ne se trouve pas de biens suffisants, le juge de paix enverra le délinquant à la prison commune du district, comté ou lieu où l'offense a été commise, pour un terme de pas plus d'un mois, à moins que l'amende et les frais ne soient plus tôt payés.

B. *Acte concernant les délits contre la religion*, S.R.C. 1886, chap. 156, art. 2:

2. Quiconque, de propos délibéré, trouble, interrompt ou dérange une assemblée de personnes réunies dans un but religieux, ou dans un but moral, social ou de bienfaisance, par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit, soit dans le lieu où se tient cette assemblée, soit assez près pour troubler l'ordre ou la solennité de l'assemblée, est coupable de délit et passible, sur conviction sommaire, d'une amende de vingt piastres au plus, avec dépens, et, à défaut de paiement, d'un emprisonnement d'un mois au plus, et peut être arrêté à vue par tout agent de la paix présent à l'assemblée ou par tout autre assistant, verbalement autorisé par un juge de paix présent, et détenu jusqu'à ce qu'il puisse être traduit devant un juge de paix. 32-33 V., chap. 20, art. 37.

C. *Code criminel*, S.C. 1892, chap. 29, art. 173:

173. Est coupable de contravention et passible, sur conviction sommaire, d'une amende de cinquante

fifty dollars and costs, and in default of payment to one month's imprisonment, who wilfully disturbs, interrupts or disquiets any assemblage of persons met for religious worship, or for any moral, social or benevolent purpose, by profane discourse, by rude or indecent behaviour, or by making a noise, either within the place of such meeting or so near it as to disturb the order or solemnity of the meeting. R.S.C., c. 156, s. 2.

D. R.S.C. 1906, c. 146, s. 201 (Same as 1892, s. 173).

E. R.S.C. 1927, c. 36, s. 201 (Same as 1892, s. 173).

F. S.C. 1953-54, c. 51, s. 161(2) and (3):

s. 161(2) Every one who wilfully disturbs or interrupts an assemblage of persons met for religious worship or for a moral, social or benevolent purpose is guilty of an offence punishable on summary conviction.

s. 161(3) Every one who, at or near a meeting referred to in subsection (2), wilfully does anything that disturbs the order or solemnity of the meeting is guilty of an offence punishable on summary conviction.

G. R.S.C. 1970, c. C-34, s. 172(2) and (3) (Same as 1953-54).

It is noteworthy that in legislation dating from 1869 disturbance, interruption or disquiet of a religious assembly was only punishable if it took place "by profane discourse, by rude or indecent behaviour, or by making a noise". The Crown argues that the 1953-54 amendment to the section, as part of a major revision to the *Criminal Code*, broadened the section and such restrictions are no longer applicable. This does not, however, appear to have been Parliament's intention.

It seems to me that all Parliament intended to do in enacting s. 161(3) of the 1953-54 *Code* was to use general rather than specific words to cover the types of things which were considered capable of disturbing the order or solemnity of a meeting. I do not believe they were seeking to expand the scope of the provision to cover peaceful acts of defiance of religious authority. I am reinforced in

piastres au plus, avec dépens, et, à défaut de paiement, d'un emprisonnement d'un mois au plus, quiconque, de propos délibéré, trouble, interrompt ou dérange une assemblée de personnes réunies dans un but religieux, ou dans un but moral, social ou de bienfaisance, par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit, soit dans le lieu où se tient cette assemblée, soit assez près pour troubler l'ordre ou la solennité de l'assemblée.—S.R.C., chap. 156, art. 2.

D. S.R.C. 1906, chap. 146, art. 201 (identique à 1892, art. 173).

E. S.R.C. 1927, chap. 36, art. 201 (identique à 1892, art. 173).

F. S.C. 1953-54, chap. 51, par. 161(2) et (3):

art. 161(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, volontairement, trouble ou interrompt une assemblée de personnes réunies pour des offices religieux ou pour un objet moral ou social ou à des fins de bienfaisance.

art. 161(3) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, à une assemblée ou près d'une assemblée mentionnée au paragraphe (2), fait volontairement quelque chose qui en trouble l'ordre ou la solennité.

G. S.R.C. 1970, chap. C-34, par. 172(2) et (3) (identique à 1953-54).

Il est significatif qu'à compter de 1869, la loi ne sanctionne le trouble, l'interruption ou le dérangement d'une assemblée religieuse que si cela est fait «par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit». La poursuite soutient que la modification de l'article en 1953-54, au moment de la révision en profondeur du *Code criminel*, en a élargi la portée et que ces restrictions ne sont plus applicables. Cela ne paraît cependant pas avoir été l'intention du législateur.

Il me semble qu'en adoptant le par. 161(3) du *Code* de 1953-54, le législateur a tout simplement voulu employer des termes généraux plutôt que spécifiques pour sanctionner les comportements qu'on jugeait susceptibles de perturber l'ordre ou la solennité d'une assemblée. Je ne crois pas qu'il cherchait par là à étendre la portée de la disposition aux actes paisibles de défiance de l'autorité

this view by the fact that s. 161 of the 1953-54 *Code* (like s. 172 of the present *Code*) is one of a series of offences falling under the heading "Disorderly Conduct". I believe, therefore, that the word "anything" must be read down so as to extend only to things in the nature of profane discourse, rude or indecent behaviour or making a noise. Where, as in this case, the appellants' acts were peaceful and orderly I would be reluctant to find that an offence had been committed even if the acts did disturb the order or solemnity of the service to the minimal extent found by the trial judge.

(iii) Disturbance of the order or solemnity of a meeting

There has been a fair measure of judicial debate as to the nature and extent of the disturbance which must be caused by an accused charged under one of the "Disorderly Conduct" provisions of the *Criminal Code*. By way of illustration s. 171 of the *Code* which deals with causing a disturbance in a public place or a dwelling house has been interpreted in New Brunswick as requiring some externally manifested disturbance on the part of observers or passersby (*R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206 (N.B.C.A.)), but has been perceived in Nova Scotia as requiring only that the accused's act cause an emotional disturbance in the mind of observers (*R. v. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432 (N.S.C.A.)). Given that s. 171 is aimed at acts creating disturbances in public places or dwelling houses without reference to any specific context in which the observer is disturbed, the reasoning of Hughes C.J.N.B. in *R. v. C.D.*, *supra*, is probably correct in its assessment that in the absence of any actual "activities in the nature of a disorder" on the part of observers the act cannot be said to be the type of disorderly conduct at which the provision is aimed. Otherwise, anyone in any given situation would act at the risk of causing some unmanifested emotional upset or "disturbance" to another person.

When considering s. 172(3), however, this reasoning does not appear to be appropriate. This subsection expressly provides a context in which

religieuse. Le fait que l'art. 161 du *Code* de 1953-54 (tout comme l'art. 172 du *Code* actuel) fait partie des infractions regroupées sous la rubrique «Inconduite» renforce mon opinion. Je crois donc que l'expression «quelque chose» doit être atténuée de manière à ne viser que les choses telles les discours profanes, la conduite grossière ou indécente ou le tapage. Lorsque, comme en l'espèce, les actes des appelants sont paisibles et ordonnés, j'hésiterais à conclure qu'il y a eu infraction, même si ces actes ont effectivement troublé légèrement l'ordre ou la solennité de l'office comme l'a constaté le juge du procès.

(iii) Le trouble de l'ordre ou de la solennité d'une assemblée

Il y a une controverse judiciaire importante sur la nature et l'étendue des troubles que doit causer le prévenu accusé d'«Inconduite» aux termes du *Code criminel*. Par exemple, suivant une interprétation donnée au Nouveau-Brunswick, l'art. 171 du *Code*, qui traite des troubles à la paix dans un endroit public ou dans une maison d'habitation, exige qu'il y ait des troubles qui se manifestent extérieurement chez les observateurs ou les passants (*R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206 (C.A. N.-B.)), alors qu'en Nouvelle-Écosse on a estimé qu'il suffit que le geste du prévenu cause un trouble émotif dans l'esprit des observateurs (*R. v. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432 (C.A. N.-É.)). Comme l'art. 171 vise des actes qui troublent la paix dans des endroits publics ou des maisons d'habitation, sans mention de contexte précis dans lequel l'observateur serait troublé, le raisonnement du juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick dans *R. v. C.D.*, précité, est probablement bien fondé lorsqu'il estime qu'en l'absence de toute [TRADUCTION] «activité indicative d'un désordre» chez les observateurs, l'acte ne saurait être considéré comme de la nature d'une inconduite visée par la disposition. Autrement, dans une situation donnée, nous agirions tous au risque de causer à une autre personne quelque perturbation émotive ou «trouble» qu'elle ne manifesterait pas extérieurement.

Lorsqu'on examine le par. 172(3), cependant, ce raisonnement paraît inapproprié. Ce paragraphe prévoit expressément dans quel contexte le trouble

the disturbance takes place (*i.e.* a religious service) and makes explicit the fact that the act may be offensive if it disturbs the “solemnity” of the meeting. Thus, it is not confined, as is s. 171, to the causing of an actual physical disturbance. Rather, the disruption might well be to the emotional state of the observers or other participants in the service since emotional upset would certainly serve to break the solemn mood of a religious service. Accordingly, it would seem that the reasoning pursued by Chief Justice Hughes in *R. v. C.D.*, *supra*, is not persuasive when applied to s. 172(3), as the two statutory contexts are not analogous. Indeed, one might even say that the fact that s. 171 is restricted in application to acts which cause, in the words of Hughes C.J.N.B., “. . . a tumult, an uproar, a commotion and any other disorder”, leads one to the conclusion that s. 172(3) is not so restricted. By specifying that the proscribed act is one which either disturbs the order or the solemnity of a religious meeting, Parliament has made it clear that the offence might either cause the same type of disruption in a religious place as that described in s. 171 with regard to public places and dwelling houses or it might cause a silent, emotional disturbance to the solemnity of the moment in a way specific to religious services.

As I have indicated above, MacEwan Prov. Ct. J. made factual findings that both the order and the solemnity of the service were disturbed by the appellants’ actions. The disturbing of the order flowed from the slowing down of the lines and the disturbing of the solemnity from the upsetting and distracting effect of the appellants’ conduct on the priests and other worshippers. I have already referred to the minor delay in the serving of the other communicants which occurred as a result of the kneeling. The trial judge found that this disturbed the order of the service. The disturbing of the solemnity of the service must presumably be assessed in terms that are subjective, solemnity itself being in significant measure a subjective concept. It seems to me that the trial judge’s finding that the solemnity and spirituality of the service were disturbed in the eyes of the priest and parishioners cannot be contested. Since they are

intervient (c.-à-d. un service religieux) et dit explicitement que le geste peut être offensant s’il trouble la «solemnité» de l’assemblée. Ainsi il n’est pas confiné, comme l’art. 171, à ce qui cause un trouble matériel réel. Au contraire, la perturbation peut fort bien résider dans l’état émotif des observateurs ou des autres participants à l’office puisqu’une perturbation émotive romprait certainement l’atmosphère solennelle d’un service religieux. En conséquence, il semblerait que le raisonnement du juge en chef Hughes dans l’arrêt *R. v. C.D.*, précité, n’est pas concluant lorsqu’on l’applique au par. 172(3), puisque les deux contextes législatifs ne sont pas analogues. En vérité, on pourrait dire que le fait de restreindre l’application de l’art. 171 aux actes qui causent, pour reprendre les termes du juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick: [TRADUCTION] « . . . un tumulte, un tollé, une agitation ou tout autre désordre », amène à conclure que le par. 172(3) ne saurait être ainsi circonscrit. En spécifiant que l’acte proscriit doit troubler l’ordre ou la solennité d’un office religieux, le législateur a montré clairement que l’infraction pourrait être soit la cause du même genre de désordre dans un lieu de piété que celui visé à l’art. 171 dans le cas des endroits publics et des maisons d’habitation, soit la cause d’un trouble émotif silencieux touchant la solennité du moment, ce qui est propre aux services religieux.

Comme je l’ai déjà dit, le juge MacEwan de la Cour provinciale a constaté qu’effectivement l’ordre et la solennité de l’office avaient été troublés par les actes des appelants. Le trouble de l’ordre était le résultat du ralentissement des files de communicants et celui de la solennité, de l’effet perturbateur et distrayant qu’a eu la conduite des appelants sur les prêtres et d’autres fidèles. J’ai déjà fait allusion au léger retard dans la distribution de la communion aux autres fidèles causé par l’agenouillement. Le juge du procès a conclu que cela troublait l’ordre de l’office. Le trouble de la solennité de l’office doit probablement être évalué subjectivement, le concept de solennité étant dans une large mesure lui-même subjectif. Il me semble que la conclusion du juge du procès, que la solennité et la spiritualité du service avaient été troublées aux yeux du prêtre et des paroissiens, est incontestable. Comme il s’agit des personnes dont

the persons whose notions of solemnity are protected by the section it would seem to follow that the courts below correctly focused on the question whether their sense of the solemnity of the occasion had been disturbed.

However, accepting these findings of the trial judge that the order and solemnity of the service were, as a factual matter, disturbed, it does not in my opinion follow that the acts in question are the type of acts prohibited by the section. I believe that this is a proper case for the application of the principle relied on by the appellants, namely that while their conduct falls within the strict wording of the subsection when read in the broadest way possible in that it was conduct which disturbed the order or solemnity of the service, it does not fall within the narrower meaning intended by Parliament. I rely for this conclusion partly on the legislative context and legislative history of the statutory provision as already discussed but partly also on the factual context of the events.

These appellants may have been violating a new form of liturgical practice and flouting the authority of their Church. They may be obstinate, insubordinate and disobedient parishioners but I find it difficult to see them as criminals. I may say that I find it equally difficult to see their fellow parishioners as informants instigating criminal proceedings against them but such is the case.

I have no doubt that the insistence of the appellants in kneeling to receive communion, because it was an overt act of disobedience and defiance of church authority, disturbed the solemnity of the service and disturbed some of the worshippers as the learned trial judge found. It is also clear, however, that their conduct was intended as a formal expression of their convictions and not as a means of disrupting the service. The physical disruption was negligible. They responded immediately and silently to the priest's refusal of communion and instruction to return to their seats. As for the disturbing of the worshipful atmosphere in the church, one might well wonder, in light of the evidence of some of the witnesses and the fact that the informations were laid so precipitously thereaf-

les notions de solennité sont protégées par l'article, il semble s'ensuivre que c'est à bon droit que les tribunaux d'instance inférieure ont concentré leur attention sur la question de savoir si la solennité du moment, suivant la perception qu'elles en ont, avait été troublée.

Toutefois, même en acceptant les conclusions du juge du procès que l'ordre et la solennité de l'office ont effectivement été troublés, il n'en découle pas, à mon avis, que les actes en cause sont de ceux qu'interdit l'article. Je crois qu'il s'agit d'un cas où il convient d'appliquer le principe que font valoir les appelants: quoique leur conduite soit sanctionnée par la lettre du paragraphe dans son acception la plus large, en ce sens qu'elle a troublé l'ordre ou la solennité de l'office, elle n'est pas visée par le sens plus restreint voulu par le législateur. Je fonde cette conclusion en partie sur le contexte législatif et l'histoire de cette disposition, que j'ai déjà analysés, mais en partie aussi sur les faits ayant entouré les événements.

Les appelants ont peut-être violé une nouvelle forme de pratique liturgique et fait fi de l'autorité de leur Église. Ce sont peut-être des paroissiens obstinés, insubordonnés et désobéissants, mais il me semble difficile de voir en eux des criminels. Il m'est aussi difficile de voir les autres paroissiens comme des dénonciateurs à l'origine d'une poursuite au criminel contre eux, pourtant tel est bien le cas.

Je ne doute pas que l'insistance des appelants à s'agenouiller pour recevoir la communion, parce qu'il s'agissait d'un acte flagrant de désobéissance et de défiance à l'égard de l'autorité ecclésiastique, ait troublé la solennité de l'office et aussi certains des fidèles, comme l'a constaté le juge du procès. Il est aussi manifeste cependant que leur conduite se voulait une expression formelle de leurs convictions et non un moyen de troubler l'office. La perturbation matérielle a été négligeable. Ils ont immédiatement et silencieusement obéi au refus du prêtre de leur donner la communion et à son invitation de retourner à leur place. Quant au trouble de l'atmosphère de piété dans l'église, on peut se demander, à la lumière des dépositions de certains témoins et du dépôt aussi précipité des

ter, just how worshipful it was. But be that as it may, I do not believe that kneeling to receive communion as a result of firmly-held convictions is within the spirit of s. 172(3) of the *Code* even if it is within its literal wording.

I expressed the view earlier that there were strong policy grounds for limiting the scope of the word "anything" in s. 172(3). I think such a limitation is required in order to avoid a weakening of the authority of the criminal law by its application to trifles. While it may be true that the only acceptable definition we can give of a crime is an act which is prohibited by the legislature with penal consequences, when the legislature employs language as broad as it has here, I think it is open to the Court to refine it in light of what it perceives to be the degree of public condemnation any impugned conduct would be likely to attract. I believe also that an interpretation of "anything" which would make the criminal law available as a tool for the enforcement of liturgical practice or the settlement of liturgical disputes may represent an extension of the arm of the law into areas which a substantial segment of the public (although apparently not the informants) would find unacceptable. For these policy reasons, therefore, as well as for reasons arising from the legislative context and history of s. 172(3), I find that the conduct impugned here is not caught by the subsection.

## (2) *Constitutional aspects*

The constitutional aspects of this case are reflected in the questions stated by the late Chief Justice Laskin:

- a) Is Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada, as adopted by the Nova Scotia Court of Appeal, in this decision, *intra vires* the *Criminal Code* of Canada?
- b) Was the subject matter of the offence of which the Applicants were convicted, within the scope of the criminal law power or was it in any event an offence known to law; and did the decision constitute a breach of the Applicants rights as guaranteed under Section 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Constitution Act, 1982*)?

dénonciations, dans quelle mesure elle a pu exister. Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que s'agenouiller pour recevoir la communion afin d'exprimer des convictions profondes soit réprimé par l'esprit du par. 172(3) du *Code*, même si cela relève de sa lettre.

J'ai exprimé auparavant l'opinion que de sérieux motifs d'ordre public militaient pour la limitation de la portée de l'expression «quelque chose» utilisée au par. 172(3). Je crois qu'une telle limitation est nécessaire si l'on veut éviter d'affaiblir l'autorité du droit criminel en l'appliquant à des vétilles. S'il est vrai que la seule définition acceptable que nous puissions donner d'un crime soit de dire qu'il s'agit d'un acte qu'interdit le législateur sous peine de sanction, lorsque le législateur emploie des termes aussi larges que dans le cas présent, je pense qu'il est loisible à la Cour de les raffiner à la lumière de ce qu'elle perçoit comme le degré de réprobation publique que la conduite en cause s'attirerait. Je crois aussi qu'une interprétation de l'expression «quelque chose» qui ferait du droit criminel un outil pour assurer le respect d'une liturgie ou pour régler certaines querelles liturgiques peut représenter une intrusion du droit dans des domaines qu'une partie importante du public (mais apparemment pas les dénonciateurs) considérerait comme inacceptable. Donc, pour ces motifs d'ordre public, de même que pour les motifs découlant du contexte législatif et de l'histoire du par. 172(3), je conclus que la conduite en cause échappe au paragraphe.

## (2) *Les aspects constitutionnels*

Les aspects constitutionnels de l'espèce ressortent des questions énoncées par feu le juge en chef Laskin:

- a) Le paragraphe 172(3) du *Code criminel* du Canada, appliqué par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en l'espèce, est-il *intra vires* du *Code criminel* du Canada?
- b) L'infraction dont les requérants ont été déclarés coupables relève-t-elle du pouvoir en matière de droit criminel ou s'agit-il en tout état de cause d'une infraction reconnue en droit; et la décision viole-t-elle les droits des requérants garantis par l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Loi constitutionnelle de 1982*) ?

- c) Did the Decision infringe the Applicants religious rights and freedoms, as declared in the *Canadian Bill of Rights*; and did this infringement render Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada inoperable?
- d) Did the Decision infringe the Applicants religious rights and freedoms as guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Constitution Act, 1982)*; and did this infringement render Section 172(3) of the *Criminal Code* of Canada inoperable?

Notice of these questions was given to the Attorney General of Canada and to the Attorneys General of the Provinces. The Attorney General of Canada chose to intervene and was heard in support of the submissions of the respondent that s. 172(3) was valid and enforceable criminal legislation and that the appeal should be dismissed.

I do not find it necessary to deal with the questions raised under the *Canadian Bill of Rights* or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since I have already found that the word "anything" must be given a restricted interpretation and that, in light of that restricted interpretation, the subsection does not apply to this case. It may be appropriate, however, to say a brief word about question (a) and the first part of (b) in order to highlight the important distinction that needs to be made in this case between interpretation and constitutional validity.

The argument of the appellants is that certain acts are not criminal in nature and that the mere provision of penal consequences for the doing of such acts does not render them criminal and thus bring them within the legislative competence of Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

For division of powers purposes it has certainly been recognized that the mere labelling of something as criminal does not entitle Parliament to assert legislative jurisdiction over it. As with all questions of characterization for constitutional purposes it is a matter of ascertaining the "pith and substance" of the legislation. However, it seems to me that the Crown's submission that s. 172 is properly characterized as criminal law is correct since in substance it is an enactment to

- c) La décision viole-t-elle les libertés et les droits religieux des requérants énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* et cela rend-il inopérant le par. 172(3) du *Code criminel* du Canada?

- d) La décision viole-t-elle les libertés et les droits religieux des requérants garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982)* et cela rend-il inopérant le par. 172(3) du *Code criminel* du Canada?

Ces questions ont été signifiées au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces. Le procureur général du Canada a choisi d'intervenir pour appuyer l'intimée quand elle soutient que le par. 172(3) constitue une disposition criminelle valide et exécutoire et que le pourvoi devrait être rejeté.

Je n'estime pas nécessaire de traiter des questions soulevées aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* vu que j'ai déjà jugé que l'expression «quelque chose» doit recevoir une interprétation étroite et que, à la lumière de cette interprétation étroite, le paragraphe n'a pas d'application en l'espèce. Il serait peut-être approprié cependant de dire quelques mots au sujet de la question a) et du premier volet de la question b) pour souligner l'importante distinction qui doit être faite en l'espèce entre interprétation et constitutionnalité.

Les appelants soutiennent que certains actes ne sont pas criminels par nature, que le simple fait d'attacher des sanctions pénales à la perpétration de ces actes n'en fait pas des actes criminels et n'a donc pas pour effet de les faire relever de la compétence législative du Parlement fondée sur le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Certes pour les fins du partage des compétences, il a été reconnu qu'il ne suffit pas de qualifier une chose de criminelle pour que le Parlement soit autorisé à assumer une compétence législative à cet égard. Comme dans tous les cas de qualification constitutionnelle, il s'agit de déterminer le «caractère véritable» de la loi. Toutefois, il me semble que l'argument de la poursuite voulant que l'art. 172 puisse être qualifié de disposition de droit criminel est bien fondé puisqu'en substance il



prevent breaches of the public peace and to enable citizens to conduct services of worship without fear of disturbance.

The appellants argue that they have been convicted of the act of kneeling in church and that such an act is not capable of being the subject of a criminal offence. I agree, however, with His Honour Judge MacLellan that the *actus reus* here is not the act of kneeling but doing so in a certain context *i.e.* where it was known that to do so would disturb the solemnity of a religious service. Just as an act which is guilty in one context may be quite innocent in another, so also an act which is innocent in one context may be guilty in another. To use a simple example, it may be an offence to use foul and abusive language in a courtroom but it may be inoffensive to do the same thing in a noisy tavern or in the privacy of one's own home. While it is, in my view, sound to interpret the *Criminal Code* in such a way that the appellants' conduct is not characterized as criminal, it is a much more radical step to assert that the *Criminal Code* could not characterize the appellants' conduct as criminal where the result of such conduct is to disturb the carrying on by their fellow parishioners of their religious services. I would be hesitant, indeed, to accept such a submission.

I would allow the appeal and quash the convictions against the appellants on the ground that s. 172(3) of the *Criminal Code* does not extend to the conduct alleged against the appellants. I would order the restoration to the appellants of the \$150 awarded as costs to the Crown by His Honour Judge MacLellan. Otherwise I would make no order as to costs. If it is necessary to make an order to this effect, I would order that the criminal record of the appellants be expunged.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellants: Roseanne Skoke-Graham, Stellarton.*

*Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax.*

*Solicitor for the intervener: Roger Tassé, Ottawa.*

s'agit d'une disposition qui cherche à interdire de troubler la paix publique et à permettre aux citoyens de célébrer des services religieux sans crainte de troubles.

<sup>a</sup> Les appelants soutiennent qu'ils ont été condamnés pour s'être agenouillés dans une église et qu'un tel acte ne saurait faire l'objet d'une infraction criminelle. Je partage toutefois l'avis de M. le juge MacLellan que l'élément matériel de l'infraction en l'espèce consiste non pas à s'être agenouillé, mais bien à l'avoir fait dans un certain contexte, alors que l'on savait que cela troublerait la solennité d'un service religieux. Tout comme un acte répréhensible dans un contexte peut s'avérer tout à fait innocent dans un autre, de même un acte innocent dans un contexte peut s'avérer coupable dans un autre. Pour donner un exemple simple, c'est une infraction d'employer un langage grossier et offensant dans une salle d'audience, mais il peut être inoffensif de le faire dans une taverne bruyante ou dans l'intimité de son foyer. S'il est à mon avis juste d'interpréter le *Code criminel* de telle manière que la conduite des appelants ne soit pas qualifiée de criminelle, il serait beaucoup plus radical d'affirmer que le *Code criminel* ne saurait qualifier cette conduite de criminelle si elle avait pour effet de troubler la célébration de services religieux par les autres paroissiens. J'hésiterais fort à souscrire à une telle proposition.

<sup>g</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler les déclarations de culpabilité des appelants pour le motif que le par. 172(3) du *Code criminel* ne vise pas la conduite qu'on leur reproche. J'ordonne le remboursement aux appelants des 150 \$ adjugés comme dépens au ministère public par M. le juge MacLellan. Pour le reste je n'adjudge aucuns dépens. J'ordonne, dans la mesure où cela est nécessaire, que le casier judiciaire des appelants soit effacé.

*Pourvoi accueilli.*

<sup>i</sup> *Procureur des appelants: Roseanne Skoke-Graham, Stellarton.*

*Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.*

<sup>j</sup> *Procureur de l'intervenant: Roger Tassé, Ottawa.*



**The Miriam Home** *Appellant;*

and

**Canadian Union of Public Employees  
(Local 2115)** *Respondent;*

and

**Jean-Paul Lalancette** *Mis en cause.*

File No.: 17450.

1984: December 13; 1985: March 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Labour law — Grievance arbitration — Acquired  
privileges — Arbitral award based on unreasonable  
interpretation of collective agreement — Writ of  
evocation.*

Respondent applied to the Superior Court for a writ of evocation to be issued against an arbitral award which held that the educators employed by appellant had no acquired right to free meals except, as provided for by art. 5 of Appendix "B" of the collective agreement, for meals they are called upon to have with the children in the exercise of their duties. Before the agreement was signed, the educators were not paying for their meals, whether they ate with the children or not. The arbitrator dismissed respondent's grievance as the parties had covered the question of meals for educators in art. 5 of Appendix "B", which had the effect of excluding the application of art. 25 of the collective agreement regarding acquired privileges. This article provided that "Employees who presently benefit from advantages or privileges superior to those provided in the present agreement shall continue to so benefit for the duration of [the] agreement". The Superior Court held that the interpretation given to the collective agreement was manifestly unreasonable and authorized a writ of evocation to be issued. The Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Superior Court properly authorized the writ of evocation to be issued: the arbitrator's interpretation is one which cannot reasonably be supported by the language of the agreement itself. Indeed, art. 5 of Appendix "B" could not be an obstacle to application of art. 25 of the agreement. On the contrary, preserving the "advan-

**Le Centre d'accueil Miriam** *Appelant;*

et

**Syndicat canadien de la Fonction publique**  
<sup>a</sup> **(section locale 2115)** *Intimé.*

et

**M<sup>c</sup> Jean-Paul Lalancette** *Mis en cause.*

<sup>b</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 17450.

1984: 13 décembre; 1985: 14 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain.

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

*Droit du travail — Arbitrage d'un grief — Privilèges  
acquis — Décision arbitrale fondée sur une interpréta-  
tion déraisonnable de la convention collective — Bref  
d'évocation.*

L'intimé s'est adressé à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision arbitrale qui porte que les éducateurs employés par l'appelant n'ont pas de privilège acquis leur donnant droit à des repas gratuits, à l'exception, comme le prévoit l'art. 5 de l'annexe «B» de la convention collective, des repas qu'ils sont appelés à prendre avec les enfants dans l'exercice de leurs fonctions. Avant la signature de la convention, les éducateurs ne payaient pas leur repas, qu'ils mangent ou non avec les enfants. L'arbitre a rejeté le grief de l'intimé étant donné que les parties avaient couvert cette question des repas pour les éducateurs à l'art. 5 de l'annexe «B», ce qui avait pour effet de mettre en échec l'art. 25 de la convention collective relatif aux privilèges acquis. Ce dernier article prescrit que «Les salariés qui jouissent présentement d'avantages ou privilèges supérieurs à ceux prévus aux présentes, continuent d'en bénéficier durant la durée de [la] convention». La Cour supérieure a décidé que l'interprétation donnée par l'arbitre à la convention collective était manifestement déraisonnable et a autorisé la délivrance du bref d'évocation. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

<sup>i</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

C'est à bon droit que la Cour supérieure a autorisé la délivrance du bref d'évocation: l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention collective en est une que les termes mêmes de la convention ne peuvent raisonnablement permettre. En effet, l'art. 5 de l'annexe «B» ne saurait faire obstacle à l'art. 25 de la convention. Au

tages or privileges superior” to those provided in the collective agreement is precisely what is covered by art. 25. No one would argue that the right enjoyed by the educators previously, that of receiving a free meal whether they ate with the children or not, is not a greater privilege than what is now granted by the agreement.

Counsel for the appellant urged this Court to look at the agreement as a whole and to conclude that the result arrived at by the arbitrator can be supported on the basis of art. 23.01 of the agreement. He suggested that this Court should come to a conclusion opposite to that which the arbitrator would have arrived at on the basis of art. 23.01. If the Court complied with the suggestion of appellant it would simply be usurping the functions of the arbitrator.

#### Cases Cited

*Jewish Convalescent Hospital v. Syndicat national des employés de l'Hôpital juif pour convalescents*, [1975] S.A.G. 183; *Weredale House v. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1511*, December 15, 1977 (A. Rousseau, arbitrator); *United Steelworkers of America, Local 4589 v. Bombardier—M.L.W. Ltée*, [1980] 1 S.C.R. 905, referred to; *Union des employés de service (local 298 F.T.Q.) v. Résidence Chambly*, February 10, 1975 (M. Brière, arbitrator), distinguished.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup>, affirming a judgment of the Superior Court<sup>2</sup>, authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal dismissed.

*H. Laddie Schnaiberg, Q.C.*, for the appellant.

*Louis-Claude Trudel*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—The arbitral award on the grievance which gave rise to this appeal held that the educators employed by appellant have no acquired right to free meals, except for meals which they are called upon to have with the children in the exercise of their duties.

A judgment of the Superior Court authorized a writ of evocation to be issued against this award. That judgment was unanimously affirmed by the Court of Appeal, which simply held that it had not

contraire, l'art. 25 vise précisément à préserver les «avantages ou privilèges supérieurs» à ceux prévus dans la convention collective. Or, personne ne peut prétendre que le droit dont jouissaient les éducateurs auparavant, soit celui de recevoir un repas gratuit qu'ils mangent ou non avec les enfants, n'est pas un privilège supérieur à ce qui est maintenant accordé dans la convention.

Le procureur de l'appellant invite la Cour à considérer l'ensemble de la convention et à conclure que le résultat auquel en est arrivé l'arbitre peut s'appuyer sur l'art. 23.01 de la convention. Il invite la Cour à décider dans le sens contraire à celui dans lequel aurait décidé l'arbitre sur la base de l'art. 23.01. Accéder à la demande de l'appellant serait de la part de la Cour se substituer purement et simplement à l'arbitre.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Jewish Convalescent Hospital c. Syndicat national des employés de l'Hôpital juif pour convalescents*, [1975] S.A.G. 183; *Weredale House c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1511*, 15 décembre 1977 (arbitre A. Rousseau); *Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589 c. Bombardier — M.L.W. Ltée*, [1980] 1 R.C.S. 905; distinction faite avec l'arrêt: *Union des employés de service (local 298 F.T.Q.) c. Résidence Chambly*, 10 février 1975 (arbitre M. Brière).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>2</sup> autorisant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

*H. Laddie Schnaiberg, c.r.*, pour l'appellant.

*Louis-Claude Trudel*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—La décision arbitrale sur le grief qui est à l'origine de ce pourvoi, prononce que les éducateurs à l'emploi de l'appellant n'ont pas de privilège acquis leur donnant droit à des repas gratuits, à l'exception des repas qu'ils sont appelés à prendre avec les enfants, dans l'exercice de leurs fonctions.

Par jugement de la Cour supérieure, l'émission d'un bref d'évocation a été autorisée à l'encontre de cette décision. Ce jugement est confirmé à l'unanimité par la Cour d'appel qui déclare simple-

<sup>1</sup> C.A. Mtl., No. 500-09-001644-814, October 21, 1982.

<sup>2</sup> C.S. Mtl., No. 500-05-013202-815, December 3, 1981.

<sup>1</sup> C.A. Mtl., n° 500-09-001644-814, 21 octobre 1982.

<sup>2</sup> C.S. Mtl., n° 500-05-013202-815, 3 décembre 1981.

been shown there was any error in the judgment affecting the outcome of the case.

The applicable provisions which the arbitrator had to consider are art. 23.01 of the collective agreement, relating to meals, art. 25 dealing with acquired rights and art. 5 of Appendix "B" applicable to educators, which also relates to meals. These articles are as follows.

**ARTICLE 23—BOARD, LODGING, LOCKER ROOM AND CHANGING ROOM**

23.01 The Employer shall provide the employee with suitable meals, priced per item, but the cost of a full meal may not exceed:

breakfast:	\$0.70
dinner:	\$1.00
supper:	\$1.00

The employee may bring his lunch and eat it in a suitable place designed for that purpose by the Employer.

It is understood that there shall be no acquired right for those employees who have been paying less than \$0.70 for breakfast or less than \$1.00 for dinner and supper.

In those institutions where higher rates were in force prior to the signing of the present agreement, these higher rates shall continue to apply during the term of this agreement for all employees of these institutions.

**ARTICLE 25—ACQUIRED PRIVILEGES**

Employees who presently benefit from advantages or privileges superior to those provided in the present agreement shall continue to so benefit for the duration of this collective labour agreement.

**APPENDIX "B" (ACAQ)**

**SPECIAL CONDITIONS FOR EDUCATORS**

The present appendix shall apply to the educators in the employ of the establishments members of the Association of Reception Centres of Quebec (ACAQ).

The provisions of the present collective agreement shall apply insofar as they are not otherwise modified by the present appendix to the educators who are employees in the sense of the said agreement.

ment qu'il ne lui a pas été démontré d'erreur dans le jugement ayant une portée sur le sort du litige.

Les dispositions pertinentes que l'arbitre avait à examiner sont l'art. 23.01 de la convention collective qui traite des repas, l'art. 25 qui traite des privilèges acquis et l'art. 5 de l'annexe «B» applicable aux éducateurs, lequel traite également des repas. Voici ces articles:

**ARTICLE 23—PENSION, LOGEMENT, VESTIAIRE ET SALLE D'HABILLAGE**

23.01 L'Employeur fournit au salarié un repas convenable dont le prix est à la pièce, mais un service complet n'exécède pas pour:

Si des repas sont servis, le prix du repas est à la pièce, mais un service complet n'exécède pas pour:

déjeuner:	\$0.70
dîner:	\$1.00
souper:	\$1.00

Le salarié peut apporter son repas et il le prend dans un endroit convenable désigné à cette fin par l'Employeur.

Il est entendu qu'il n'y a pas de privilège acquis pour les salariés qui payaient des taux inférieurs à \$0.70 pour le déjeuner et \$1.00 pour le dîner ou le souper.

Dans les établissements où un taux supérieur était en vigueur avant la signature de la présente convention, ce taux supérieur continue à s'appliquer au cours de la présente convention pour l'ensemble des salariés de ces établissements.

**ARTICLE 25—PRIVILÈGES ACQUIS**

Les salariés qui jouissent présentement d'avantages ou privilèges supérieurs à ceux prévus aux présentes, continuent d'en bénéficier durant la durée de cette convention collective de travail.

**ANNEXE «B» (ACAQ)**

**CONDITIONS PARTICULIÈRES AUX ÉDUCATEURS**

La présente annexe s'applique aux éducateurs à l'emploi des établissements membres de l'Association des Centres d'Accueil du Québec. (ACAQ)

Les dispositions de la présente convention collective s'appliquent dans la mesure où elles ne sont pas autrement modifiées par la présente annexe aux éducateurs qui sont des salariés au sens de la convention collective.

CLAUSE 5—MEALS

A meal shall be provided without charge to the educator who is called upon in the exercise of his duties to have a meal with the children.

On the evidence the arbitrator concluded:

[TRANSLATION] It was proven that long before the collective agreement was signed [...] educators were not paying for their meals, whether they ate with the children or not.

The arbitrator nonetheless held that educators did not have an acquired right in the sense of "advantages or privileges superior to those provided in the present agreement". Yet, under art. 5 of Appendix "B", the educators are only entitled to a free meal when they are called upon to have their meals with the children in the exercise of their duties.

The arbitrator relied on an arbitral award by M. Brière, now a judge of the Labour Court, in *Union des employés de service (local 298 F.T.Q.) v. Résidence Chambly*, dated February 10, 1975. In particular, he relied on the following passage from M. Brière's award:

[TRANSLATION] The provision of a free meal is a right governed by an unambiguous article of the agreement, and observance of this right by the employer cannot be regarded as recognition of a "superior" privilege. For this reason it is not possible to conclude that it is an acquired right, and article 25 cannot be applied here.

The employer is therefore under no duty to maintain free meals when the conditions specified in article 5 no longer apply.

It has to be recognized, however, that the facts in *Résidence Chambly* were quite different from those in the case at bar. The *Résidence Chambly* educators were never entitled to free meals, unless they were called upon to have their meals with the children. They therefore enjoyed no privileges superior to those provided in the new agreement. As they were no longer called upon to have their meals with the children, the collective agreement did not apply, and as they had no acquired right to a free meal, the arbitrator dismissed the grievance.

ARTICLE 5—REPAS

Un repas est fourni gratuitement à l'éducateur appelé, dans l'exercice de ses fonctions, à prendre son repas avec les enfants.

De la preuve l'arbitre conclut:

Il est prouvé que bien avant la signature de la convention collective [...], les éducateurs ne payaient pas leurs repas, qu'ils mangent avec les enfants ou non.

L'arbitre n'en décide pas moins que les éducateurs n'ont pas de privilège acquis, dans le sens d'«avantages ou privilèges supérieurs à ceux prévus aux présentes». Pourtant en vertu de l'art. 5 de l'annexe «B», les éducateurs n'ont droit à un repas gratuit que dans le seul cas où, dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont appelés à prendre leur repas avec les enfants.

L'arbitre s'appuie sur une décision arbitrale de M. Brière, maintenant juge du Tribunal du travail, dans l'affaire *Union des employés de service (local 298 F.T.Q.) c. Résidence Chambly*, en date du 10 février 1975. De façon plus particulière il s'appuie sur le passage suivant de la décision de M. Brière:

En effet, la gratuité au repas est un droit réglementé par un article non-équivoque de la convention et le respect de ce droit par l'employeur ne peut équivaloir à la reconnaissance d'un privilège «supérieur». C'est pourquoi on ne peut conclure qu'il s'agit d'un droit acquis et l'article 25 ne peut recevoir application ici.

Il n'existe donc aucune obligation pour l'employeur de maintenir la gratuité des repas lorsque les conditions prévues à l'article 5 ne se retrouvent plus.

Mais il faut bien constater que les faits dans l'affaire de la *Résidence Chambly* étaient bien différents de ceux de l'espèce. Les éducateurs de la *Résidence Chambly* n'avaient jamais eu droit à des repas gratuits, hors le cas où ils étaient appelés à prendre leur repas avec les enfants. Ils ne jouissaient donc pas de privilèges supérieurs à ceux que leur accordait la nouvelle convention. Comme ils n'étaient plus appelés à prendre leur repas avec les enfants, la convention collective n'avait pas d'application. Comme d'autre part ils ne possédaient pas de privilège acquis à la gratuité, l'arbitre M. Brière rejeta le grief.

In the case at bar, on the other hand, it was established that long before the collective agreement was signed, educators were not paying for their meals, whether they ate with the children or not.

Wrongly relying on *Résidence Chambly*, the arbitrator wrote:

[TRANSLATION] I would add that as the parties have negotiated the question of meals for educators and covered it in an article of the agreement, this has the effect of excluding the application of article 25 to this question.

On the contrary, this is in my view precisely what is covered by art. 25, namely preserving the "advantages or privileges superior to those provided in the present agreement". What is dealt with by art. 5 of Appendix "B" is the right to a free meal when the educator is called upon to have his meals with the children in the exercise of his duties. No one would argue that the right enjoyed by the educator previously, that of receiving a free meal, whether he ate with the children or not, is not a greater privilege.

The Superior Court judge accordingly concluded that the arbitrator's interpretation was manifestly unreasonable, that is, the terms of the collective agreement did not reasonably support it. (See *inter alia United Steelworkers of America, Local 4589 v. Bombardier—M.L.W. Ltée*, [1980] 1 S.C.R. 905, at p. 910.)

The Superior Court judge wrote:

[TRANSLATION] The Court must assume at this stage that long before June 6, 1979, the date on which the parties agreed to be bound by the collective agreement [...] all educators employed by the mis en cause, the Miriam Home, were entitled to free meals even if they were not called upon to have their meals with the children in the exercise of their duties.

The Court does not have to decide the merits of the grievance, and is careful not to do so; however, one must look at the facts: as worded, article 5 of Appendix "B" could not be an obstacle to application of article 25 of the collective agreement. The fact that this question of meals was negotiated and was "covered [...]" in an article of the agreement" [...] is not a reason why

En l'espèce, il est établi au contraire que bien avant la signature de la convention collective, les éducateurs ne payaient pas leurs repas, qu'ils mangent avec les enfants ou non.

S'inspirant à tort de la décision *Résidence Chambly*, l'arbitre écrit:

J'ajoute que les parties ayant négocié et couvert par un article de convention cette question de repas pour les éducateurs, cela a pour effet de mettre en échec l'article 25 sur cette question.

Au contraire c'est, à mon avis, précisément ce que vise l'art. 25, à savoir préserver les «avantages ou privilèges supérieurs à ceux prévus aux présentes». Ce qui est prévu à l'art. 5 de l'annexe «B» c'est le droit à un repas gratuit lorsque l'éducateur est appelé, dans l'exercice de ses fonctions, à prendre son repas avec les enfants. Il ne se trouvera personne pour prétendre que le droit dont jouissait l'éducateur auparavant, soit celui de recevoir un repas gratuit, qu'il mange avec les enfants ou non, n'est pas un privilège supérieur.

C'est pourquoi le juge de la Cour supérieure a conclu que l'interprétation de l'arbitre était manifestement déraisonnable, c'est-à-dire que les termes de la convention collective ne pouvaient pas raisonnablement la permettre. (Voir notamment *Métallurgistes unis d'Amérique, local 4589 c. Bombardier—M.L.W. Ltée*, [1980] 1 R.C.S. 905, à la p. 910.)

Le juge de la Cour supérieure écrit:

La Cour doit tenir pour établi, à ce stade-ci, que bien avant le 6 juin 1979, date à laquelle les parties ont convenu de se lier par la Convention collective, [...] tous les éducateurs à l'emploi du Centre d'Accueil Miriam, le mis-en-cause, bénéficiaient de la gratuité des repas même s'ils n'étaient pas appelés dans l'exercice de leurs fonctions à prendre leurs repas avec les enfants.

Nous n'avons pas à décider du bien-fondé du grief et nous nous gardons bien de le faire mais il faut se rendre à l'évidence: tel que rédigé, l'article 5 de l'Annexe «B» ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 25 de la Convention collective. Ce n'est pas parce que cette question de repas avait été négociée et était «couvert par un article de convention» [...] que cet article 25 ne

article 25 cannot apply: on the contrary, article 25 can and must be applied only to advantages or privileges greater than those specified in the agreement. It would be difficult to argue that the advantage of a free meal given in the agreement to an educator who, in the exercise of his duties, is called upon to have his meal with the children, was not specified in the agreement: it is stated expressly.

However, the Superior Court judge concluded with the following passage:

[TRANSLATION] As an *obiter*, we would add that if respondent had based his award solely on the interpretation he gave to article 23.01 [...] we would not have authorized the writ to be issued, since this interpretation is not unreasonable even though in doing so respondent relied on the award of his colleague Brière, who did not have to decide a similar matter.

This produced the confusion surrounding the case.

On first reading, this passage seems to mean that if the arbitrator had based his decision to dismiss the grievance not on art. 5 of Appendix "B", but on art. 23.01 of the agreement, the interpretation would not have been unreasonable. In that case, the judge would have dismissed the application for evocation.

This is the basis for appellant's argument that the judge should not have intervened, since the agreement taken as a whole, considering not only art. 5 of Appendix "B" but art. 23.01 as well, supported the interpretation given by the arbitrator, namely that the educators had no acquired right. Appellant relied on the penultimate paragraph of art. 23.01, which I reproduce again:

It is understood that there shall be no acquired right for those employees who have been paying less than \$0.70 for breakfast or less than \$1.00 for dinner and supper.

Appellant submitted that employees who were paying nothing at all were paying, to use the language of the agreement, less than \$0.70 or \$1.00, as the case may be. This it argued is a reasonable interpretation, and was recognized by the Superior Court judge as such. Accordingly, the authorization to issue the writ of evocation should have been denied.

pouvait s'appliquer; au contraire ce même article 25 ne peut et ne doit précisément s'appliquer qu'à ces avantages ou privilèges supérieurs à ceux déjà prévus à la Convention. Il serait difficile de soutenir que l'avantage d'un repas gratuit donné dans la Convention à l'éducateur appelé, dans l'exercice de ses fonctions, à prendre son repas avec les enfants, n'était pas prévu à la Convention; il y est écrit en toutes lettres.

Cependant, le juge de la Cour supérieure termine par le passage suivant:

En *obiter* nous ajoutons que si l'intimé avait fondé sa décision uniquement sur l'interprétation qu'il donne à l'article 23.01 [...] nous n'aurions pas autorisé l'émission du bref puisque cette interprétation n'est pas déraisonnable même si l'intimé s'appuie en ce faisant sur la décision de son collègue Brière qui n'avait pas à se prononcer sur une affaire semblable.

De là la confusion qui obscurcit l'affaire.

À la première lecture ce passage semble vouloir dire que si l'arbitre avait fondé sa décision de rejeter le grief non pas sur l'art. 5 de l'annexe «B», mais sur l'art. 23.01 de la convention, l'interprétation n'aurait pas été déraisonnable. Le juge aurait dans ce cas rejeté la requête en évocation.

D'où l'argument de l'appellant que le juge n'aurait pas dû intervenir puisque la convention considérée dans son ensemble, compte tenu non pas seulement de l'art. 5 de l'annexe «B», mais aussi de l'art. 23.01, permettait l'interprétation donnée par l'arbitre, savoir que les éducateurs n'avaient pas de privilège acquis. L'appellant s'appuie sur l'avant-dernier alinéa de l'art. 23.01, que je reproduis de nouveau:

Il est entendu qu'il n'y a pas de privilège acquis pour les salariés qui payaient des taux inférieurs à \$0.70 pour le déjeuner et \$1.00 pour le dîner ou le souper.

Ceux qui ne payaient rien du tout, soumet l'appellant, payaient, pour reprendre les termes de la convention, des taux inférieurs à \$0.70 et \$1.00 selon le cas. C'est là, selon lui, une interprétation raisonnable, reconnue comme telle par le juge de la Cour supérieure. Par conséquent l'autorisation d'émettre le bref d'évocation aurait dû être refusée.



Reading more carefully, however, it will be seen that the Superior Court judge misunderstood the interpretation given by the arbitrator to art. 23.01. The arbitrator wrote:

[TRANSLATION] Had there been no article 5 of Appendix "B" of the collective agreement, I would have agreed with the arbitrators Rousseau and Frumkin, but that is not the case.

In *Jewish Convalescent Hospital v. Syndicat national des employés de l'Hôpital juif pour convalescents*, [1975] S.A.G. 183, the arbitrator Frumkin had to decide whether the employees of the hospital were entitled to a free meal when they worked at night. In fact, as the result of a decision of the employer they had been obliged to pay for their meals, and the collective agreement only said: [TRANSLATION] "The employer shall also serve a meal at night". Relying on the general practice and custom existing with regard to gratuities in the institution, the arbitrator concluded that they were entitled to this meal.

As for the arbitrator Rousseau he made an award in *Weredale House v. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1511*, on December 15, 1977. The arbitrator Rousseau held that art. 23.01 was not a bar to an acquired right preserved by art. 25. These provisions were in all respects similar to those at issue here. In particular, he wrote:

[TRANSLATION] Does the third paragraph of article 23.01 have the effect of barring such a right? In its very wording ("It is understood that there shall be no acquired right"), that paragraph represents an exception to article 25, and that exception must be given a strict and even a limiting interpretation.

*Stricto sensu*, employees who were paying nothing at all cannot be treated in the same way as employees who were paying lower prices: in wording the exception, the negotiating parties could have included the situation of employees who were paying nothing; I would be adding to the collective agreement by making a connection which the language of the exception does not appear to authorize.

"Had there been no article 5 of Appendix 'B'", the arbitrator would have agreed with the arbitrators Frumkin and Rousseau. By his interpretation of art. 23.01, therefore, he would logically have held that it did not have the effect of excluding

À lire plus attentivement cependant, on s'aperçoit que le juge de la Cour supérieure s'est mépris sur l'interprétation que l'arbitre donne de l'art. 23.01. L'arbitre écrit:

<sup>a</sup> N'eut été de cet article 5 de l'Annexe «B», de la convention collective, j'aurais été d'accord avec les Arbitres Rousseau et Frumkin, mais ce n'est pas le cas.

<sup>b</sup> Dans l'affaire *Jewish Convalescent Hospital c. Syndicat national des employés de l'Hôpital juif pour convalescents*, [1975] S.A.G. 183, l'arbitre Frumkin avait à décider si les employés de l'hôpital avaient droit à un repas gratuit lorsqu'ils travaillaient la nuit. Dans les faits, ils avaient dû payer leur repas suite à la décision de l'employeur et la convention collective n'énonçait rien de plus que: «L'employeur doit également servir un repas la nuit». En se fondant sur la pratique générale et l'usage qui existaient dans l'établissement concernant la gratuité, l'arbitre a conclu qu'ils avaient droit à ce repas.

<sup>c</sup> D'autre part la décision de l'arbitre Rousseau fut rendue dans l'affaire *Weredale House c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1511*, le 15 décembre 1977. L'arbitre Rousseau a décidé que l'art. 23.01 ne fait pas échec à un privilège acquis préservé par l'art. 25. Ces dispositions étaient en tous points semblables à celles dont il est question ici. Il écrit notamment:

<sup>d</sup> Le troisième alinéa de l'article 23.01, cependant, a-t-il pour effet de faire échec à un tel privilège? Cet alinéa, par sa rédaction même («il est entendu qu'il n'y a pas de privilège acquis») constitue une exception à l'article 25, exception qui doit s'interpréter de façon stricte et voire restrictive.

<sup>e</sup> *Stricto sensu*, des salariés qui ne payaient rien du tout ne peuvent être assimilés à des salariés qui payaient des taux inférieurs; il eût été possible aux parties négociantes d'embrasser, dans la rédaction de l'exception, la situation des salariés jouissant de la gratuité; j'ajouterais à la convention collective en faisant une association que les termes de l'exception ne paraissent pas autoriser.

<sup>f</sup> «N'eut été de cet article 5 de l'Annexe «B», l'arbitre aurait été d'accord avec les arbitres Frumkin et Rousseau. Par son interprétation de l'art. 23.01, il aurait donc, en toute logique, décidé que celui-ci n'avait pas pour effet d'écartier

art. 25 and he would have allowed rather than dismissed the grievance.

This was submitted by respondent when it wrote in its submission:

[TRANSLATION] It is therefore clear that the mis en cause arbitrator in any case did not accept the interpretation suggested by appellant of the foregoing paragraph of article 23.01: quite the contrary. The result is that if the arbitrator had not erred as to the meaning of article 25, he would probably have allowed the grievance rather than dismiss it.

I consider that in such a case no account should be taken of the *obiter* of the Superior Court judge, which is based on an erroneous understanding of an equally obscure passage from the arbitral award.

The arbitral award must be taken as it stands, that is essentially a decision to dismiss the grievance on the ground that "as the parties have negotiated the question of meals for educators and covered it in an article of the agreement, this has the effect of excluding the application of article 25 to this question". For the reasons already stated, I agree with the Superior Court judge, who was affirmed by the Court of Appeal, that such an interpretation is one which cannot reasonably be supported by the language of the collective agreement.

Counsel for the appellant did not try to support the arbitral award on the basis of art. 5 of Appendix "B". Rather, he urged this Court to look at the agreement as a whole and to conclude that the result arrived at by the arbitrator can be supported on the basis of art. 23.01, as he argued at the outset and at every stage of the proceedings. He urged this Court to come to a conclusion opposite to that which the arbitrator would have arrived at on the basis of art. 23.01.

In my opinion, if this Court complied with the suggestion of counsel for the appellant it would simply be usurping the functions of the arbitrator.

In principle, if an arbitral award is quashed there should be a new hearing at which appellant can again rely on art. 23.01.

l'art. 25 et il n'aurait pas rejeté mais plutôt accueilli le grief.

C'est ce que soumet l'intimé lorsqu'il écrit dans son mémoire:

Il est donc manifeste que l'arbitre mis en cause n'a pas, de toute façon, retenu l'interprétation que proposait l'appelant du paragraphe précité de l'article 23.01, bien au contraire. Il en résulte que si l'arbitre n'avait pas commis d'erreur sur le sens de l'article 25, il aurait vraisemblablement fait droit au grief au lieu de le rejeter.

Je suis d'avis qu'en pareille circonstance il ne faut pas tenir compte de l'*obiter* du juge de la Cour supérieure qui est fondé sur une perception erronée d'un extrait guère limpide de la décision arbitrale.

Il faut prendre la décision de l'arbitre telle qu'elle est, c'est-à-dire, en bref, la décision de rejeter le grief au motif que «les parties ayant négocié et couvert par un article de convention cette question de repas pour les éducateurs, cela a pour effet de mettre en échec l'article 25 sur cette question». Pour les motifs déjà exposés, je suis d'accord avec le juge de la Cour supérieure, confirmé par la Cour d'appel, qu'une telle interprétation en est une que les termes de la convention collective ne peuvent raisonnablement permettre.

Le procureur de l'appelant ne tente pas de soutenir la décision de l'arbitre sur la base de l'art. 5 de l'annexe «B». Il nous invite plutôt à considérer l'ensemble de la convention et à conclure que le résultat auquel en est arrivé l'arbitre peut s'appuyer sur l'art. 23.01, comme il l'a soutenu depuis le début et à chaque étape de la procédure. Il nous invite à décider dans le sens contraire à celui dans lequel aurait décidé l'arbitre sur la base de l'art. 23.01.

Accéder à la demande du procureur de l'appelant serait, à mon avis, nous substituer purement et simplement à l'arbitre.

En principe, si la décision de l'arbitre est cassée il devra y avoir un nouvel arbitrage où l'appelant pourra de nouveau invoquer l'art. 23.01.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Schnaiberg, Schnaiberg & Skolnik, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Ménard et Associés, Montréal.*

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Schnaiberg, Schnaiberg & Skolnik, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Ménard et Associés, Montréal.*

**Kazimierz Janiak** *Appellant*;

and

**Samuel Ippolito** *Respondent*.

File No.: 16792.

1983: December 12; 1985: March 14.

Present: Ritchie\*, Dickson, Estey, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Damages — Refusal to undergo recommended surgery — Procedure having 70 per cent success rate and 100 per cent chance of recovery if successful — Whether or not uncertainty a factor to include in calculating award.*

Respondent was disabled as a result of a traffic accident and could not return to work. The recommended surgical treatment entailed a 70 per cent chance of success, and if successful, a 100 per cent chance of recovery and the possibility of respondent's returning to work. Respondent, however, feared surgery of any kind and refused to undergo the operation without his doctors' assuring him of a 100 per cent chance of success; he remains disabled and out of work. The action was limited, given appellant's admission of liability, to the issue of damages. The trial judge found respondent was not entitled to damages in respect of pain or suffering or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to undergo the proper medical treatment. The Court of Appeal adopted a similar line of reasoning but adjusted the award for loss of income upwards to take into account the fact that recovery was not completely guaranteed.

*Held:* The appeal and cross-appeal should be dismissed.

The question of whether or not a person has been reasonable in refusing to accept the recommended medical treatment is for the trier of fact to decide. In making that finding, the trier of fact must take into consideration the degree of risk from the surgery, the gravity of the consequences of refusing it, and the potential benefits to be derived from it. If any one of several recommended courses of treatment is followed, a plaintiff cannot be said to have acted unreasonably. The trial

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Kazimierz Janiak** *Appelant*;

et

**Samuel Ippolito** *Intimé*.

N° du greffe: 16792.

1983: 12 décembre; 1985: 14 mars.

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Estey, Chouinard et Wilson.

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

*Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Refus de subir une intervention chirurgicale recommandée — Opération qui comporte 70 pour 100 de probabilités de réussite et qui entraîne une guérison totale si elle réussit — L'incertitude est-elle un facteur à considérer dans le calcul de l'indemnité?*

L'intimé a été rendu invalide par suite d'un accident de la circulation et n'a pu reprendre son travail. Le traitement chirurgical recommandé comportait 70 pour cent de probabilités de réussite et, en cas de réussite, cent pour cent de probabilités de guérison et de retour au travail pour l'intimé. Cependant, l'intimé craignait toute espèce d'intervention chirurgicale et a refusé de subir l'opération à moins que ses médecins ne lui assurent à cent pour cent les chances de réussite; il est demeuré invalide et sans travail. L'action a été restreinte à la question du montant des dommages-intérêts étant donné que l'appelant a reconnu sa responsabilité. Le juge de première instance a conclu que l'intimé n'avait pas le droit d'être indemnisé pour la douleur, les souffrances et la perte de revenu subies par suite d'un refus déraisonnable de subir le traitement médical indiqué. La Cour d'appel a adopté à peu près la même façon de raisonner, mais elle a augmenté l'indemnité pour perte de revenu de manière à tenir compte du fait que la guérison n'était pas totalement assurée.

*Arrêt:* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Il appartient au juge des faits de décider si une personne a été raisonnable ou non en refusant de subir le traitement médical recommandé. Pour arriver à cette décision, le juge des faits doit tenir compte du risque que présente l'intervention chirurgicale, de la gravité des conséquences du refus de la subir et des avantages qu'il était possible d'en tirer. Si un demandeur a suivi l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées, on ne peut dire qu'il a agi déraisonnablement.

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

judge committed no error of law here and there was no basis on which an appellate court could interfere with his finding.

Damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity are recoverable even if the infirmity is of a psychological nature. A psychological "thin skull" that developed subsequent to the tortious act is not, however, a factor to be considered in relation to reasonableness. The analytical focus in each case is on the capacity to make a reasonable choice. A line must be drawn between those capable of making a rational choice and those who cannot due to some pre-existing psychological condition. A person capable of choice must bear the cost of an unreasonable decision but a person incapable of making such a choice due to a pre-existing psychological condition should not bear the cost when wrongfully injured. The burden of proof of damages lies with the plaintiff but shifts once it is alleged that the loss should have been mitigated.

The principle that a plaintiff cannot recover damages which could have been avoided by the taking of reasonable steps underlies the duty to mitigate. Avoidable damages are to be determined by assuming that the plaintiff has agreed to an operation not yet performed rather than looking at what on the balance of probabilities would have happened had the operation taken place. The courts must therefore take into account any "substantial possibility" of failure and the amount by which full compensation would be discounted would represent the avoidable loss.

#### Cases Cited

*Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824, considered; *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*,

Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en l'espèce et il n'y a rien qui justifie qu'une cour d'appel modifie sa conclusion.

Des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique. La vulnérabilité psychologique consécutive à l'acte fautif n'est toutefois pas un facteur à prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable de la décision. L'examen dans chaque cas porte sur la capacité de faire un choix raisonnable. Il faut distinguer entre les personnes capables de faire un choix rationnel et celles qui ne peuvent le faire à cause d'un état psychologique préexistant. Une personne capable de choisir doit assumer le coût d'une décision déraisonnable, mais une personne incapable de faire un tel choix en raison d'un état psychologique préexistant ne doit pas en assumer le coût si elle a été blessée par suite d'un acte fautif. Le demandeur a l'obligation de prouver l'étendue du préjudice, mais le fardeau se déplace si l'on allègue que les pertes auraient pu être minimisées.

L'obligation de minimiser les dommages découle du principe selon lequel le demandeur ne peut être indemnisé pour les dommages qui auraient pu être évités par des mesures raisonnables. Les pertes évitables doivent être déterminées en supposant que le demandeur a consenti à une opération qui n'a pas encore eu lieu plutôt qu'en considérant ce qui, selon la prépondérance des probabilités, se serait produit si l'opération avait eu lieu. Les cours doivent donc tenir compte de toute «possibilité réelle» d'échec et la somme dont le plein dédommagement serait diminué représenterait la perte évitable.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824; arrêts mentionnés: *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray v. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground*

[1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294, referred to.

#### Authors Cited

*American Jurisprudence*, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 151, varying an award of damages made by Callaghan J. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Brendan O'Brien, Q.C.*, for the appellant.

*William Morris, Q.C.*, *Rhona Waxman* and *Kim Carpenter-Gunn*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The central issue in this case is how damages for personal injury are to be assessed where the victim of the accident unreasonably refuses to undergo the recommended surgery.

*Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294.

#### Doctrine citée

*American Jurisprudence*, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 151, qui a modifié les dommages-intérêts accordés par le juge Callaghan. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Brendan O'Brien, c.r.*, pour l'appelant

*William Morris, c.r.*, *Rhona Waxman* et *Kim Carpenter-Gunn*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question centrale du présent pourvoi est de savoir comment évaluer les dommages-intérêts pour blessures corporelles lorsque la victime d'un accident refuse déraisonnablement de subir l'intervention chirurgicale qui lui est recommandée.

## 1. The Facts

On March 31, 1976 the respondent sustained serious back injuries when his automobile was struck from behind by a vehicle driven by the appellant. Prior to that date the respondent had been employed for eleven years as a crane operator. Since the accident he has been disabled to such an extent that it has been impossible for him to return to work. Liability for negligent driving was admitted by the appellant and the trial was confined to the issue of damages.

The respondent's main injury, according to the medical evidence presented at trial, consisted of a disc protrusion of the cervical spine. Several medical experts testified to the effect that the recommended course of treatment for such an injury would be the surgical excision of the disc together with a spinal fusion. The trial judge accepted the evidence that this type of operation entails an approximately 70 per cent chance of success and that, if successful, could result in an almost 100 per cent recovery for the respondent who could thereafter return to work as a crane operator. The respondent, however, appears to have suffered from a great fear of surgery of any kind and insisted on assurance of a 100 per cent chance of success before consenting to undergo the recommended procedure. As neither his family physician nor his orthopaedic surgeon was able to provide such an absolute guarantee for this or any other type of surgery, the respondent refused to heed the medical advice. Accordingly, his back injuries have not improved and he continues to be disabled and out of work.

## 2. The Courts Below

At trial, Callaghan J. found that the respondent (plaintiff in the original action) had acted unreasonably in refusing to undergo the recommended surgery. Having made this finding he went on to state that any individual claiming damages for personal injuries has "a duty to mitigate his loss by obtaining proper medical treatment" and that he is not entitled to damages in respect of "any pain, suffering, loss of amenities, or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to under-

## 1. Les faits

Le 31 mars 1976, l'intimé a subi des blessures graves au dos lorsque sa voiture a été heurtée à l'arrière par celle de l'appelant. Avant cette date, l'intimé travaillait depuis onze ans comme grutier. Depuis l'accident, il est invalide au point de ne pouvoir reprendre son travail. L'appelant a reconnu sa responsabilité pour négligence dans la conduite d'un véhicule à moteur et le procès n'a porté que sur la question des dommages-intérêts.

Selon la preuve médicale soumise en première instance, la blessure principale de l'intimé est une protrusion discale de la colonne vertébrale. Plusieurs experts en médecine ont témoigné que le traitement recommandé pour ce genre de blessure serait l'ablation chirurgicale du disque et une fusion vertébrale. Le juge de première instance a ajouté foi aux témoignages selon lesquels ce genre d'opération comporte environ 70 pour 100 de chances de succès et pourrait, à condition de réussir, entraîner une guérison presque totale de l'intimé qui pourrait, par la suite, reprendre son travail de grutier. Cependant, l'intimé semble avoir craint énormément toute espèce d'intervention chirurgicale et insisté pour qu'on lui assure à cent pour cent les chances de réussite avant de consentir à subir le traitement recommandé. Puisque ni son médecin de famille ni son chirurgien orthopédiste ne pouvaient fournir cette garantie absolue pour ce genre ou tout autre genre d'intervention chirurgicale, l'intimé a refusé de suivre l'avis des médecins. En conséquence, ses blessures au dos n'ont pas guéri et il continue d'être invalide et sans travail.

## 2. Les cours d'instance inférieure

En première instance, le juge Callaghan a conclu que l'intimé (le demandeur dans les procédures initiales) avait agi de façon déraisonnable en refusant de subir l'intervention chirurgicale recommandée. Après avoir tiré cette conclusion, il a ajouté que toute personne qui réclame des dommages-intérêts pour blessures corporelles a [TRADUCTION] «l'obligation de réduire ses pertes en se faisant soigner convenablement» et n'a pas droit à des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] «toute

go medical treatment or surgical operation". Taking into account the estimated period of convalescence from a spinal fusion operation, Mr. Justice Callaghan found that, had the respondent acted reasonably, he would have been able to return to work by the end of March 1978. Accordingly, he found the appellant responsible for the respondent's loss of income for the two years between the date of the accident and March 31, 1978, which loss amounted to a total of \$33,000. In addition, he assessed general damages for pain and suffering in sustaining the injuries at \$25,000. When these awards were reduced to reflect the insurance benefits the respondent had received, the total amount for which the respondent received judgment at trial was \$47,900 plus interest from November 25, 1977.

In the Ontario Court of Appeal [(1981), 34 O.R. (2d) 151] Blair J.A. (with whom Goodman J.A. concurred) agreed generally with the line of reasoning pursued by the trial judge, but differed in his calculation of damages to the extent that he did not cut off the appellant's responsibility for lost earnings at the date when the respondent might have been expected to recuperate from the operation and return to work. Rather, he took into account the fact that the recommended surgery entailed only a 70 per cent chance of success and adjusted the award for loss of income upward in order to take into account the fact that, even if the respondent had acted reasonably in the circumstances, his recovery would not have been assured. After making a series of adjustments to reflect the contingencies entailed in the surgery and the respondent's future job prospects had he undergone the operation, Blair J.A. awarded damages for loss of earnings in the amount of \$81,661. He then deducted the insurance benefits which the respondent had received and added the \$25,000 representing general damages for pain and suffering. This produced a total award of \$103,651.

douleur, souffrance, perte de jouissance de la vie ou perte de revenu résultant du refus déraisonnable de subir un traitement médical ou une intervention chirurgicale». Tenant compte de la période estimative de convalescence nécessaire par suite d'une opération de fusion vertébrale, le juge Callaghan a conclu que si l'intimé avait agi de façon raisonnable, il aurait pu reprendre son travail dès la fin de mars 1978. En conséquence, il a tenu l'appelant responsable de la perte de revenu subie par l'intimé pendant les deux années comprises entre la date de l'accident et le 31 mars 1978, perte qui s'élève au total à 33 000 \$. De plus, il a évalué à 25 000 \$ les dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances résultant des blessures subies. Après réduction de ces montants de manière à refléter les prestations d'assurance touchées par l'intimé, ce dernier s'est vu accorder en première instance la somme totale de 47 900 \$ plus les intérêts à compter du 25 novembre 1977.

En Cour d'appel de l'Ontario [(1981), 34 O.R. (2d) 151], le juge Blair (aux motifs duquel le juge Goodman a souscrit) s'est dit d'accord, dans l'ensemble, avec le genre de raisonnement adopté par le juge de première instance, mais a divergé d'opinion avec lui quant au calcul des dommages-intérêts, dans la mesure où il n'a pas mis fin à la responsabilité de l'appelant pour la perte de revenu à la date à laquelle on aurait pu s'attendre à ce que l'intimé soit rétabli de l'opération et retourne à son travail. Il a plutôt pris en considération le fait que l'intervention chirurgicale recommandée comportait seulement 70 pour 100 de chances de succès et a augmenté le montant accordé pour la perte de revenu de manière à tenir compte du fait que, même si l'intimé avait agi de façon raisonnable dans les circonstances, son rétablissement n'aurait pas été garanti. Après avoir procédé à une série d'ajustements de manière à refléter les aléas de l'intervention chirurgicale et les possibilités d'emploi futur de l'intimé si ce dernier avait subi l'opération, le juge Blair a accordé des dommages-intérêts de 81 661 \$ pour la perte de revenu. Il a ensuite déduit les prestations d'assurance touchées par l'intimé et a ajouté 25 000 \$ de dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances. Le montant total accordé a été ainsi de 103 651 \$.



A strong dissent in the Court of Appeal was voiced by MacKinnon A.C.J.O. based on his analysis of the English case law on the issue of the refusal of a tort victim to seek medical care. The principle he elicited from the English authorities is that a tort victim's unreasonable refusal to undergo medical treatment constitutes an intervening cause which effectively cuts off the liability of the initial tortfeasor. Accordingly, as applied by MacKinnon A.C.J.O., this principle has the effect of barring the respondent from any claim for loss of income beyond the date on which he might reasonably be expected to have returned to work had he undergone the surgery and the surgery had been a success. While MacKinnon A.C.J.O. was prepared to take account of the approximately 30 per cent chance of the operation's failure in assessing the reasonableness of the respondent's refusal of the surgery, he was not prepared to factor this percentage into the *quantum* of loss awarded once the respondent was held to have acted unreasonably. Although he would have varied the damages calculation in some minor respects, the overall thrust of his dissent was to approve the approach taken by Callaghan J. at trial.

### 3. Unreasonable Refusal of Treatment

The single most noteworthy fact with which this appeal is concerned is that the trial judge found the respondent to have been unreasonable in his refusal to accept the recommended medical treatment. As noted by each of the member of the House of Lords in *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, this question is most appropriately left to the trier of fact to decide. There is no reason to conclude that Callaghan J. committed any error of law in determining this issue in the case at bar. Both the majority and the dissent in the Ontario Court of Appeal were of the view that there was sufficient evidence to support the trial judge's finding and, in the absence of any suggestion that he misdirected himself or applied the wrong test to the facts presented to him, there is no basis on which this Court can interfere with his

Le juge en chef adjoint MacKinnon a exprimé énergiquement sa dissidence en s'appuyant sur son analyse de la jurisprudence anglaise portant sur la question du refus de la victime d'une faute de recourir à des soins médicaux. Selon le principe qu'il a dégagé de la jurisprudence anglaise, le refus déraisonnable de la victime d'une faute de subir un traitement médical constitue une cause nouvelle qui a pour effet de mettre fin à la responsabilité de l'auteur initial de la faute. En conséquence, selon l'application qu'en a fait le juge en chef adjoint MacKinnon, ce principe a pour effet d'empêcher l'intimé de réclamer quoi que ce soit pour la perte de revenu subie après la date à laquelle on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il retourne au travail s'il avait subi avec succès l'intervention chirurgicale. Même si le juge en chef adjoint MacKinnon était disposé à tenir compte de la probabilité d'environ 30 pour 100 que l'opération ne réussisse pas en évaluant le caractère raisonnable du refus de l'intimé de subir l'intervention chirurgicale, il n'était pas prêt à tenir compte de ce pourcentage dans le montant accordé pour la perte après avoir conclu que l'intimé a agi de façon déraisonnable. Quoiqu'il aurait modifié le calcul des dommages-intérêts sous certains aspects de moindre importance, la portée globale de sa dissidence a été d'approuver le point de vue adopté par le juge Callaghan en première instance.

### 3. Le refus déraisonnable de subir un traitement

Le fait le plus important auquel touche le présent pourvoi a trait à la conclusion du juge de première instance portant que l'intimé a été déraisonnable en refusant de subir le traitement médical recommandé. Comme le souligne chacun des membres de la Chambre des lords dans l'arrêt *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, c'est au juge des faits qu'il appartient vraiment de trancher cette question. Il n'y a pas de raison de conclure que le juge Callaghan a commis une erreur de droit quelconque en tranchant cette question en l'espèce. En Cour d'appel de l'Ontario, les juges formant la majorité et le juge dissident ont tous été d'avis qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion du juge de première instance et, en l'absence de toute prétention qu'il s'est trompé ou qu'il a appliqué le

finding. He alone had the opportunity to assess the evidence and determine the issue of the respondent's reasonableness at first hand.

It may, however, be opportune, since this Court now has the concept of reasonableness in relation to a refusal of medical or surgical treatment before it, to make reference to some of the difficult elements involved in a finding of unreasonableness before considering precisely how such a finding affects the legal principles otherwise applicable on an assessment of damages.

(1) Unreasonableness and the "Thin Skull" Doctrine

The first difficult issue which arises in assessing the reasonableness or otherwise of a plaintiff's refusal of medical treatment is the extent, if any, to which subjective attributes of the plaintiff may be taken into account by the court. In the case at bar it was submitted by the respondent that, whether or not his refusal of treatment was perceived as objectively unreasonable, its source lay in an innate fear of surgery which he could not be expected to overcome. Accordingly, he invoked a variation of the long accepted principle that "if the wrong is established the wrongdoer must take the victim as he finds him": *per* Lord Wright in *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, at pp. 109-10. It followed from this, he argued, that the injuries resulting from his inordinate fear, which might otherwise have been avoided if a reasonable decision regarding medical treatment had been made, were analagous to the type of aggravated injuries which might be suffered by a haemophiliac inflicted with a bleeding wound or any other victim with a predisposed physiological oversensitivity: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (Ont. H.C.)

It is, of course, well established that damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity of the plaintiff are recoverable

mauvais critère aux faits qui lui ont été soumis, il n'y a rien qui puisse justifier cette Cour de modifier sa conclusion. Lui seul avait la possibilité d'évaluer directement la preuve et de trancher la question du caractère raisonnable de l'intimé.

Pendant, puisque cette Cour doit étudier le concept du caractère raisonnable du refus de subir un traitement médical ou chirurgical, il peut être opportun de mentionner certaines difficultés que comporte le fait de conclure au caractère déraisonnable avant d'analyser précisément comment une telle conclusion modifie les principes juridiques applicables par ailleurs à l'évaluation des dommages-intérêts.

(1) Caractère déraisonnable et doctrine de la «vulnérabilité de la victime»

La première difficulté qui se présente lors de l'évaluation du caractère raisonnable ou déraisonnable du refus par un demandeur de subir un traitement médical est la mesure, s'il y a lieu, dans laquelle la cour peut tenir compte des caractéristiques subjectives du demandeur. En l'espèce, l'intimé a soutenu que, peu importe que son refus de subir le traitement soit perçu ou non comme objectivement déraisonnable, il s'explique par une crainte innée de subir une intervention chirurgicale, qu'il ne pouvait être censé surmonter. En conséquence, il a invoqué une variante du principe accepté depuis longtemps selon lequel [TRADUCTION] «si la faute est prouvée, son auteur doit subir les conséquences de l'état antérieur de la victime»: lord Wright dans l'arrêt *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, aux pp. 109 et 110. Il s'ensuit, a-t-il soutenu, que le préjudice qui découle de sa peur insurmontable, qui aurait pu être par ailleurs évité si une décision raisonnable avait été prise à propos du traitement médical, est semblable au préjudice aggravé que pourrait subir un hémophile victime d'une hémorragie due à une blessure ou une autre victime prédisposée à une hypersensibilité physiologique: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (H.C. Ont.)

Il est évidemment bien établi que des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante du demandeur

even if the infirmity is of a psychological nature: see, e.g. *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (Q.B.); *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2. As Geoffrey Lane J. said in *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, at p. 511, "there is no difference in principle between an egg-shell skull and an egg-shell personality". Indeed, it would seem that the *locus classicus* of the "thin skull rule", the decision of Kennedy J. in *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, was in fact a case of aggravated injuries which were triggered by the impact of the defendant's tortious act on the plaintiff's inchoate psychological hypersensitivity.

The key word, however, is pre-existing. Once it is acknowledged that there is such a thing as a "psychological thin skull", the inquiry shifts to (a) the timing and (b) the nature of the alleged psychological infirmity.

#### (a) Timing

With regard to timing, it would seem that the very concept of a thin skulled plaintiff embodies within it the notion that the oversensitive condition was pre-existing at the time of the injury. That is to say, where the ultimate consequence of which the plaintiff complains is not due to the impact of the defendant's wrongful act on some existing sensitivity of the plaintiff, but rather arises only subsequent to the injury and independent of any intrinsic physiological or psychological problem for which the tortious act has served as a catalyst, the ordinary rules of recoverability apply. By way of illustration, where a blow to the plaintiff's chest inflicted by the defendant ultimately results in the development of a malignancy, but there is no evidence of any pre-existing susceptibility to such a disease in the plaintiff, then the ordinary rules of causation apply: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. On the other hand, where the defendant's negligent act results in the plaintiff's lip being burned and, due to a rare pre-malignant condition of the plaintiff, this burn turns into a fatal malignant growth, then the pre-existing "thin skull" serves to displace the otherwise applicable

peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique: voir, par exemple, *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (B.R.); *Gray c. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2. Comme l'affirme le juge Geoffrey Lane dans *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, à la p. 511, [TRADUCTION] «en principe, il n'y a pas de différence entre la vulnérabilité physique et la vulnérabilité psychologique». En réalité, il semblerait que la source classique de la «règle de la vulnérabilité de la victime», c.-à-d. l'arrêt du juge Kennedy *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, ait été une affaire de préjudice aggravé déclenché par l'effet de la faute du défendeur sur l'hypersensibilité psychologique innée du demandeur.

Le mot clé est cependant le mot préexistante. Dès que l'on reconnaît qu'il y a «vulnérabilité psychologique de la victime», l'examen doit alors porter sur a) l'élément de temps et b) la nature de la prétendue infirmité psychologique.

#### e) a) L'élément de temps

Quant à l'élément de temps, il semblerait que le concept même de la vulnérabilité du demandeur comporte l'idée que l'état d'hypersensibilité existait déjà au moment où la victime a été blessée. Autrement dit, les règles ordinaires en matière de dédommagement s'appliquent lorsque la conséquence ultime dont le demandeur se plaint n'est pas due à l'effet de la faute du défendeur sur une certaine sensibilité préexistante du demandeur, mais survient plutôt seulement après avoir subi la blessure, indépendamment de tout problème physiologique ou psychologique auquel la faute a servi de catalyseur. Par exemple, si un coup porté par le défendeur à la poitrine du demandeur entraîne finalement l'apparition d'une tumeur maligne, sans qu'il y ait de preuve que le demandeur était prédisposé à souffrir d'une telle maladie, alors les règles ordinaires en matière de causalité s'appliquent: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. D'autre part, lorsque le demandeur subit une brûlure de la lèvre par suite de la faute du défendeur et qu'en raison d'une prédisposition rare du demandeur, cette brûlure se transforme en tumeur maligne mortelle, alors la «vulnérabilité préexis-

rules of causation: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

The same dichotomy must presumably apply to cases of a psychological thin skulled plaintiff. A significant distinction has to be made between persons who subsequent to an accident develop an emotional or psychological infirmity and those who bring a pre-existing emotional or psychological infirmity to the accident. The question posed by the kind of case we have here is: do persons in the latter group have to meet the objective test of reasonableness when their refusal of medical help is being assessed by the trier of fact or are their subjective attributes to be given due consideration?

In *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), the plaintiff, a dock labourer, was unloading cargo from a steamship at the Liverpool docks when the wire of a derrick which was unloading cargo from part of the lower hold fouled the hatch beam. The hatch cover on which the plaintiff was standing was dislodged and he fell about ten feet into the hold. He suffered no physical injuries apart from bruises but anxiety neurosis and depression following the shock incapacitated him from work. Liability was not contested by the plaintiff; the only issue was damages.

The plaintiff saw his panel doctor who referred him to a psychologist. She saw him on several occasions and observed that he had tremors of the hand, mouth, eyelids, general shaking of the body, severe depression and lack of confidence. She recommended that he go to the Rainhill Mental Hospital for electric shock treatment. He refused to go because it was a mental hospital. The trial judge found that this was unreasonable. When the case went to appeal Lord Justice Singleton said it was one of the most difficult cases on the assessment of damages that he had encountered in a long time. He adverted to the fact that some of the

tante de la victime» a pour effet d'écarter les règles de causalité par ailleurs applicables: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

a La même dichotomie doit probablement s'appliquer au cas de vulnérabilité psychologique d'un demandeur. Il faut faire une distinction importante entre les personnes qui, à la suite d'un accident, deviennent infirmes sur le plan émotif ou b psychologique et celles qui souffraient déjà d'une infirmité émotive ou psychologique avant l'accident. La question que pose le genre d'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce est la suivante: les c personnes de la dernière catégorie doivent-elles satisfaire au critère objectif du caractère raisonnable lorsque le juge des faits évalue leur refus de recevoir des soins médicaux ou doit-on prendre dûment en considération leurs caractéristiques d subjectives?

Dans l'affaire *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), le demandeur, qui était débardeur, déchargeait des marchandises d'un navire sur les quais de Liverpool lorsque le e câble d'une grue qui déchargeait des marchandises d'une partie de la cale inférieure a heurté la poutre d'écouille. Le panneau d'écouille sur lequel se f tenait le demandeur s'est détaché et celui-ci est tombé d'une hauteur d'environ dix pieds dans la cale. Il ne s'est infligé aucune autre blessure que des ecchymoses, mais une névrose d'angoisse et une dépression consécutives au choc l'ont rendu g incapable de travailler. Il n'y a pas eu de contestation de responsabilité de la part du demandeur; le litige portait uniquement sur les dommages-intérêts.

h Le demandeur a consulté son médecin conventionné qui lui a dit de s'adresser à une psychologue. Celle-ci l'a rencontré à maintes reprises et a constaté des tremblements de la main, de la bouche, des paupières, des tremblements de tout le corps, une dépression grave et un manque de confiance en soi. Elle lui a recommandé de se rendre i au Rainhill Mental Hospital pour y subir des électrochocs. Il a refusé d'y aller parce qu'il s'agissait d'un hôpital psychiatrique. Le juge de première instance a conclu que cela était déraisonnable. En appel, le lord juge Singleton a affirmé qu'il j s'agissait d'un cas d'évaluation de dommages-inté-

doctors who gave evidence testified “that this man was of a type who might be more readily affected by an accident of this kind than other men would be”. He also referred to the medical evidence that many people have a natural antipathy to entering mental hospitals. He had to deal with the contention made by counsel for the plaintiff that the plaintiff’s condition really was such that he could not make up his mind. Dr. Evans, one of the defendant’s witnesses, said, at p. 398:

I felt he was incapable of really coherent thought when I saw him. I did not think he was really capable of reasoning the thing out. I think it was just a matter of taking fright at the mere mention of mental hospital.

Lord Justice Singleton dealt with that in the following way, at p. 399:

A man who is in an anxiety state may have difficulty in making up his mind, but on a question as to the treatment which he should have his mind is, or ought to be, made up for him by his own medical advisers. That is one of the purposes of having medical advisers. The patient would not know what he ought to do; the patient takes medical advice, and the patient ought to be guided by his medical advisers.

His Lordship concluded at the same page and at p. 400:

I do not wish to say anything that would hurt the feelings of a plaintiff in a case of this kind, but I believe it to be the duty of this Court to say that if a man is recommended by his own medical advisers and by others to undergo a course of treatment, he ought to undergo it; if he is advised that it gives him a reasonable chance of recovery, and if the treatment is reasonable, he ought to undergo it; if he will not, and does not, he must see that it is a little hard upon the defendants if they are to be asked to pay damages in respect of a period extending afterwards. If the general opinion is that treatment would cure him, or, at least, render him in a much better state in every way, then he ought to undergo the treatment.

It is interesting to note that Lord Justice Denning in his concurring reasons indicates, at p. 401,

rêts parmi les plus difficiles qu’il lui ait été donné de rencontrer depuis longtemps. Il a parlé du fait que certains des médecins qui ont témoigné ont déclaré [TRADUCTION] «que cet homme était du genre de ceux qui pourraient être affectés plus facilement que d’autres par un accident de ce type». Il a aussi fait état des éléments de preuve médicale selon lesquels de nombreuses personnes répugnent naturellement à se faire traiter dans des hôpitaux psychiatriques. Il avait dû examiner la prétention de l’avocat du demandeur que l’état de ce dernier était tel qu’il n’était pas vraiment en mesure de prendre une décision. Le D<sup>r</sup> Evans, qui a déposé pour la défenderesse, affirme, à la p. 398:

[TRADUCTION] J’ai senti qu’il était incapable de penser de façon vraiment cohérente lorsque je l’ai rencontré. Je ne crois pas qu’il était vraiment capable d’entendre raison. Je crois qu’il prenait tout bonnement peur à la seule mention de l’hôpital psychiatrique.

Le lord juge Singleton traite cette question de la façon suivante, à la p. 399:

[TRADUCTION] Une personne qui souffre d’angoisse peut avoir de la difficulté à prendre une décision, mais à propos du traitement à lui prodiguer, la décision est ou se doit d’être prise par son médecin. C’est là le rôle du médecin, le patient n’est pas censé savoir quoi faire; le patient consulte le médecin et doit être guidé par ce dernier.

Sa Seigneurie conclut, à la même page et à la p. 400:

[TRADUCTION] Je ne veux rien dire qui puisse froisser le demandeur dans une affaire de ce genre, mais je crois qu’il est du devoir de cette Cour d’affirmer que si une personne se voit recommander par ses propres médecins et d’autres médecins de subir un traitement, celle-ci se doit de le subir; si on lui dit qu’elle a des chances raisonnables de guérir et si le traitement est raisonnable, elle se doit de le subir; si elle ne veut pas le subir et ne le subit pas, elle doit se rendre compte que c’est un peu trop exiger des défendeurs que de leur demander de payer des dommages-intérêts pour la période de temps qui suit ce refus. Si on estime de manière générale que le traitement permettrait de la guérir ou, au moins, d’améliorer sensiblement son état à tous égards, alors elle se doit de subir le traitement.

Il est intéressant de noter que, dans ses motifs concordants, le lord juge Denning indique, à la

that the plaintiff had "unbeknown to him, a constitutional weakness which made it very serious for him, because the accident operating on that weakness produced in him a very severe nervous shock, trembling from head to foot". He nevertheless found that this factor had to be disregarded. He said at p. 401:

Viewing the matter objectively, he was quite unreasonable in refusing to follow their advice; but viewing the matter subjectively, the man's attitude was quite understandable. He was an uneducated, ignorant man who did not realize that a mental hospital nowadays is very different from what it was 30 or 40 years ago; and, moreover, owing to his anxiety neurosis, he was not in a fit state to make reasonable decisions. The difficult question in the case is whether we are to admit this subjective condition of his as a reason for refusing medical treatment. I think not. We should do great harm if we allowed him to go on receiving compensation for the rest of his life because of his refusal to accept medical treatment. Persons who suffer from an anxiety state have more chance of recovery if they are treated as responsible human beings and are expected to behave reasonably, rather than as weaklings who can give way to their weakness and expect to get paid for it. [Emphasis added.]

The Court in *Marcroft* clearly refused to permit subjective attributes to enter into the question of the reasonableness of the plaintiff's refusal of medical treatment. Their Lordships' conclusion that the plaintiff was more vulnerable than most prior to the accident to the effects of shock does not appear to have affected the outcome either in terms of the reasonableness of his refusal of medical treatment or in relation to aggravated damages.

By way of contrast, in *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (B.C.S.C.), the plaintiff who suffered minor injuries in an automobile accident developed a psychosis of a schizophrenic nature which by the time of trial was largely disabling. McIntyre J. found on the medical evidence that the plaintiff suffered from a pre-existing condition which predisposed him to schizophrenic illness and that the accident, operating on that predisposition, brought about the full schi-

p. 401, que le demandeur avait [TRADUCTION] «sans le savoir, une faiblesse diathésique qui a aggravé les choses pour lui parce qu'en agissant sur cette faiblesse, l'accident lui a causé un choc nerveux très grave et des tremblements de la tête aux pieds». Il a néanmoins conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ce facteur. Il affirme, à la p. 401:

[TRADUCTION] Du point de vue objectif, il a été tout à fait déraisonnable de sa part de refuser de suivre leur avis; cependant, du point de vue subjectif, l'attitude de cet homme est très compréhensible. Il s'agit d'un homme sans instruction et mal informé qui ne s'est pas rendu compte qu'aujourd'hui l'hôpital psychiatrique est très différent de ce qu'il était il y a 30 ou 40 ans; de plus à cause de sa névrose d'angoisse, il n'était pas en état de prendre une décision raisonnable. Le problème qui se pose en l'espèce est de savoir si nous devons accepter son état subjectif comme une justification de son refus de subir le traitement médical. Je ne le crois pas. Nous agirions très mal en lui permettant de toucher une indemnité pour le reste de ses jours par suite de son refus de subir un traitement médical. Les personnes qui souffrent d'angoisse ont plus de chances de guérir si elles sont traitées comme des personnes responsables et si on s'attend à ce qu'elles se conduisent de façon raisonnable plutôt que comme des faibles qui peuvent donner libre cours à leur faiblesse et s'attendre à être payées en retour. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Marcroft*, la cour a clairement refusé de permettre que les caractéristiques subjectives comptent dans la détermination du caractère raisonnable du refus par le demandeur de subir le traitement médical. La conclusion de leurs Seigneuries que le demandeur était, avant l'accident, plus vulnérable que la plupart des gens aux effets de choc ne semble pas avoir modifié l'issue ni en ce qui concerne le caractère raisonnable de son refus d'être traité ni en ce qui a trait à l'aggravation du préjudice.

Par contre, dans l'arrêt *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (C.S.C.-B.), le demandeur qui avait subi des blessures mineures dans un accident d'automobile a commencé à souffrir d'une psychose de nature schizophrénique qui l'affectait énormément à l'époque du procès. Le juge McIntyre a conclu, en se fondant sur la preuve médicale, que le demandeur était, avant l'accident, dans un état qui le prédisposait à la schizophrénie et que l'accident, en agissant sur cette prédisposition,

zophrenic illness. The plaintiff had been advised to take treatment for his condition but he refused. McIntyre J. concluded, however, that his psychosis was itself a factor in his refusal and he could not therefore be held responsible for the worsening of his condition. Damages must be assessed on the basis that he had not wilfully failed in his duty to mitigate.

In *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. T.D.), the plaintiff, an unskilled labourer, injured his back while working as a painter's helper. He was in continuous pain. One specialist recommended a spinal fusion to alleviate the pain. Another said it wouldn't help. The plaintiff decided not to have it and the insurance company discontinued his disability benefits. Higgins J. said, at p. 208:

The position therefore is that Dr. Shapter and Dr. Russell, both specialists in their respective fields, are in complete disagreement as to the benefits which might result from surgery. Faced with this conflict of expert opinion, it is not to be wondered at that the patient, an unlettered man, would be reluctant to agree to an operation. I do not regard his refusal, in these circumstances, as unreasonable. [Emphasis added.]

In *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, the plaintiff, aged 33, was employed by the defendants as a lighterman on the River Thames. In January 1970, a stevedore employed by the defendants on the ship *Cymric* threw some wire rope on to an adjoining barge on which the plaintiff was working. While trying to avoid this the plaintiff fell into the hold and injured his back. There was no dispute as to liability. Special damages were agreed. General damages were disputed on the ground that the plaintiff unreasonably refused to undergo tests and an operation out of a genuine, though misplaced, fear. The evidence indicated that the fear was beyond his control. Mr. Justice Browne found that the plaintiff's refusal to undergo the tests and the operation was unreason-

avait provoqué une schizophrénie caractérisée. On avait conseillé au demandeur de se faire traiter pour sa maladie, mais il a refusé. Le juge McIntyre a toutefois conclu que sa psychose était elle-même un facteur de son refus et qu'on ne pouvait en conséquence le tenir responsable de l'aggravation de son état. Les dommages-intérêts doivent être évalués en considérant qu'il n'a pas délibérément manqué à son obligation de limiter le préjudice subi.

Dans la décision *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (D.P.I. T.-N.), le demandeur, qui était manoeuvre, s'est blessé au dos en travaillant comme aide-peintre. Il éprouvait des douleurs persistantes. Un spécialiste a recommandé de pratiquer une fusion vertébrale pour calmer la douleur. Un autre a affirmé que ce serait inutile. Le demandeur a décidé de ne pas se faire opérer et la compagnie d'assurance a cessé de lui verser des prestations d'invalidité. Le juge Higgins affirme ceci, à la p. 208:

[TRANSDUCTION] La situation est donc la suivante: le D<sup>r</sup> Shapter et le D<sup>r</sup> Russell, des spécialistes dans leurs domaines respectifs, ne s'entendent absolument pas sur les avantages qui pourraient résulter d'une intervention chirurgicale. Face à cette divergence d'opinions des experts, il n'est pas étonnant que le patient, qui est illettré, se soit montré réticent à consentir à l'opération. Je ne considère pas son refus comme déraisonnable dans ces circonstances. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, le demandeur, âgé de 33 ans, était employé par la défenderesse comme batelier sur la Tamise. En janvier 1970, un arrimeur au service de la défenderesse sur le navire *Cymric* a lancé un câble sur une barge adjacente sur laquelle travaillait le demandeur. En essayant de l'éviter, le demandeur est tombé dans la cale et s'est blessé le dos. La responsabilité n'a pas été contestée. Le montant des dommages-intérêts spéciaux a fait l'objet d'un accord. Les dommages-intérêts généraux ont été contestés pour le motif que le demandeur avait refusé déraisonnablement de subir des examens et une opération à cause d'une crainte réelle mais déplacée. Il est ressorti de la preuve que cette crainte était incontrôlable chez lui. Le juge Browne a conclu que le refus du demandeur

able. Quoting from his reasons at p. 170:

Everybody agrees, and I emphasize strongly, that the plaintiff in the present case is not in the slightest degree a malingerer, and is a completely honest man who genuinely holds the beliefs and fears about which he has told us in evidence. But in deciding whether the defendants have proved that he has unreasonably refused to have the investigation and operation in question here, it seems to me clear from the authorities to which I have referred, that I must apply an objective test, in this sense, would a reasonable man in all the circumstances, receiving the advice which the plaintiff did receive, have refused the operation? I think this question must be considered as at the times when his decision was made and on the basis of the advice he then received. If the plaintiff preferred and prefers to go on as he is rather than to have the operation no-one can blame him. But the question I have to consider is not, "Is the plaintiff to blame for refusing the operation?" but, "Is it fair and reasonable to make the defendants pay for his refusal?" [Emphasis added.]

It is, however, of interest to note that at p. 173 Browne J. states:

As I have said several times, I entirely accept that the plaintiff's fear and his inability to bring himself to agree to the operation are absolutely genuine. But in my view there is no evidence that this is due to any physical or mental or psychological disability which existed before the accident and which would entitle the plaintiff to say that the defendants must take the plaintiff as they find him. [Emphasis added.]

He concluded at the same page:

As I have said, I think one must decide the question whether the plaintiff's refusal was unreasonable by the objective standard of the reasonable man, and the fact that this particular plaintiff has got himself into an emotional state where he finds it impossible to agree to the operation is, in my view, no ground for saying that his refusal was not unreasonable.

It would appear then on the English authorities that a psychological "thin skull" developed subsequent to the tortious act is not a factor that can be considered in relation to reasonableness: the objective test prevails in the absence of any pre-existing condition.

de subir les examens et l'opération était déraisonnable. Voici un extrait de ses motifs tiré de la p. 170:

[TRADUCTION] Tous reconnaissent, et je le souligne avec vigueur, que le demandeur en l'espèce ne simule absolument pas une maladie, qu'il est tout à fait honnête et qu'il croit et craint véritablement les choses qu'il nous a dites dans sa déposition. Mais pour ce qui est de décider si la défenderesse a prouvé qu'il a refusé déraisonnablement de subir les examens et l'opération en cause en l'espèce, il me semble clair, d'après la jurisprudence que j'ai consultée, que je me dois d'appliquer un critère objectif, c'est-à-dire une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, ayant reçu les conseils que le demandeur a reçus, aurait-elle refusé l'opération? Je crois qu'il faut examiner cette question par rapport à l'époque où il a pris sa décision et en fonction des conseils qu'il a alors reçus. Si le demandeur a préféré et préfère toujours rester comme il est plutôt que de subir l'opération, personne ne peut le lui reprocher. Mais la question qu'il me faut examiner n'est pas «Le demandeur est-il à blâmer pour avoir refusé l'opération?» mais «Est-il juste et raisonnable d'obliger la défenderesse à payer pour son refus?» [C'est moi qui souligne.]

Il est cependant utile de souligner qu'à la p. 173, le juge Browne affirme:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, je conviens entièrement que la crainte du demandeur et son incapacité de se décider à consentir à l'opération sont absolument réelles. Mais à mon avis, il n'y a aucune preuve que cela est dû à une incapacité physique, mentale ou psychologique qui existait avant l'accident et qui permettrait au demandeur d'affirmer que la défenderesse doit subir les conséquences de l'état antérieur du demandeur. [C'est moi qui souligne.]

Il conclut, à la même page:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit, je crois qu'il faut décider si le refus du demandeur a été déraisonnable en fonction du critère objectif de la personne raisonnable et le fait que le demandeur aux présentes se soit trouvé dans un état émotif qui l'a empêché de consentir à l'opération ne permet pas, à mon avis, d'affirmer que son refus n'était pas déraisonnable.

Il semblerait donc, d'après la jurisprudence anglaise, que la vulnérabilité psychologique qui découle de l'acte fautif n'est pas un facteur que l'on peut prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable: le critère objectif s'applique en l'absence de toute condition préexistante.



(b) Nature

The other element that has to be considered in determining whether the objective test of reasonableness applies to the decision made by the alleged thin skulled plaintiff is the nature of the pre-existing psychological infirmity. It is evident that not every pre-existing state of mind can be said to amount to a psychological thin skull. It seems to me that the line must be drawn between those plaintiffs who are capable of making a rational decision regarding their own care and those who, due to some pre-existing psychological condition, are not capable of making such a decision. As pointed out by Professor Fleming, a plaintiff cannot by making an unreasonable decision in regard to his own medical treatment “unload upon the defendant the consequences of his own stupidity or irrational scruples”: Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), p. 226. Accordingly, non-pathological but distinctive subjective attributes of the plaintiff’s personality and mental composition are ignored in favour of an objective assessment of the reasonableness of his choice. So long as he is capable of choice the assumption of tort damages theory must be that he himself assumes the cost of any unreasonable decision. On the other hand, if due to some pre-existing psychological condition he is incapable of making a choice at all, then he should be treated as falling within the thin skull category and should not be made to bear the cost once it is established that he has been wrongfully injured.

I believe that Lord Justice Singleton’s concern in *Marcroft v. Scruttons, supra*, stemmed from his doubt as to whether the plaintiff in that case was capable of making a rational decision. Not only that, there was some indication in the medical evidence that his incapacity may have been itself a consequence of the trauma induced by the accident. If this is so, it would appear manifestly unjust to cut off his recovery for failure to mitigate his damages through a rational decision as to treatment. The reasons of Lord Justice Denning are even more baffling. He attributes the plain-

b) La nature

L’autre élément dont il faut tenir compte pour déterminer si le critère objectif du caractère raisonnable s’applique à la décision prise par le demandeur prétendument vulnérable est la nature de l’infirmité psychologique préexistante. Il est évident qu’on ne peut pas dire que tous les états d’esprit préexistants équivalent à une vulnérabilité psychologique. Il me semble qu’il faut faire la distinction entre les demandeurs capables de prendre une décision rationnelle à propos de leur propre santé et ceux qui, à cause d’un état psychologique préexistant, sont incapables de prendre une telle décision. Comme le souligne le professeur Fleming, le demandeur ne peut, en prenant une décision déraisonnable quant à ses propres soins médicaux [TRADUCTION] «faire assumer au défendeur les conséquences de sa propre bêtise ou de ses hésitations irrationnelles»: Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 226. En conséquence, les caractéristiques subjectives, non pathologiques mais distinctives, de la personnalité du demandeur et de sa constitution psychologique sont écartées en faveur d’une évaluation objective du caractère raisonnable de son choix. Dans la mesure où il est capable de faire un choix, il faut présumer, selon la théorie des dommages-intérêts en matière délictuelle, qu’il assume lui-même le coût de toute décision déraisonnable. D’autre part, si en raison d’un état psychologique préexistant il est absolument incapable de faire un choix, alors il faut le considérer comme appartenant à la catégorie des victimes vulnérables et ne pas lui en faire supporter les conséquences dès qu’il est prouvé qu’il a été blessé par suite d’un acte fautif.

Je crois que ce qui préoccupait le lord juge Singleton dans l’arrêt *Marcroft v. Scruttons*, précité, tenait au doute qu’il avait quant à savoir si le demandeur, dans cette affaire, était capable de prendre une décision rationnelle. De plus, la preuve médicale portait à croire jusqu’à un certain point que son incapacité pouvait elle-même découler du traumatisme causé par l’accident. Si tel était le cas, il semblerait manifestement injuste de mettre fin au dédommagement à cause de son omission de limiter le préjudice qu’il a subi par une décision rationnelle quant au traitement. Les

tiff's traumatic state after the accident to a pre-existing constitutional weakness and says it rendered the plaintiff incapable of making reasonable decisions. Yet he concluded that this was a subjective factor that could not be considered. This would appear to be carrying the objective test too far in that it overrides the "thin skull" principle altogether.

The position in the United States would appear to be that a great number of personal attributes falling short of a constitutional incapacity to act reasonably can be taken into account in evaluating the plaintiff's post-injury behaviour. This position is best summed up in Dobbs, *Law of Remedies* (1973), p. 580 as follows:

In such cases the courts have spoken of "the reasonable and prudent man," or "reasonable care" by the plaintiff as a test, but this term is probably too narrow. Personal preferences of the plaintiff, personal finances of the plaintiff and even irrational fears of the plaintiff are given due weight in deciding what he is expected to do to minimize damages. The standard, then, is not so much the objective standard of the hypothetical reasonable man as it is the subjective standard based on what can be reasonably expected of the particular plaintiff.

In their text on *Personal Injury Damages in Canada* (1981) Professors Cooper-Stephenson and Saunders point out that no clear position has emerged from the Canadian jurisprudence in this area although cases such as *Elloway, supra*, and *McGrath, supra*, suggest that a plaintiff in Canada may not be held to an objective standard of reasonableness which it is beyond his capacity to attain. This position would appear to most appropriately complement Fleming's assertion that where a plaintiff does not suffer from a constitutional incapacity to act reasonably he cannot make the defendant bear the burden of his unreasonable behaviour. Thus, the analytic focus in each case is on the capacity of the plaintiff to make a reasonable choice.

motifs du lord juge Denning sont encore plus déconcertants. Il attribue l'état traumatique dans lequel était le demandeur après l'accident à une faiblesse diathésique préexistante et affirme qu'il a rendu le demandeur incapable de prendre des décisions rationnelles. Il conclut néanmoins qu'il s'agit là d'un facteur subjectif dont on ne peut pas tenir compte. Cela semblerait pousser le critère objectif trop loin en ce que, tout compte fait, il l'emporte sur le principe de la «vulnérabilité de la victime».

La situation aux États-Unis semblerait être qu'un grand nombre de facteurs personnels, sauf l'incapacité diathésique d'agir raisonnablement, peuvent être pris en considération en évaluant la conduite adoptée par le demandeur après avoir subi le préjudice. On trouve le meilleur résumé de cette situation dans Dobbs, *Law of Remedies* (1973), à la p. 580:

[TRADUCTION] Dans ces cas, les tribunaux ont cité comme critère «l'homme raisonnable et prudent» ou la «prudence raisonnable» de la part du demandeur, mais cette expression est probablement trop restreinte. Les préférences personnelles du demandeur, ses finances personnelles et même ses craintes irrationnelles sont dûment considérées pour décider ce qu'il est censé faire pour minimiser le préjudice subi. Le critère est alors moins le critère objectif de l'homme raisonnable hypothétique que le critère subjectif fondé sur ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre du demandeur en question.

Dans leur texte intitulé *Personal Injury Damages in Canada* (1981), les professeurs Cooper-Stephenson et Saunders soulignent qu'il ne se dégage de la jurisprudence canadienne aucune position claire dans ce domaine, bien que des décisions comme *Elloway* et *McGrath*, précitées, laissent entendre qu'au Canada un demandeur ne peut pas être astreint à une norme objective de caractère raisonnable qu'il lui est impossible d'atteindre. Cette position semblerait être celle qui complète le mieux l'affirmation de Fleming selon laquelle, lorsqu'un demandeur ne souffre pas d'une incapacité diathésique d'agir raisonnablement, il ne peut faire supporter au défendeur le fardeau de sa conduite déraisonnable. Ainsi, l'examen porte dans chaque cas sur la capacité du demandeur de faire un choix raisonnable.

(2) Unreasonableness and Conflicting Medical Opinions

Another problem trial judges face in assessing the reasonableness of a plaintiff's decision whether or not to have medical or surgical treatment is the way in which he is expected to handle conflicting medical opinions.

In *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, Estey J. stated at p. 649 that "A plaintiff need not take all possible steps to reduce his loss". He is only bound to act like "a reasonable and prudent man": *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.) The steps he takes, Lord Macmillan said in *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452, at p. 506, "ought not to be weighed in nice scales".

What guidance, if any, do these very general observations afford an injured plaintiff confronted with conflicting medical advice and varying prognoses for the outcome of treatment? In *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357 (C.A.), the doctors disagreed as to whether a slight operation would get rid of the plaintiff's headaches. It was held that the plaintiff in refusing the surgery had not failed in his duty to mitigate. In *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.*, *supra*, medical opinion was divided as to whether a spinal fusion would reduce the plaintiff's pain. It was held that the plaintiff did not fail in his duty to mitigate by refusing to have the surgery. In *Steele v. Robert George & Co.*, *supra*, Viscount Simon said, at p. 500:

It may in some cases be quite reasonable for a man to decide not to undergo an operation if his own doctor advises against it, for it is the conclusion reached by his doctor which governs his decision much more than the logic by which his doctor has reached the conclusion.

2) Le caractère déraisonnable et les opinions médicales contradictoires

Un autre problème que les juges rencontrent en évaluant le caractère raisonnable de la décision d'un demandeur de subir ou de ne pas subir un traitement médical ou chirurgical est la manière dont il est censé traiter les opinions médicales contradictoires.

Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, le juge Estey affirme, à la p. 649, qu'«Un demandeur n'[est] pas tenu de prendre toutes les mesures possibles pour réduire ses pertes». Il est seulement tenu d'agir comme «un homme prudent et raisonnable»: *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.) Les mesures qu'il prend, d'affirmer lord Macmillan dans *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452, à la p. 506, «ne doivent pas être analysées au microscope».

Quel guide ces observations très générales offrent-elles à un demandeur blessé qui fait face à des avis médicaux contradictoires et à des pronostics divergents quant au résultat du traitement? Dans l'arrêt *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357 (C.A.), les médecins ne s'entendaient pas sur la question de savoir si une opération mineure permettrait de guérir le demandeur de ses maux de tête. On a conclu qu'en refusant l'intervention chirurgicale le demandeur n'avait pas manqué à son obligation de limiter le préjudice. Dans l'arrêt *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.*, précité, les médecins divergeaient d'opinion quant à savoir si une fusion vertébrale permettrait de diminuer les douleurs du demandeur. On a conclu que le demandeur n'avait pas manqué à son obligation de limiter le préjudice en refusant de subir l'intervention chirurgicale. Dans l'arrêt *Steele v. Robert George & Co.*, précité, le vicomte Simon affirme, à la p. 500:

[TRADUCTION] Dans certains cas, il peut être tout à fait raisonnable pour une personne de décider de ne pas subir une opération si son propre médecin ne la recommande pas, parce que c'est la conclusion tirée par son médecin qui influe sur sa décision beaucoup plus que la logique dont a fait preuve son médecin en tirant cette conclusion.

As to the possibility of medical opinions conflicting with that of his own doctor Viscount Simon said, at p. 501:

that where the workman has been advised against the operation by a skilled medical man in whom he has confidence, it would be necessary to bring home to the workman an extremely strong body of expert advice to the contrary before the onus which rests on the employer of proving that the refusal was unreasonable should be regarded as discharged.

These cases are, however, to be contrasted with cases such as *Marcroft v. Scruttons*, *supra*, and *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500 (C.A.), where the refusal of surgery was held to be unjustified. It would appear from the authorities that as long as a plaintiff follows any one of several courses of treatment recommended by the medical advisers he consults he should not be said to have acted unreasonably.

As a qualification to the general principle that a plaintiff's actions must not be subjected to an overly critical standard of review, the English courts have suggested that in determining what steps he ought to take the plaintiff should consider the defendant's interests as well as his own. In *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), the court pointed out that, while the plaintiff may have acted reasonably as far as he was concerned, the true question was whether the plaintiff acted reasonably as between himself and the defendant and in view of his duty to mitigate the damages: *per* Harman L.J., at p. 1072; Pearson L.J., at p. 1076. It should be noted that this rule has never been adopted in Canada, and the English courts in the context of the law of contracts have held that a plaintiff "is not bound to nurse the interests of the contract breaker": *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509, *per* Roskill J., at p. 530.

In making his finding as to the reasonableness or otherwise of a refusal of medical treatment, the trier of fact will also, of course, take into consideration the degree of risk to the plaintiff from the surgery (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1

Quant à la possibilité qu'il y ait des opinions médicales contraires à celle du médecin traitant du demandeur, le vicomte Simon affirme, à la p. 501:

[TRADUCTION] que lorsque l'ouvrier s'est vu conseiller de ne pas subir l'opération par un médecin qualifié en qui il a confiance, il faudrait soumettre à cet ouvrier un ensemble d'opinions d'expert contraires extrêmement convaincantes pour que l'on puisse considérer que l'employeur a satisfait à l'obligation qui lui incombe de prouver que le refus était déraisonnable.

Toutefois, il faut distinguer ces affaires des arrêts *Marcroft v. Scruttons*, précité, et *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500 (C.A.), où on a conclu que le refus de subir l'intervention chirurgicale était injustifié. Il semblerait, d'après la jurisprudence, que dans la mesure où un demandeur suit l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées par les médecins qu'il a consultés, on ne puisse pas dire qu'il a agi déraisonnablement.

À titre de restriction au principe général selon lequel les actes du demandeur ne doivent pas être soumis à une norme d'examen trop sévère, les cours anglaises ont laissé entendre qu'en déterminant les mesures qu'il doit prendre le demandeur doit prendre en considération les intérêts du défendeur autant que les siens. Dans l'arrêt *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), la cour souligne que, même si le demandeur peut avoir agi raisonnablement en ce qui le concerne, la question véritable est de savoir si le demandeur a agi raisonnablement par rapport au défendeur et compte tenu de son obligation de limiter le préjudice: le lord juge Harman, à la p. 1072; le lord juge Pearson, à la p. 1076. Il faut souligner que cette règle n'a jamais été suivie au Canada et que, dans le domaine du droit des contrats, les cours anglaises ont conclu que le demandeur [TRADUCTION] «n'est pas tenu de soigner les intérêts de celui qui a rompu le contrat»: *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509, le juge Roskill, à la p. 530.

En déterminant le caractère raisonnable ou déraisonnable du refus de subir un traitement médical, il va de soi que le juge des faits doit également tenir compte du risque auquel l'intervention chirurgicale expose le demandeur (*Taylor*

W.W.R. 505 (Sask. C.A.)), the gravity of the consequences of refusing it (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (Sask. K.B.)), and the potential benefits to be derived from it (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (S.C.)).

### (3) The Onus of Proof of Reasonableness

While a plaintiff has the burden of proving both the fact that he has suffered damage and the *quantum* of that damage, the burden of proof moves to the defendant if he alleges that the plaintiff could have and should have mitigated his loss. That this is the law in Canada has been clearly stated by this Court in *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, and more recently reaffirmed by Estey J. in the *Asemara Oil* case, *supra*. In *Red Deer* Laskin C.J. said, at p. 331:

If it is the defendant's position that the plaintiff could reasonably have avoided some part of the loss claimed, it is for the defendant to carry the burden of that issue, subject to the defendant being content to allow the matter to be disposed of on the trial judge's assessment of the plaintiff's evidence on avoidable consequences.

Two Australian cases are instructive in this area. In *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569, the plaintiff was shown to be suffering from a compensation neurosis as a result of personal injuries sustained in an automobile accident caused by the defendant's negligence. The report of the case deals only with a problem that arose in the assessment of damages as to the plaintiff's duty to mitigate his loss. It was proved in evidence that there is no treatment that would relieve the plaintiff's neurosis and it was therefore of the utmost urgency that his claim be tried since the chances of his recovery from his condition would "get less and less as the time from the date of his original injury increases". The trial was expedited accordingly. Quoting from the judgment of Walters J., at p. 573:

I turn now to the question whether the plaintiff has done all that he could reasonably have done to alleviate his condition of compensation neurosis. The principle to be applied with respect to the mitigation of damages in

*v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (C.A. Sask.)), de la gravité des conséquences du refus de la subir (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (B.R. Sask.)) et des avantages qui peuvent en découler (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (C.S.)).

### 3) Le fardeau de prouver le caractère raisonnable

Bien que le demandeur ait l'obligation de prouver aussi bien le fait qu'il a subi un préjudice que l'étendue de ce préjudice, le fardeau de la preuve passe au défendeur si celui-ci allègue que le demandeur aurait pu et aurait dû réduire ses pertes. Cette Cour a clairement affirmé que c'est là la règle applicable au Canada dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, et le juge Estey l'a réaffirmé plus récemment dans l'arrêt *Asemara Oil*, précité. Dans l'arrêt *Red Deer*, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 331:

Si le défendeur prétend que le demandeur aurait pu raisonnablement minimiser la perte alléguée, il incombe au défendeur d'en faire la preuve, à moins que ce dernier ne se contente de laisser au juge de première instance le soin de trancher cette question à la lumière de son évaluation de la preuve des conséquences évitables fournie par le demandeur.

Deux arrêts australiens sont instructifs sous ce rapport. Dans l'arrêt *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569, il a été démontré que le demandeur souffrait de névrose de transfert obsessif-par suite des blessures subies dans un accident de voiture causé par la faute du défendeur. Le compte rendu de l'affaire porte seulement sur le problème qui s'est posé lors de l'évaluation des dommages-intérêts quant à l'obligation du demandeur de réduire ses pertes. Il a été établi par la preuve qu'il n'existait pas de traitement qui puisse soulager la névrose du demandeur et qu'il était donc extrêmement urgent que sa demande soit instruite étant donné que [TRADUCTION] «plus le temps passe depuis son accident plus ses chances de guérison diminueront». Le procès a été hâté en conséquence. Voici ce qu'affirme le juge Walters, à la p. 573:

[TRADUCTION] J'aborderai maintenant la question de savoir si le demandeur a fait tout ce qu'il pouvait raisonnablement faire pour soulager son état de névrose de transfert obsessif. Le principe applicable en matière

the case of tort is clear. The plaintiff is "bound to act not only in his own interests, but in the interests of the party who would have to pay damages, and keep down the damages, so far as it is reasonable and proper, by acting reasonably in the matter" (*Smailes & Sons v. Hans Dessen & Co.* ((1905) 94 L.T. 492; on appeal (1906) 95 L.T. 809), per *Channel J.* at p. 493. And as *Mayo J.* said in *Fishlock v. Plummer* ([1950] S.A.S.R. 176, at p. 181): "If any part of his (the plaintiff's) damage was sustained by reason of his own negligent or unreasonable behaviour, the plaintiff will not be recouped as to that part." However, "the question what is reasonable for the plaintiff to do in mitigation of damages is not a question of law, but one of fact in the circumstances of each particular case, the burden of proof being upon the defendant" (*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed. vol. 11, par. 477, p. 290). The authorities show that once the plaintiff has "made out a prima facie case of damages, actual or prospective, to a given amount", the burden lies upon the defendant to prove circumstances whereby the loss could have been diminished. Not only must the defendant discharge the onus of showing that the plaintiff could have mitigated his loss if he had reacted reasonably, but he must also show how and to what extent that loss could have been minimized (*Roper v. Johnson* ((1873) L.R. 8 C.P. 167), per *Grove J.* at p. 184; *Criss v. Alexander (No. 2)* ((1928), 28 S.R. (N.S.W.) 587; 45 W.N. 187), per *Street C.J.* at p. 596).

Walters J. then dealt with the defendant's submission that the plaintiff's duty to mitigate in a case of compensation neurosis included a duty to bring on the action for an early trial. He said, at p. 574:

It cannot be disputed that the plaintiff could have taken earlier steps to expedite the trial of the action, but it was equally open to the defendant to have done so, at least by October 1970. Moreover, in the period between April 1970 and June 1970, there had been a delay of two months on the part of the defendant in answering the interrogatories delivered for his examination, and until the answers had been filed, application could not have been made for entry of the action for trial. And it is to be noticed that a summons for leave to enter the action for trial was issued three days following the filing of the answers to the interrogatories. Another matter which I am unable to overlook is the initial delay on the

de limitation du préjudice dans une affaire de quasi-délit est clair. Le demandeur est «tenu d'agir non seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt de la partie qui aura à payer des dommages-intérêts, et d'empêcher le préjudice d'augmenter pour autant qu'il est raisonnable et approprié de le faire, en agissant raisonnablement dans les circonstances» (*Smailes & Sons v. Hans Dessen & Co.* ((1905), 94 L.T. 492; en appel (1906), 95 L.T. 809), le juge *Channel* à la p. 493. Comme l'affirme le juge *Mayo* dans l'arrêt *Fishlock v. Plummer* ([1950] S.A.S.R. 176, à la p. 181): «Si une part quelconque de son préjudice [celui du demandeur] résulte de sa propre conduite fautive ou déraisonnable, le demandeur ne sera pas dédommagé pour cette part.» Toutefois, «la question de savoir ce qui est raisonnable pour le demandeur de faire pour limiter le préjudice n'est pas une question de droit, mais une question de fait selon les circonstances de chaque cas particulier, et il incombe au défendeur d'en faire la preuve» (*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 11, par. 477, p. 290). Il ressort de la jurisprudence que dès que le demandeur a produit «un commencement de preuve du préjudice présent ou futur, évalué à un certain montant», il incombe au défendeur d'établir les circonstances dans lesquelles les pertes auraient pu être réduites. Non seulement le défendeur doit-il démontrer que le demandeur aurait pu réduire ses pertes s'il avait réagi raisonnablement, mais il doit aussi démontrer comment et dans quelle mesure ces pertes auraient pu être réduites (*Roper v. Johnson* ((1873), L.R. 8 C.P. 167), le juge *Grove*, à la p. 184; *Criss v. Alexander (No. 2)* ((1928), 28 S.R. (N.S.W.) 587; 45 W.N. 187), le juge en chef *Street*, à la p. 596).

Le juge Walters aborde ensuite la prétention du défendeur que l'obligation du demandeur de limiter le préjudice dans un cas de névrose de transfert obsessif comportait l'obligation d'intenter l'action de manière à hâter la tenue du procès. Il affirme, à la p. 574:

[TRADUCTION] Il est incontestable que le demandeur aurait pu agir plus tôt pour hâter l'instruction de l'action, mais il était aussi loisible au défendeur de le faire au moins depuis octobre 1970. De plus, pendant la période comprise entre avril 1970 et juin 1970, deux mois se sont écoulés avant que le défendeur ne réponde à l'interrogatoire écrit qui lui avait été soumis, et la demande d'inscription de l'action pour audition n'aurait pu être faite avant le dépôt de ces réponses. Il y a lieu de noter que la requête visant à obtenir l'autorisation d'inscrire l'action pour audition a été produite dans les trois jours suivant le dépôt des réponses à l'interrogatoire écrit. Un autre point que je ne puis passer sous silence

part of the defendant in filing his defence to the statement of claim.

Looking at the conduct of the parties, I am unable to say that any blame lies with one side rather than the other, and I am not persuaded that any mischief done can be solely ascribed to the plaintiff. In any case, apart from the prognosis given in evidence by Mr. Schaeffer, there is not a great deal to show to what extent the plaintiff's neurosis might have been relieved if the action had been brought to trial sooner. I cannot speculate as to the extent to which the plaintiff might have minimized his loss by bringing on his action for an earlier trial. And in all the circumstances, I do not think that the defendant has persuaded me that the plaintiff has been unreasonable in failing to take steps to minimize his damages, or that it has been proved that he is responsible for consequences of his injuries which might have been avoided or materially lessened, so that his damages ought to be calculated at a time prior to the actual date of assessment. It seems to me that after looking to all that has happened, there can be no warrant for abating the award of general damages.

In *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155, Jackson C.J. referred to the two aspects of the defendant's burden of proof. He said, at pp. 157-58:

There can be no doubt but that upon this issue the onus was at trial upon the respondent to this appeal and the learned trial Judge so held. In the course of argument before us, however, it did appear that doubt did exist as to what was involved in the discharge of that onus. The question giving rise to that doubt can be posed by asking whether in such a case as this the defendant in order to discharge the onus that the plaintiff had failed to mitigate his damage must prove, on the balance of probabilities, that the plaintiff acted unreasonably in not submitting himself to the advised treatment, and in addition, and to the same standard of persuasion that the treatment, if carried out, would cure, or, to a certain degree cure the plaintiff's condition, or whether on the other hand, the issue to which the onus attaches is but the single issue, it being whether the plaintiff in refusing the treatment had failed to do something which in reason he ought to have done to mitigate his damage. In all the personal injury negligence cases so far reported, it appears to have been established on the balance of probabilities both that the plaintiff had acted unreasonably and that had the operation been carried out, the incapacity would have been removed or reduced to a

est le fait qu'au départ le défendeur a tardé à produire sa défense à la déclaration.

Considérant la conduite des parties, je suis incapable d'affirmer que l'une est plus blâmable que l'autre, mais je ne suis pas convaincu que tout méfait commis puisse être attribué exclusivement au demandeur. De toute façon, sauf pour le pronostic soumis en preuve par M. Schaeffer, il y a peu de chose qui démontre dans quelle mesure la névrose du demandeur aurait pu être soulagée si l'action avait été instruite plus tôt. Je ne puis spéculer sur la mesure dans laquelle le demandeur aurait pu minimiser le préjudice subi s'il avait fait instruire son action plus tôt. Dans ces circonstances, je ne crois pas que le défendeur m'a convaincu que le demandeur a été déraisonnable en ne prenant pas les mesures nécessaires pour limiter le préjudice subi, ou qu'il a été prouvé qu'il est responsable de certaines conséquences de ses blessures qui auraient pu être évitées ou largement diminuées, de sorte que ses dommages-intérêts auraient dû être calculés à une date antérieure à celle à laquelle ils ont été effectivement évalués. Il me semble, après avoir examiné tout ce qui s'est produit, que rien ne peut justifier une réduction du montant des dommages-intérêts accordés.

Dans l'arrêt *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155, le juge en chef Jackson a mentionné les deux aspects du fardeau de la preuve imposé au défendeur. Il affirme, aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir de doute que sur ce point au procès, le fardeau de la preuve incombait à l'intimé au présent appel et c'est ce qu'a conclu le savant juge de première instance. Pendant les plaidoiries en cette cour, il est par contre apparu qu'il y avait un doute quant à ce qu'il fallait faire pour s'acquitter de ce fardeau. La question qui soulève ce doute peut être posée en se demandant si, dans un cas comme celui-ci, le défendeur doit, pour s'acquitter du fardeau de prouver que le demandeur a omis de limiter le préjudice qu'il a subi, prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur a agi de façon déraisonnable en ne subissant pas le traitement recommandé et, selon le même critère de persuasion, que, s'il avait été administré, le traitement aurait permis de guérir le demandeur totalement ou partiellement, ou, d'autre part, si le point qu'il s'agit d'établir se résume uniquement à déterminer si en refusant le traitement le demandeur a omis de faire quelque chose qu'il aurait raisonnablement dû faire pour limiter le préjudice subi. Dans toutes les affaires de blessures corporelles imputables à une faute publiées jusqu'ici, il semble avoir été établi, selon la prépondérance des probabilités, à la fois que le demandeur a agi

certain degree. In such cases the onus is discharged on either view and with the result that damages are assessed "as they would properly have been assessable if he had, in fact, undergone the operation and secured the degree of recovery to be expected from it": *McAuley v London Transport Executive* [1957] 2 Lloyd's Rep 500 at 505 per Jenkins L.J. [Emphasis added.]

A recent English case which is hard to reconcile with the Canadian and Australian authorities and, indeed, with earlier English authorities, is *Selvanayagam v. University of the West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824. In that case the Privy Council held that a plaintiff who rejects a medical recommendation in favour of surgery must, in order to discharge the burden on him to prove that he acted reasonably in regard to his duty to mitigate his damage, prove that his refusal was reasonable. The trial judge had placed the onus on the plaintiff (appellant) and the Court of Appeal had treated this as a basis for review. Lord Scarman said they were wrong. Quoting from his reasons, at p. 827:

The rule that a plaintiff who rejects a medical recommendation in favour of surgery must show that he acted reasonably is based on the principle that a plaintiff is under a duty to act reasonably so as to mitigate his damage.

While this articulation of the duty to mitigate is obviously correct, Lord Scarman's placing of the burden of proof of mitigation on the plaintiff seems to be in sharp contrast to a long line of earlier English authority and, as has been seen, is contrary to the general principles of mitigation of damages enunciated by this Court in *Red Deer*, *supra*, and *Asamera Oil*, *supra*.

#### 4. The Consequences of an Unreasonable Refusal of Treatment

Turning now to the implication of a finding of unreasonableness for the plaintiff's recovery, it is clear that the so-called "duty to mitigate" derives

de façon déraisonnable et que si l'opération avait eu lieu son incapacité aurait soit diminué soit disparu. Dans ces cas, l'obligation est remplie à l'un et l'autre point de vue de sorte que les dommages-intérêts sont évalués «tout comme on aurait pu les évaluer s'il avait subi l'opération et s'était assuré le degré de guérison qui est censé en découler»: *McAuley v London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500, à la p. 505, le lord juge Jenkins. [C'est moi qui souligne.]

L'arrêt *Selvanayagam v. University of the West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824, est une décision anglaise récente difficile à concilier avec la jurisprudence canadienne et australienne et même avec la jurisprudence anglaise antérieure. Dans cet arrêt, le Conseil privé a conclu que le demandeur qui refuse de subir une intervention chirurgicale recommandée par les médecins doit, pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver qu'il a agi de façon raisonnable quant à son obligation de limiter le préjudice subi, prouver que son refus était raisonnable. Le juge de première instance avait imposé cette obligation au demandeur (l'appelant) et la Cour d'appel avait considéré cela comme un motif de révision. Lord Scarman a dit qu'elle avait fait erreur. Il affirme ceci dans ses motifs, à la p. 827:

[TRADUCTION] La règle voulant que le demandeur qui rejette la recommandation des médecins de subir une intervention chirurgicale doit démontrer qu'il a agi de façon raisonnable se fonde sur le principe que le demandeur a l'obligation d'agir raisonnablement de façon à limiter le préjudice.

Bien que cette formulation de l'obligation de limiter le préjudice soit manifestement correcte, l'imposition au demandeur, par lord Scarman, de l'obligation de prouver la limitation du préjudice semble contraster sensiblement avec un long courant de jurisprudence anglaise antérieure et, comme nous l'avons vu, est contraire aux principes généraux de la limitation du préjudice énoncés par cette Cour dans les arrêts *Red Deer* et *Asamera Oil*, précités.

#### 4. Les conséquences du refus déraisonnable de subir un traitement

Pour ce qui est maintenant de l'incidence d'une constatation du caractère déraisonnable du refus sur l'indemnisation du demandeur, il est clair que



from the general proposition that a plaintiff cannot recover from the defendant damages which he himself could have avoided by the taking of reasonable steps. As Pearson L.J. pointed out in *Darbishire v. Warran, supra*, it is not a "duty" in the strict sense. A breach of it is not actionable. Quoting from his reasons at p. 1075:

... it is important to appreciate the true nature of the so-called "duty to mitigate the loss" or "duty to minimize the damage." The plaintiff is not under any contractual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant.

Mitigation has to do with post-accident events. In this respect it should perhaps be contrasted with contributory negligence and perceived as more closely aligned with *novus actus interveniens*. It differs from the latter, however, in that the *novus actus* may be the act of a third party whereas mitigation (or its failure) is exclusively the act of the claimant. Overhanging all three concepts, mitigation, contributory negligence and *novus actus*, are the general principles of foreseeability and remoteness as they apply to post-accident events.

The appellant in the case at bar invoked some of these general doctrines of tort law. He submitted "that the majority in the Court of Appeal have failed to take into account the fact that the plaintiff's unreasonable refusal constituted a *novus actus* and, from the defendant's standpoint, such refusal was not reasonably foreseeable and the damages claimed are too remote". I do not find

ce qu'on appelle «l'obligation de limiter le préjudice» découle du principe général selon lequel un demandeur ne peut se faire indemniser par le défendeur pour le préjudice qu'il aurait pu lui-même éviter en prenant des mesures raisonnables. Comme le souligne le lord juge Pearson dans l'arrêt *Darbishire v. Warran*, précité, il ne s'agit pas d'une «obligation» au sens strict. Le manquement à ce genre d'obligation n'ouvre pas droit à des poursuites. Voici ce qu'il affirme dans ses motifs, à la p. 1075:

[TRADUCTION] ... il est important de saisir la vraie nature de ce qu'on appelle «l'obligation de réduire les pertes» ou «l'obligation de limiter le préjudice.» Le demandeur n'a pas d'obligation contractuelle de choisir la méthode la plus économique: s'il souhaite adopter la méthode la plus coûteuse, il a la liberté de le faire et ne commet pas de faute contre le défendeur ou qui que ce soit d'autre en le faisant. Cela signifie en réalité que le demandeur n'a pas le droit de faire payer au défendeur, sous forme de dommages-intérêts, une somme plus considérable que celle dont il a raisonnablement besoin pour réparer la perte subie. En bref, il a tout à fait le droit d'être aussi extravagant qu'il le veut, mais il ne peut le faire aux dépens du défendeur.

La limitation du préjudice se rapporte aux événements survenus après l'accident. À cet égard, il faut peut-être la mettre en contraste avec le concept de la faute de la victime et la percevoir comme se rapprochant davantage du *novus actus interveniens*. Toutefois, elle diffère de ce dernier concept, en ce que le *novus actus* peut être le fait d'un tiers alors que la limitation du préjudice (ou l'omission de limiter le préjudice) est exclusivement le fait du réclamant. Au-dessus de ces trois concepts de limitation du préjudice, de la faute de la victime et du *novus actus*, il y a les principes généraux de la prévisibilité et de l'absence de lien de causalité dans la mesure où ils s'appliquent aux événements postérieurs à l'accident.

En l'espèce, l'appellant a invoqué certains de ces principes généraux de la responsabilité délictuelle. Il a soutenu [TRADUCTION] «que la Cour d'appel à la majorité n'a pas tenu compte du fait que le refus déraisonnable du demandeur constitue un *novus actus*, que pour le défendeur ce refus n'était pas raisonnablement prévisible et que les dommages-intérêts sont réclamés trop indirects». Je ne trouve

such an approach helpful in a case of this kind. It seems to me that by hypothesis the whole of the plaintiff's damages are reasonably foreseeable and would be recoverable were it not for the additional fact that a portion of them was reasonably avoidable by the plaintiff. I have difficulty in seeing how the failure to avoid what is a reasonably avoidable loss can in and of itself make the remaining unavoidable loss unforeseeable. Nor, it seems to me does the doctrine of proximate cause, also invoked by the appellant, elucidate the problem. References to "proximate cause" and "intervening cause", in my opinion, predetermine the legal issue but do not provide a rationale for it. I find the following passage from 22 Am Jur 2d, Damages § 30, at p. 52 more illuminating:

Other courts have suggested that the doctrine of avoidable consequence is an extension of the proximate cause principle—that is, if the plaintiff could reasonably have avoided the damages which resulted, then the activity of the defendant can no longer be considered the proximate cause of those damages. While this statement can be accepted as theoretically valid (since "proximate cause" probably means nothing more than the cause which is recognized by law as the cause of the damages), it is not precise enough to express the idea contained in the doctrine of avoidable consequences. For example, if defendant's negligent activity caused plaintiff's broken leg and much of plaintiff's pain could have been avoided by consulting a doctor, it is unnecessarily ambiguous to state that the failure to consult a doctor prevented the negligent activity from being the proximate cause of a portion of the pain, but not from being the proximate cause of the rest of the pain. It is more precise to state that consulting a doctor would have avoided a certain portion of the pain and, thus, damages cannot be recovered for the avoidable pain.

Essentially the same point may be made with respect to *novus actus interveniens*. The concept does not advance the analysis in any helpful way. Obviously mitigation and *novus actus* may coincide in cases such as the case at bar but talking in terms of *novus actus* is, in my view, of little assistance in defining the scope of the duty to mitigate.

pas ce point de vue utile dans un cas de ce genre. Il me semble que, hypothétiquement, l'ensemble du préjudice subi par le demandeur est raisonnablement prévisible et serait indemnisable si ce n'était du fait additionnel qu'une partie de ce préjudice aurait pu raisonnablement être évitée par le demandeur. Il m'est difficile de voir comment l'omission d'éviter ce qui constitue une perte raisonnablement évitable peut en soi rendre imprévisibles les autres pertes inévitables. Il ne me semble pas non plus que le principe de la cause immédiate, également invoqué par l'appellant, règle la question. Les mentions de la «cause immédiate» et de la «cause nouvelle» ont pour effet, à mon avis, de prédéterminer la question de droit, mais ils n'en donnent pas la raison d'être. Je trouve plus instructif le passage suivant tiré de 22 Am Jur 2d, Damages, paragraphe 30, à la p. 52:

[TRADUCTION] D'autres cours ont laissé entendre que la doctrine des conséquences évitables est une extension du principe de la cause immédiate—c'est-à-dire que si le demandeur avait pu raisonnablement éviter le préjudice subi, alors l'activité du défendeur ne peut plus être considérée comme la cause immédiate de ce préjudice. Même si cet énoncé est acceptable du point de vue théorique (puisque «cause immédiate» ne signifie probablement rien de plus que la cause reconnue en droit comme la cause du préjudice), il n'est pas assez précis pour exprimer l'idée contenue dans la doctrine des conséquences évitables. Par exemple, si l'acte fautif du défendeur a causé la fracture d'une jambe du demandeur et que le demandeur aurait pu s'éviter beaucoup de souffrances s'il avait consulté un médecin, il est inutilement ambigu d'affirmer que l'omission de consulter un médecin a empêché l'acte fautif d'être la cause immédiate d'une partie des souffrances, mais non pas d'être la cause immédiate des autres souffrances. Il est plus précis de dire que la consultation d'un médecin aurait permis d'éviter une certaine partie des souffrances et qu'en conséquence il n'est pas possible d'obtenir des dommages-intérêts pour les souffrances évitables.

On peut soutenir essentiellement la même chose en ce qui concerne le *novus actus interveniens*. Ce concept n'apporte absolument rien d'utile à l'analyse. Manifestement, la limitation du préjudice et le *novus actus* peuvent coïncider dans des cas comme celui en l'espèce, mais parler en termes de *novus actus* est à mon avis de peu d'utilité pour définir la portée de l'obligation de limiter le préjudice.

What then counts as an unavoidable loss in a case like this where there has been found to be an unreasonable refusal of surgery? The answer given by MacKinnon A.C.J.O. is that one looks to what would have happened on a balance of probabilities had the operation in fact taken place. The majority approach, on the other hand, is to determine what damages are avoidable by assuming that the plaintiff has agreed to an operation which has not yet been performed. If the majority is correct, then the courts would normally take account of any "substantial possibility" of failure and the amount by which full compensation would be discounted—in this case 70 per cent— would represent his avoidable loss.

There is a paucity of direct authority on this issue. The following passage from the judgment of Jenkins L.J. in *McAuley*, *supra*, at p. 505, may be viewed as support for the approach taken by the majority:

If he receives medical advice to the effect that an operation will have a 90 per cent. chance of success, and is strongly recommended to undergo the operation and does not do so, then the result must be, I think, that he has acted unreasonably, and that the damages ought to be assessed as they would properly have been assessable if he had, in fact, undergone the operation and secured the degree of recovery to be expected from it. [Emphasis added.]

It seems to me not only to be implicit in the English authorities but also to be common ground between the majority and the dissent in the Court of Appeal in this case that, even after an unreasonable refusal of surgery, the plaintiff is still entitled to claim unavoidable losses assuming, of course, that they are otherwise recoverable. MacKinnon A.C.J.O. would, it is true, deny all subsequent recovery in this case where on the balance of probabilities (70 per cent) surgery would lead to a full recovery, but if there was a 50-100 per cent chance of no more than an 80 per cent recovery at the outside, it seems to me that his approach would necessarily permit a plaintiff to recover the remaining 20 per cent of his damages as unavoidable loss.

Que faut-il considérer comme perte inévitable dans un cas comme celui-ci où on a conclu qu'il y a eu refus déraisonnable de subir l'intervention chirurgicale? Le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario a répondu qu'il faut examiner ce qui se serait produit, selon la prépondérance des probabilités, si l'opération avait eu lieu. Selon la majorité, d'autre part, il s'agit de déterminer quel préjudice est évitable en présumant que le demandeur a consenti à subir une opération qui n'a pas encore eu lieu. Si la majorité a raison, les cours devraient donc normalement tenir compte de toute «possibilité réelle» d'échec et le pourcentage dont le plein dédommagement serait diminué—en l'espèce 70 pour 100—représenterait sa perte évitable.

La jurisprudence portant directement sur ce point est rare. On peut considérer que l'extrait suivant des motifs du lord juge Jenkins dans l'arrêt *McAuley*, précité, à la p. 505, étaye le point de vue adopté par la cour à la majorité:

[TRADUCTION] Si les médecins lui disent que l'opération a 90 pour 100 de chances de réussir, qu'ils l'a lui recommandent fortement et qu'il ne la subit pas, alors il s'ensuit d'après moi qu'il a agi de façon déraisonnable et que les dommages-intérêts devraient être évalués comme on aurait pu les évaluer s'il avait subi l'opération et s'était assuré le degré de guérison qui est censé en découler. [C'est moi qui souligne.]

Il me paraît non seulement implicite dans la jurisprudence anglaise, mais aussi reconnu par le juge dissident et les juges formant la majorité en Cour d'appel en l'espèce, que même après avoir refusé déraisonnablement de subir l'intervention chirurgicale, le demandeur a quand même le droit de réclamer des dommages-intérêts pour les pertes inévitables, en supposant bien sûr qu'il est possible par ailleurs de se faire indemniser pour ces pertes. Il est vrai que le juge en chef adjoint MacKinnon aurait refusé tout autre dédommagement en l'espèce parce que, selon la prépondérance des probabilités (70 pour 100), l'intervention chirurgicale aurait entraîné une guérison complète, mais s'il y avait eu entre 50 et 100 pour 100 de chances de guérison à 80 pour 100 au maximum, il me semble que son point de vue permettrait nécessairement à un demandeur d'obtenir, pour les autres 20 pour 100 du préjudice subi, une indemnité à titre de perte inévitable.

As Blair J.A. points out, support is also to be found for the majority approach in a number of Australian cases, notably *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597. In *Plenty v. Argus*, *supra*, Burt J. seems to have adopted it in the following *obiter* statement at p. 159:

And if a finding is made that a plaintiff in the face of an uncertain prognosis acted unreasonably in not submitting himself to surgery or treatment, then it would seem that his damages should be assessed having regard to his condition as it is, discounted by the evaluation of the lost chance, or as one would if the assessment were made in advance of the carrying out of the advised treatment.

In my view the majority approach is consistent with first principles as expressed by Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166, at p. 176:

The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

See also Lord Reid in *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (H.L.), at p. 838. This position is essentially the one adopted by Lacourcière J.A. in *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337, which Blair J.A. cites in support of his position. MacKinnon A.C.J.O. attempts to distinguish this latter case on the ground that it applies only to assessing the risk or likelihood of future developments but, as the passage from Lord Diplock makes clear, the balance of probabilities test is confined to determining what did in fact happen in the past. In assessing damages the court determines not only

Comme le souligne le juge d'appel Blair, le point de vue de la majorité est étayé par un certain nombre de décisions australiennes dont *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597. Dans l'arrêt *Plenty v. Argus*, précité, le juge Burt semble l'avoir adopté dans l'opinion incidente suivante, à la p. 159:

[TRADUCTION] Et si l'on conclut que, face à un pronostic incertain, le demandeur a agi de façon déraisonnable en ne subissant pas l'intervention chirurgicale ou le traitement, alors il semblerait qu'il faille évaluer ses dommages-intérêts en fonction de son état actuel, mais en les réduisant du montant auquel on évalue l'occasion ratée, ou comme si on faisait l'évaluation avant l'administration du traitement recommandé.

À mon avis, le point de vue de la majorité est compatible avec les principes premiers énoncés par lord Diplock dans l'arrêt *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166, à la p. 176:

[TRADUCTION] Le rôle que joue la cour lorsqu'elle fait une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire ou de ce qui se serait produit doit être mis en contraste avec le rôle ordinaire qu'elle joue dans des poursuites civiles et qui consiste à déterminer ce qui s'est produit. En déterminant ce qui est arrivé dans le passé, une cour se fonde sur la prépondérance des probabilités. Ce qui est plus probable que moins probable est tenu pour certain. Mais en faisant une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire dans l'avenir ou de ce qui se serait produit par la suite si quelque chose ne s'était pas produit dans le passé, la cour doit estimer les chances qu'un événement particulier se produise ou celles qu'il se serait produit et traduire ces chances, qu'elles soient plus ou moins égales, dans le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde.

Voir également les motifs de lord Reid dans *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (H.L.), à la p. 838. Cette position est essentiellement celle adoptée par le juge Lacourcière dans l'arrêt *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337, que le juge Blair cite à l'appui de son point de vue. Le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario tente de faire la distinction avec ce dernier arrêt pour le motif qu'il s'applique seulement à l'évaluation du risque ou de la probabilité d'événements futurs, mais, comme il ressort clairement du passage de lord Diplock, le critère de la prépondérance des

what will happen but also what would have happened by estimating the chance of the relevant event occurring, which chance is then to be directly reflected in the amount of damages. The general rule stated by Lord Diplock would therefore seem to be applicable to this case, suggesting that the majority approach is at least *prima facie* correct. The issue then becomes, it seems to me, a question of whether there are any reasons to take this particular type of case outside the general rule.

MacKinnon A.C.J.O. suggests that the majority approach bypasses the trial judge's initial finding of unreasonableness. With respect, I think he must be in error in this since the respondent is precluded by that finding from claiming full compensation for the losses he has already suffered. The same response can be made to the appellant's submission that the uncertainty in the evidence results from the plaintiff's unreasonable conduct and that he ought not to be able to "profit" from it. The finding that his refusal to undergo surgery was unreasonable precludes the plaintiff from recovering his actual loss. To hold that his remaining compensation should be determined on the basis of principles higher than those normally applied in assessing tort damages would, it seems to me, be to punish him for not undergoing surgery. This would be contrary to the general judicial policy that "it is not the prerogative of the court to require that any person undergo surgery to any degree" (*McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294 (P.E.I.C.A.), at p. 297).

Nor am I swayed by the appellant's submission that a respondent may, because he is free to change his mind about the surgery, effectively be overcompensated. As long as he is *bona fide* in his present claim that he does not intend to have the operation and is not deliberately taking a calculat-

probabilités n'est applicable que pour déterminer ce qui s'est réellement produit dans le passé. Dans son évaluation des dommages-intérêts, la cour détermine non seulement ce qui va se produire, mais encore ce qui se serait produit en évaluant la probabilité de l'événement pertinent, laquelle probabilité doit se refléter directement dans le montant des dommages-intérêts. La règle générale énoncée par lord Diplock semble donc applicable en l'espèce, ce qui laisse entendre que le point de vue de la majorité est juste de prime abord tout au moins. Il s'agit alors, me semble-t-il, de déterminer s'il y a quelque motif de soustraire ce type particulier d'affaire à l'application de la règle générale.

Le juge en chef adjoint MacKinnon laisse entendre que le point de vue de la majorité ne tient pas compte de la constatation initiale du caractère déraisonnable par le juge de première instance. Avec égards, je crois qu'il doit faire erreur sous ce rapport puisque cette constatation empêche l'intimé de réclamer le plein dédommagement pour les pertes qu'il a déjà subies. On peut répondre la même chose à la prétention de l'appelant selon laquelle l'incertitude dans la preuve résulte de la conduite déraisonnable du demandeur et qu'il ne devrait pas être en mesure d'en «profiter». La conclusion que son refus de subir l'intervention chirurgicale est déraisonnable empêche le demandeur d'être dédommagé pour ses pertes réelles. Conclure qu'il y a lieu de fixer le reste de son indemnité en fonction de principes plus stricts que ceux qu'on applique normalement à l'évaluation des dommages-intérêts en matière délictuelle équivaldrait, me semble-t-il, à le punir pour ne pas avoir subi l'intervention chirurgicale. Cela serait contraire à la politique générale des tribunaux selon laquelle [TRADUCTION] «Il n'appartient pas à la cour d'obliger quiconque à se soumettre à la moindre intervention chirurgicale» (*McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294 (C.A.I.-P.-É.), à la p. 297).

Je ne suis pas non plus influencée par la prétention de l'appelant qu'un intimé, parce qu'il est libre de changer d'avis au sujet de l'intervention chirurgicale, peut vraiment être dédommagé en trop. Pour autant qu'il est de bonne foi en affirmant qu'il n'a pas l'intention de subir l'opération et qu'il

ed risk that he will come out ahead by recovering 30 per cent of his damages now and then later have the surgery with a 70 per cent chance of complete success (an intention which would amount to fraud on the court in any event), there does not seem to me to be any problem arising from the fact that he might change his mind in the future and be overcompensated in the result. The potential for over or under compensation is, it seems to me, a pervasive difficulty with the present "once and for all" method of awarding tort damages. The situation presented by this case is only one example of that more comprehensive problem; it does not, in and of itself, call for a special solution of any sort. It should also be kept in mind that, while it is true that if the respondent does decide to have the operation at some future time there is a 70 per cent chance that he will be somewhat overcompensated, it is also true that there exists a 30 per cent possibility that he will be very substantially undercompensated.

I would respectfully adopt the approach of the majority of the Court of Appeal to this issue.

##### 5. Conclusions

The case law makes it clear that the question of whether a refusal of treatment is reasonable or not is for the trier of fact. Since the respondent (appellant by cross-appeal) did not in the Court of Appeal expressly impugn the objective test applied by the trial judge, the Court of Appeal was correct in refusing to interfere with the trial judge's finding. The respondent cannot be permitted to impugn the objective test for the first time in this Court.

For the reasons given I would dismiss the appeal. Counsel are agreed, however, that Blair J.A. made a mathematical error in his calculations and that the overall figure for damages, instead of being \$103,651, should have been \$96,146. The dismissal of the appeal is therefore subject to this variation in the Court of Appeal's order.

ne prend pas délibérément un risque calculé de réaliser un profit en obtenant 30 pour 100 de chances de ses dommages-intérêts maintenant pour ensuite subir une intervention chirurgicale comportant 70 pour 100 de réussite complète (intention qui, en tout état de cause, équivaldrait à tromper la cour), il ne me semble y avoir aucun problème découlant du fait qu'il pourrait à l'avenir changer d'avis et en définitive être dédommagé en trop. La possibilité d'être dédommagé en trop ou de ne pas l'être assez constitue, me semble-t-il, une difficulté inhérente à la méthode actuelle qui a cours en matière délictuelle et qui consiste à accorder des dommages-intérêts «une fois pour toutes». La situation qui se présente en l'espèce n'est qu'une illustration de ce problème plus général; elle n'exige pas en soi de solution spéciale. Il faut également se rappeler que, même s'il est vrai que si l'intimé décide de subir l'opération plus tard il y a 70 pour 100 de chances qu'il soit quelque peu dédommagé en trop, il est également vrai qu'il existe 30 pour 100 de possibilités qu'il soit très insuffisamment dédommagé.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter le point de vue de la majorité de la Cour d'appel sur ce point.

##### 5. Conclusions

Il ressort clairement de la jurisprudence qu'il appartient au juge des faits de déterminer si le refus de subir un traitement est raisonnable ou déraisonnable. Puisque l'intimé, (l'appelant dans le pourvoi incident) n'a pas, en Cour d'appel, expressément contesté le critère objectif appliqué par le juge de première instance, la Cour d'appel a eu raison de refuser de modifier la conclusion du juge de première instance. On ne peut pas permettre à l'intimé de contester ce critère objectif pour la première fois en cette Cour.

Pour les motifs que j'ai exprimés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cependant, les avocats s'accordent pour dire que le juge Blair a commis une erreur de calcul et que la somme totale des dommages-intérêts devrait être de 96 146 \$ au lieu de 103 651 \$. Le pourvoi est en conséquence rejeté sous réserve de cette modification de l'ordonnance de la Cour d'appel.

I would also dismiss the respondent's cross-appeal which was directed to Blair J.A.'s method of calculation of the appellant's damages. While it is not entirely clear from his reasons how he used the more detailed breakdown of possible results from the surgery to arrive at the second discount of one-third, I do not believe that this kind of determination is susceptible of precise calculation. It would, however, have been of assistance to the respondent on the cross-appeal if Blair J.A. had attempted to relate the percentage predictions of result to the discount.

Leave to appeal was granted in this case in terms that the appellant pay the costs of the appeal on a solicitor-client basis in any event of the cause forthwith after taxation thereof. Costs in the courts below were left to the disposition of this Court.

I cannot accept the submission of counsel for the respondent that the costs of the cross-appeal are covered by the order on the leave application. There is nothing in the order to indicate that a cross-appeal was contemplated although I do not doubt the respondent's right to proceed with one once leave to appeal was granted to the appellant. I would therefore dismiss the cross-appeal with costs. I would not interfere with the disposition of costs in the courts below.

*Appeal dismissed and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Morris and Lewis, Toronto.*

Je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi incident de l'intimé portant sur la méthode employée par le juge Blair pour calculer les dommages-intérêts de l'appelant. Bien que ses motifs ne montrent pas tout à fait clairement comment il s'est servi de l'état plus détaillé des résultats possibles de l'intervention chirurgicale pour arriver à la deuxième diminution d'un tiers, je ne crois pas que ce genre de détermination se prête à un calcul précis. Il aurait toutefois été utile à l'intimé dans le pourvoi incident si le juge Blair avait tenté d'établir le rapport entre les prévisions de succès en pourcentage et la diminution des dommages-intérêts.

L'autorisation de pourvoi accordée en l'espèce prévoyait que l'appelant paierait les dépens du pourvoi sur la base procureur-client quelle que soit l'issue de la cause, immédiatement après leur taxation. Les dépens dans les cours d'instance inférieure ont été laissés à la décision de cette Cour.

Je ne puis accepter la prétention de l'avocat de l'intimé que l'ordonnance d'autorisation du pourvoi s'applique aux dépens du pourvoi incident. Il n'y a rien dans l'ordonnance qui indique qu'un pourvoi incident était envisagé même si je ne doute pas que l'intimé avait le droit de le former après que l'appelant eut obtenu l'autorisation de se pourvoir. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens et de ne pas modifier la répartition des dépens dans les cours d'instance inférieure.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Morris and Lewis, Toronto.*

**The Canadian Broadcasting League**  
*Appellant;*

and

**The Canadian Radio-television and  
Telecommunications Commission and  
Canadian Cablesystems (Ontario) Limited**  
*Respondents;*

and between

**The Canadian Broadcasting League**  
*Appellant;*

and

**The Canadian Radio-television and  
Telecommunications Commission and  
Kingston Cable T.V. Limited** *Respondents.*

File Nos.: 17366 and 17367.

1985: March 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Broadcasting — Decision of CRTC allowing amend-  
ment to cable television broadcasting licence by increas-  
ing installation fee and maximum monthly fee to mem-  
bers — Whether CRTC authorized by statute or  
regulation to approve such an amendment — Authority  
to fix fees existing by necessary implication to further  
policy objectives of s. 3 of the Broadcasting Act.*

APPEALS from a judgment of the Federal  
Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 182, dismissing an  
appeal from a decision of the Canadian Radio-  
television and Telecommunications Commission  
(1980), 5 C.R.T. 786. Appeals dismissed.

*Andrew J. Roman*, for the appellant.

*Avrum Cohen*, for the respondent Canadian  
Radio-television and Telecommunications Com-  
mission.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

THE CHIEF JUSTICE—We have not been per-  
suaded that there was any error in law on the part

**La Ligue de la radiodiffusion canadienne**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Le Conseil de la radiodiffusion et des  
télécommunications canadiennes et Canadian  
Cablesystems (Ontario) Limited** *Intimés;*

<sup>b</sup> et entre

**La Ligue de la radiodiffusion canadienne**  
*Appelante;*

et

<sup>c</sup> **Le Conseil de la radiodiffusion et des  
télécommunications canadiennes et Kingston  
Cable T.V. Limited** *Intimés.*

<sup>d</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 17366 et 17367.

1985: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Radiodiffusion — Décision par laquelle le CRTC a  
modifié une licence de télévision par câble en augmen-  
tant les frais d'installation et le tarif mensuel maxi-  
mum des abonnements — Une loi ou un règlement  
autorise-t-il le CRTC à approuver une telle modifica-  
tion? — Le pouvoir de fixer les frais existe par déduc-  
tion nécessaire pour permettre la poursuite des objectifs  
visés à l'art. 3 de la Loi sur la radiodiffusion.*

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel  
fédérale, [1983] 1 C.F. 182, qui a rejeté un appel  
d'une décision du Conseil de la radiodiffusion et  
des télécommunications canadiennes (1980), 5  
C.R.T. 786. Pourvois rejetés.

*Andrew J. Roman*, pour l'appelante.

*Avrum Cohen*, pour l'intimé le Conseil de la  
radiodiffusion et des télécommunications cana-  
diennes.

Version française du jugement de la Cour pro-  
noncé oralement par

<sup>j</sup> LE JUGE EN CHEF—On ne nous a pas convain-  
cus que la Cour d'appel fédérale a commis une



of the Federal Court of Appeal in these two appeals. The appeals are accordingly dismissed. There will be no order as to costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Andrew J. Roman, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission: the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Hull.*

erreur dans ces deux appels. Les pourvois sont, en conséquence, rejetés. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Andrew J. Roman, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes: le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Hull.*

**Jack David Monachan** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16659.

1985: March 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Wiretapping — “Private communication” — Accused telephoning police headquarters and threatening police officer — Telephone calls not “private communications” within s. 178.1 of the Criminal Code.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 286, 22 C.R. (3d) 1, allowing the Crown’s appeal from the accused’s acquittal on a charge of uttering a threat of death by telephone contrary to the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

*John A. Howlett*, for the appellant.

*David Watt, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Watt. We see no reason to depart from the conclusion of the Court of Appeal for Ontario. A message to a police station to convey a threat to a police officer cannot reasonably be looked upon as a private communication. The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Birenbaum, Koffman, Steinberg, Toronto.*

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

**Jack David Monachan** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16659.

1985: 29 mars.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Droit criminel — Écoute électronique — «Communication privée» — Accusé téléphonant au poste de police pour menacer un agent de police — Appels téléphoniques ne constituant pas des «communications privées» au sens de l’art. 178.1 du Code criminel.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 286, 22 C.R. (3d) 1, qui a accueilli l’appel du ministère public à l’encontre de l’acquittement de l’accusé inculpé d’avoir proféré une menace de mort par téléphone contrairement au *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *John A. Howlett*, pour l’appellant.

*David Watt, c.r.*, pour l’intimée.

<sup>f</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>e</sup> Watt, il n’est pas nécessaire de vous entendre. Rien ne justifie que nous écartions la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario. On ne peut pas raisonnablement considérer qu’un message adressé à un poste de police pour transmettre une menace à un agent de police est une communication privée. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

<sup>h</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l’appellant: Birenbaum, Koffman, Steinberg, Toronto.*

<sup>i</sup> *Procureur de l’intimée: Le ministère du Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

**Harbhajan Singh** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Sadhu Singh Thandi** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Paramjit Singh Mann** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Kewal Singh** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Charanjit Singh Gill** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Indrani** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Satnam Singh** *Appellant;*

and

**Minister of Employment and Immigration**  
*Respondent.*

---

**Harbhajan Singh** *Appellant;*

et

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*<sup>a</sup> Intimé.*

---

**Sadhu Singh Thandi** *Appellant;*

*<sup>b</sup>* et

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

*<sup>c</sup>*

**Paramjit Singh Mann** *Appellant;*

et

*<sup>d</sup>* **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

*<sup>e</sup>* **Kewal Singh** *Appellant;*

et

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

*<sup>f</sup>*

**Charanjit Singh Gill** *Appellant;*

et

*<sup>g</sup>* **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

*<sup>h</sup>* **Indrani** *Appelante;*

et

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

*<sup>i</sup>*

**Satnam Singh** *Appellant;*

et

*<sup>j</sup>* **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
*Intimé.*

---

**Federation of Canadian Sikh Societies and  
Canadian Council of Churches *Interveners.***

File Nos.: 18209, 17997, 17952, 17898, 18207, 18235,  
17904.

1984: April 30, May 1; 1985: April 4.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Beetz, Estey,  
McIntyre, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Security of the person — Immigra-  
tion — Convention refugee — Whether procedures for  
determination of refugee status in accordance with  
principles of fundamental justice — Whether refugee  
claimants entitled to the protection of s. 7 of the  
Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
ss. 1, 7, 26, 32(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) —  
Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 2, 45,  
55, 70, 71.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies  
— Court of competent jurisdiction — Appeals from  
applications for judicial review under s. 28 of the  
Federal Court Act — Remedial power under s. 24(1) of  
the Charter limited to decisions made on a judicial or  
quasi-judicial basis — Canadian Charter of Rights and  
Freedoms, s. 24(1) — Federal Court Act, R.S.C. 1970  
(2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.*

*Civil rights — Immigration — Convention refugee —  
Whether procedures for determination of refugee status  
in accordance with principles of fundamental justice —  
Remedy — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App.  
III, ss. 1, 2(e) — Canadian Charter of Rights and  
Freedoms, s. 26 — Immigration Act, 1976, 1976-77  
(Can.), c. 52, ss. 2, 71 — Federal Court Act, R.S.C.  
1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

Appellants claim Convention refugee status as defined  
in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976*. The Minister of  
Employment and Immigration, acting on the advice of  
the Refugee Status Advisory Committee, determined  
pursuant to s. 45 of the Act that none of the appellants  
was a Convention refugee. The Immigration Appeal  
Board, acting under s. 71(1) of the Act, denied the  
subsequent applications for redetermination of status

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Fédération des sociétés Sikh du Canada et  
Conseil canadien des Églises *Intervenants.***

<sup>a</sup> N<sup>os</sup> du greffe: 18209, 17997, 17952, 17898, 18207,  
18235, 17904.

1984: 30 avril, 1<sup>er</sup> mai; 1985: 4 avril.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*,  
Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Sécurité de sa personne — Immigra-  
tion — Réfugié au sens de la Convention — La procé-  
dure de reconnaissance du statut de réfugié est-elle  
conforme aux principes de justice fondamentale? — Les  
personnes qui revendiquent le statut de réfugié ont-elles  
droit à la protection de l'art. 7 de la Charte? — Charte  
canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 26, 32(1) —  
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur  
l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 2,  
45, 55, 70, 71.*

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Répa-  
ration — Tribunal compétent — Appels de demandes  
d'examen judiciaire faites en vertu de l'art. 28 de la Loi  
sur la Cour fédérale — Pouvoir de redressement con-  
féré par le par. 24(1) de la Charte limité aux décisions  
soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire  
— Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1)  
— Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.),  
chap. 10, art. 18, 28.*

<sup>g</sup> *Libertés publiques — Immigration — Réfugié au  
sens de la Convention — La procédure de reconnais-  
sance du statut de réfugié est-elle conforme aux princi-  
pes de justice fondamentale? — Réparation — Décla-  
ration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art.  
1, 2(e) — Charte canadienne des droits et libertés, art.  
26 — Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.),  
chap. 52, art. 2, 71 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C.  
1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.*

Les appelants revendiquent le statut de réfugié au  
sens de la Convention, défini au par. 2(1) de la *Loi sur  
l'immigration de 1976*. Après avoir reçu l'avis du comité  
consultatif sur le statut de réfugié, le ministre de l'Em-  
ploi et de l'Immigration a décidé, en application de l'art.  
45 de la Loi, qu'aucun des appelants n'était un réfugié  
au sens de la Convention. La Commission d'appel de  
l'immigration, agissant conformément au par. 71(1) de

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

and the Federal Court of Appeal refused applications, made under s. 28 of the *Federal Court Act*, for judicial review of those decisions. The Court considered whether the procedures for the adjudication of refugee status claims set out in the *Immigration Act, 1976* violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

*Held:* The appeals should be allowed.

*Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.:* Appellants, in the determination of their claims, are entitled to assert the protection of s. 7 of the *Charter* which guarantees "everyone . . . 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". The term "everyone" in s. 7 includes every person physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law. The phrase "security of the person" encompasses freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself. A Convention refugee has the right under s. 55 of the *Immigration Act, 1976* not to ". . . be removed from Canada to a country where his life or freedom would be threatened . . .". The denial of such a right amounts to a deprivation of "security of the person" within the meaning of s. 7. Although appellants are not entitled at this stage to assert rights as Convention refugees, having regard to the potential consequences for them of a denial of that status if they are in fact persons with a "well-founded fear of persecution", they are entitled to fundamental justice in the adjudication of their status.

The procedure for determining refugee status claims established in the *Immigration Act, 1976* is inconsistent with the requirements of fundamental justice articulated in s. 7. At a minimum, the procedural scheme set up by the Act should provide the refugee claimant with an adequate opportunity to state his case and to know the case he has to meet. The administrative procedures, found in ss. 45 to 48 of the *Immigration Act, 1976*, require the Refugee Status Advisory Committee and the Minister to act fairly in carrying out their duties but do not envisage an opportunity for the refugee claimant to be heard other than through his claim and the transcript of his examination under oath. Further, the Act does not envisage the refugee claimant's being given an opportu-

la Loi, a rejeté les demandes subséquentes de réexamen du statut et la Cour d'appel fédérale a rejeté les demandes d'examen judiciaire de ces décisions faites conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour a examiné la question de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* concernant l'arbitrage des revendications du statut de réfugié viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

*Arrêt:* Les pourvois sont accueillis.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Dans la détermination de leurs revendications, les appellants ont le droit d'invoquer la protection de l'art. 7 de la *Charte* qui garantit à «chacun [le] droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» et qu'«il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Le mot «chacun» employé à l'art. 7 englobe toute personne qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujettie à la loi canadienne. L'expression «sécurité de sa personne» englobe tout autant la protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même. Un réfugié au sens de la Convention a le droit, en vertu de l'art. 55 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, de ne pas « . . . être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées . . . ». La négation d'un tel droit correspond à une atteinte à la «sécurité de sa personne» au sens de l'art. 7. Même si, à ce stade, les appellants ne peuvent pas invoquer des droits de réfugié au sens de la Convention, vu les conséquences que la négation de ce statut peut avoir pour eux si ce sont effectivement des personnes «craignant avec raison d'être persécutée[s]», ils ont droit à l'application des principes de justice fondamentale dans la reconnaissance de leur statut.

La procédure de reconnaissance du statut de réfugié établie dans la *Loi sur l'immigration de 1976* est incompatible avec les exigences de justice fondamentale énoncées à l'art. 7. Le système de procédure établi par la Loi doit, au moins, offrir à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver. La procédure administrative que l'on trouve aux art. 45 à 48 de la *Loi sur l'immigration de 1976* exige que le comité consultatif sur le statut de réfugié et le Ministre agissent équitablement dans l'exécution de leurs fonctions, mais elle n'offre à la personne qui revendique le statut de réfugié aucune possibilité de se faire entendre si ce n'est au moyen de sa revendication et de la transcription de son

nity to comment on the advice the Refugee Status Advisory Committee has given the Minister. Under section 71(1) of the Act, the Immigration Appeal Board must reject an application for redetermination unless it is of the opinion that it is more likely than not that the applicant will be able to succeed. An application, therefore, will usually be rejected before the refugee claimant has even had an opportunity to discover the Minister's case against him in the context of a hearing. Such procedures do not accord the refugee claimant fundamental justice and are incompatible with s. 7 of the *Charter*. Respondent failed to demonstrate that these procedures constitute a reasonable limit on the appellants' rights within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* is, to the extent of the inconsistency with s. 7, of no force and effect.

Section 24(1) of the *Charter* grants broad remedial powers to "a court of competent jurisdiction". This phrase premises the existence of jurisdiction from a source external to the *Charter* itself. These are appeals from the Federal Court of Appeal on applications for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*. Accordingly, this Court's jurisdiction is no greater than that of the Federal Court of Appeal and is limited to decisions made on a judicial or quasi-judicial basis. Only the decisions of the Immigration Appeal Board were therefore reviewable. All seven cases are remanded to the Board for a hearing on the merits in accordance with the principles of fundamental justice.

#### Cases Cited

*The Queen v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745; *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 689; *Boun-Leua v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 259; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Brempong v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 211; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; *Hurt v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 340; *Mensah v. Minister of*

interrogatoire sous serment. La Loi ne semble pas non plus offrir à la personne qui revendique le statut de réfugié la possibilité de commenter l'avis donné au Ministre par le comité consultatif sur le statut de réfugié. En vertu du par. 71(1) de la Loi, la Commission d'appel de l'immigration doit rejeter une demande de réexamen à moins qu'elle n'estime que le requérant pourra probablement obtenir gain de cause. Par conséquent, une demande sera habituellement rejetée avant que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait eu l'occasion de connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre dans le contexte d'une audition. Une telle procédure constitue, pour la personne qui revendique le statut de réfugié, un déni de justice fondamentale et est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. L'intimé n'a pas démontré que cette procédure constitue une limite raisonnable aux droits des appelants au sens de l'art. 1 de la *Charte*. En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est inopérant dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 7.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère des pouvoirs étendus de redressement à «un tribunal compétent». Cette expression présuppose l'existence d'une compétence indépendante de la *Charte* elle-même. Les présents pourvois sont formés à l'encontre de décisions de la Cour d'appel fédérale concernant des demandes d'examen judiciaire faites en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. En conséquence, la compétence de cette Cour n'est pas plus grande que celle de la Cour d'appel fédérale et est limitée aux décisions soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Donc, seules les décisions de la Commission d'appel de l'immigration pouvaient faire l'objet d'un examen. Les sept affaires sont renvoyées à la Commission pour qu'elle procède à une audition sur le fond conformément aux principes de justice fondamentale.

#### Jurisprudence

*La Reine c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745; *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218; *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 689; *Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 259; *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Brempong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 211; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; *Hurt c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 340; *Mensah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*,

*Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 70; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (U.K.); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Wieckowska v. Lanthier*, [1980] 1 F.C. 655; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, affirming (1980), 34 N.R. 237 (F.C.A.); *Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 438; *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 2 F.C. 347; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Berrie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 66; *Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, [1961] S.C.R. 376; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, [1961] S.C.R. 70; *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950); *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570; *The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903); *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 77 L. Ed (2d) 317 (1983); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Permaul v. Minister of Employment and Immigration*, F.C.A., No. A-576-83, November 24, 1983; *Saraos v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 304; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd.*, [1960] S.C.R. 307; *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947), referred to.

[1982] 1 C.F. 70; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (R.-U.); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Wieckowska c. Lanthier*, [1980] 1 C.F. 655; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, confirmant (1980), 34 N.R. 237 (C.A.F.); *Lugano c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 438; *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 2 C.F. 347; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. v. Berrie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 66; *Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, [1961] R.C.S. 376; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, [1961] R.C.S. 70; *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950); *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903); *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 77 L. Ed (2d) 317 (1983); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Permaul c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, C.A.F., n° A-576-83, 24 novembre 1983; *Saraos c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 304; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd.*, [1960] R.C.S. 307; *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947).

g

*Per* Beetz, Estey and McIntyre JJ.: The procedures followed for determining Convention refugee status in these cases are in conflict with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Where a process which comes under the legislative authority of the Parliament involves the determination of "rights and obligations", this paragraph grants the right to "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". These principles do not impose an oral hearing in all cases. The procedural content required by fundamental justice in any given case depends on the nature of the legal rights at issue and on the severity of the consequences to the individuals concerned. With respect to the type of hearing warranted in the circumstances, threats to life or liberty by a foreign power are relevant.

Les juges Beetz, Estey et McIntyre: La procédure de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention suivie dans ces affaires va à l'encontre de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Lorsqu'une procédure qui relève de la compétence législative du Parlement comporte la définition de «droits et obligations», cet alinéa confère le droit à «une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale». Ces principes n'exigent pas la tenue d'une audition dans tous les cas. Le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné dépend de la nature des droits en cause et de la gravité des conséquences pour les personnes concernées. Les menaces à la vie ou à la liberté de la part d'une puissance étrangère sont pertinentes en ce qui concerne le genre d'audition justifiée dans les circonstances.

Appellants' claims to refugee status have been denied without their being afforded a full oral hearing at a single stage of the proceedings before any of the bodies or officials empowered to adjudicate upon their claims on the merits. In order to comply with s. 2(e), such a hearing had to be held. Under the *Immigration Act, 1976*, a Convention refugee has the right to "remain" in Canada or, if a Minister's permit cannot be obtained, at least the right not to be removed to a country where life and freedom is threatened, and to re-enter Canada if no safe country is willing to accept him. These rights are of vital importance to the appellants. Moreover, where life or liberty may depend on findings of fact and credibility, the opportunity to make written submissions, even if coupled with an opportunity to reply in writing to allegations of fact and law against interest, is not sufficient.

This Court, in these appeals from applications for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*, is only concerned with the determination made by the Immigration Appeal Board pursuant to s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976*. This subsection, as drafted, is inconsistent with the holding of an oral hearing and, accordingly, in these cases, is incompatible with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. This Court declared "inoperative" in these cases all the words of s. 71(1) following the words "Where the Board . . . consider the application". The Immigration Appeal Board, as a result, will hold hearings on the merits to decide the cases and, in doing so, shall take into account only the facts or materials specified in s. 70(2) of the Act.

#### Cases Cited

*The Queen v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, applied; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, considered; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, distinguished; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172; *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Kwiatkowski v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, referred to.

Les revendications du statut de réfugié par les appelants ont été rejetées sans qu'ils aient pu bénéficier d'une audition complète à aucun moment au cours des procédures devant l'un ou l'autre des organismes ou fonctionnaires habilités à statuer sur le fond de leurs revendications. Pour se conformer à l'al. 2e), il aurait fallu tenir une telle audition. En vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976*, un réfugié au sens de la Convention a le droit de «demeurer» au Canada, ou s'il est impossible d'obtenir un permis du Ministre, au moins le droit de ne pas être renvoyé dans un pays où sa vie et sa liberté sont menacées et le droit de rentrer au Canada si aucun pays n'est disposé à l'accepter. Ces droits sont d'une importance vitale pour les appelants. De plus, lorsque la vie ou la liberté peut dépendre de conclusions de fait et de la crédibilité, la possibilité de soumettre des observations écrites, même assortie de la possibilité de répondre par écrit aux allégations de fait et de droit défavorables, est insuffisante.

Dans ces pourvois relatifs à des demandes d'examen judiciaire faites en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette Cour ne s'intéresse qu'au réexamen effectué par la Commission d'appel de l'immigration conformément au par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le texte de ce paragraphe est incompatible avec la tenue d'une audition et, par conséquent dans ces affaires, incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour déclare «inopérants» dans ces cas tous les mots du par. 71(1) qui suivent les mots «La Commission . . . doit l'examiner sans délai». Par conséquent, la Commission d'appel de l'immigration tiendra des auditions sur le fond en vue de statuer sur ces causes et, ce faisant, elle ne devra tenir compte que des faits ou documents mentionnés au par. 70(2) de la Loi.

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; arrêt examiné: *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; distinction faite avec les arrêts: *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; arrêts mentionnés: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172; *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Kwiatkowski c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856.



**Statutes and Regulations Cited**

- Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1960 (Can.), c. 44, s. 5(2).
- Canada Evidence Act*, 1980-81-82-83 (Can.), c. 111, Schedule III, s. 36.1.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, ss. 1, 2(e).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 24(1), 26, 32(1).
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.
- Immigration Act, 1976, 1976-77* (Can.), c. 52, ss. 2, 3g), 4, 5(1), 23, 27, 32, 37, 45 to 48, 55, 70, 71, 72.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, chap. 1, art. 1, para. A(2).
- Universal Declaration of Human Rights* (1948), art. 25(1).

**Authors Cited**

- Canada, Law Reform Commission. Working Paper No. 26, *Medical Treatment and Criminal Law*, Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1980.
- Canada, Minister of Employment and Immigration. *The Refugee Status Determination Process*, Ottawa, 1981.
- Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice" in W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1982.
- Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983.
- Pue, W. Wesley. *Natural Justice in Canada*, Vancouver, Butterworth (Western Canada), 1981.
- Scharpf, Fritz W. "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis" (1966), 75 *Yale L.J.* 517.
- Tarnopolsky, Walter. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd ed., Toronto, McClelland & Stewart, 1975.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal dismissing appellants' applications for judicial review of decisions of the Immigration Appeal Board dismissing appellants' applications for redetermination of their refugee claims. Appeals allowed.

*Ian Scott, Q.C.*, for the appellants Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Paramjit Singh

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 24(1), 26, 32(1).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, chap. 1, art. 1, par. A2).
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, App. III, art. 1, 2(e).
- Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948), art. 25(1).
- Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 1960 (Can.), chap. 44, art. 5(2).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77* (Can.), chap. 52, art. 2, 3g), 4, 5(1), 23, 27, 32, 37, 45 à 48, 55, 70, 71, 72.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.
- Loi sur la preuve au Canada, 1980-81-82-83* (Can.), chap. 111, annexe III, art. 36.1.

**Doctrine citée**

- Canada, Commission de réforme du droit. Document de travail n° 26, *Le traitement médical et le droit criminel*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1980.
- Canada, Ministre de l'Emploi et de l'Immigration. *Reconnaissance du statut de réfugié*, Ottawa, 1981.
- Garant, Patrice. «Libertés fondamentales et justice naturelle», dans W. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983.
- Pue, W. Wesley. *Natural Justice in Canada*, Vancouver, Butterworth (Western Canada), 1981.
- Scharpf, Fritz W. «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis» (1966), 75 *Yale L.J.* 517.
- Tarnopolsky, Walter. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd ed., Toronto, McClelland & Stewart, 1975.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté les demandes des appellants visant l'examen judiciaire de décisions de la Commission d'appel de l'immigration qui avait rejeté les demandes de réexamen des revendications du statut de réfugié présentées par les appellants. Pourvois accueillis.

*Ian Scott, c.r.*, pour les appelants Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Paramjit Singh

Mann, Kewal Singh, Charanjit Singh Gill and Indrani.

*C. D. Coveney*, for the appellant Satnam Singh.

*E. A. Bowie, Q.C.*, and *Roslyn Levine*, for the respondent.

*Mendel M. Green, Q.C.*, *Barbara Jackman* and *Donald Chiasson*, for the interveners.

### JUDGMENT

The appeals are allowed and the decisions of the Federal Court of Appeal and the Immigration Appeal Board are set aside. The applications of the appellants for redetermination of their refugee claims are remanded to the Immigration Appeal Board for a hearing on the merits in accordance with principles of fundamental justice.

The appellants are entitled to a declaration that s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* in its present form has no application to them.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer and Wilson J.J. were delivered by

WILSON J.—The issue raised by these appeals is whether the procedures set out in the *Immigration Act, 1976, 1976-77* (Can.), c. 52 as amended, for the adjudication of the claims of persons claiming refugee status in Canada deny such claimants rights they are entitled to assert under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On February 16, 1984 the Court granted leave to appeal in these seven cases and they were consolidated for hearing on April 30, 1984. Six of the appellants were unrepresented by counsel when they made their applications for leave to appeal and counsel was appointed to represent them at the hearing of the appeal. The seventh appellant, Mr. Satnam Singh, was represented by his own counsel both at the hearing of the leave application and at the hearing of the appeal. The Court also

Mann, Kewal Singh, Charanjit Singh Gill et Indrani.

*C. D. Coveney*, pour l'appelant Satnam Singh.

*E. A. Bowie, c.r.*, et *Roslyn Levine*, pour l'intimé.

*Mendel M. Green, c.r.*, *Barbara Jackman* et *Donald Chiasson*, pour les intervenants.

### JUGEMENT

Les pourvois sont accueillis et les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Commission d'appel de l'immigration sont infirmées. Les demandes des appelants visant le réexamen de leurs revendications du statut de réfugié sont renvoyées à la Commission d'appel de l'immigration pour qu'elle procède à une audition sur le fond conformément aux principes de justice fondamentale.

Les appelants ont droit à un jugement déclaratoire portant que le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, sous sa forme actuelle, ne s'applique pas à eux.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—La question soulevée dans ces pourvois est de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77* (Can.), chap. 52 et ses modifications, pour statuer sur les revendications du statut de réfugié au Canada empêche les personnes qui revendiquent ce statut de faire valoir les droits qui leur sont reconnus par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le 16 février 1984, la Cour a accordé l'autorisation de pourvoi dans ces sept affaires qui ont été jointes en vue de leur audition prévue pour le 30 avril 1984. Six des appelants n'étaient pas représentés par un avocat lorsqu'ils ont présenté leur demande d'autorisation de pourvoi et on leur a nommé un avocat pour qu'ils soient représentés à l'audition du pourvoi proprement dit. Le septième appelant, M. Satnam Singh, était représenté par son propre avocat, tant à l'audition de sa demande

had the benefit of a joint submission by counsel for two interveners, the Federation of Canadian Sikh Societies and the Canadian Council of Churches. During the hearing on April 30 and May 1, 1984 submissions by counsel were confined to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On December 7, 1984 counsel were invited to make written submissions to the Court on the application of the *Canadian Bill of Rights*.

At the hearing of the appeals in April and May 1984 counsel took somewhat different approaches to the presentation of the issues but I think it is fair to say that in substance the appeals were argued on the basis that the Court should approach the appeals in three stages. First, the Court should decide whether refugee claimants physically present in Canada are entitled to the protection of s. 7 of the *Charter*. If the answer to this question is yes, then the Court should consider whether the relevant provisions of the *Immigration Act, 1976*, in particular s. 71(1), deny the appellants' rights under s. 7 of the *Charter*. Finally, if the Court answers the second question in the affirmative, it should determine whether any limitation on the appellants' rights imposed by the Act is justified within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

In the written submissions presented in December 1984 counsel considered whether the procedures for the adjudication of refugee status claims violated the *Canadian Bill of Rights*, in particular s. 2(e). There can be no doubt that this statute continues in full force and effect and that the rights conferred in it are expressly preserved by s. 26 of the *Charter*. However, since I believe that the present situation falls within the constitutional protection afforded by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I prefer to base my decision upon the *Charter*.

I think the suggestion of counsel that the appeals should be approached in three stages is a good one and I am adopting it in the analysis which follows. First, however, it is important to

d'autorisation qu'à l'audition du pourvoi. La Cour a également entendu la plaidoirie conjointe des avocats de deux intervenants, la Fédération des sociétés Sikh du Canada et le Conseil canadien des Églises. Au cours de l'audition du 30 avril et du 1<sup>er</sup> mai 1984, l'argumentation des avocats n'a porté que sur l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 7 décembre 1984, les avocats ont été invités à soumettre à la Cour des observations écrites sur l'application de la *Déclaration canadienne des droits*.

Au cours de l'audition des pourvois en avril et en mai 1984, les avocats ont présenté les questions en litige de façon quelque peu différente, mais on peut dire, à mon avis, qu'ils ont fait valoir essentiellement que la Cour devrait procéder en trois étapes. Celle-ci devrait d'abord décider si les personnes qui revendiquent le statut de réfugié et se trouvent au Canada ont droit à la protection de l'art. 7 de la *Charte*. À supposer que cette question reçoive une réponse affirmative, la Cour devrait ensuite se demander si les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, en particulier le par. 71(1), nient les droits conférés aux appelants par l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, à supposer que la Cour réponde à la deuxième question par l'affirmative, elle devrait déterminer si les limites imposées par la Loi aux droits des appelants sont justifiées au sens de l'art. 1 de la *Charte*.

Dans les observations écrites soumises en décembre 1984, les avocats ont examiné la question de savoir si la procédure établie pour statuer sur les revendications du statut de réfugié violait la *Déclaration canadienne des droits* et, en particulier, son al. 2e). Il ne peut y avoir de doute que cette loi continue de s'appliquer pleinement et que les droits qu'elle confère sont expressément préservés par l'art. 26 de la *Charte*. Cependant, étant donné que j'estime que la présente situation relève de la protection constitutionnelle que fournit la *Charte canadienne des droits et libertés*, je préfère fonder ma décision sur la *Charte*.

J'estime que la suggestion des avocats de procéder en trois étapes est bonne et je l'adopterai dans l'analyse qui suit. Cependant, il importe en premier lieu de présenter les faits et le contexte

present the facts and the legislative context within which the appeals have arisen.

### 1. The facts

The facts and procedural history of the seven appeals have a great deal in common and it was because of these similarities that the Court felt it appropriate to consolidate the hearing. Each appellant, in accordance with the procedures set out in the *Immigration Act, 1976*, asserted a claim to Convention refugee status as defined in s. 2(1) of the Act. The Minister of Employment and Immigration, acting on the advice of the Refugee Status Advisory Committee, made determinations pursuant to s. 45 of the Act that none of the appellants was a Convention refugee. Each of the appellants then made an application for redetermination of his or her refugee claim by the Immigration Appeal Board pursuant to s. 70 of the Act. In accordance with s. 71(1) of the Act the Immigration Appeal Board in each case refused to allow the application to proceed on the basis that it did not believe that there were "reasonable grounds to believe that a claim could, upon the hearing of the application, be established ...". Each applicant then sought judicial review of the Board's decision pursuant to the provisions of s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. These applications were denied by the Federal Court of Appeal.

So much for the similarities. There are a number of distinctions, both substantive and procedural, which can be drawn among the cases of the seven appellants. Six of the appellants are citizens of India who claim Convention refugee status on the basis of their fear of persecution by Indian authorities as a result of their political activities and beliefs, in particular their association with the Akali Dal party in that country. The seventh appellant, Ms. Indrani, is a citizen of Guyana who is of Indian extraction. Her claim to Convention refugee status is based on her fear of persecution on racial, religious and political grounds. Each appellant, in the course of his or her examination under oath pursuant to s. 45 of the Act, set out different facts in support of their refugee status claims. It is common ground that the Court is not concerned on these appeals with

législatif dans lequel les pourvois ont pris naissance.

### 1. Les faits

Les faits et l'historique des procédures des sept pourvois ont plusieurs points en commun et c'est en raison de ces similitudes que la Cour a jugé bon de les entendre ensemble. Conformément à la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, chacun des appelants a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, défini au par. 2(1) de la Loi. Après avoir reçu l'avis du comité consultatif sur le statut de réfugié, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a décidé, en application de l'art. 45 de la Loi, qu'aucun des appelants n'était un réfugié au sens de la Convention. Chacun d'eux a alors demandé à la Commission d'appel de l'immigration de réexaminer sa revendication du statut de réfugié conformément à l'art. 70 de la Loi. Conformément au par. 71(1) de la Loi, la Commission d'appel de l'immigration a refusé de donner suite à chacune des demandes parce qu'elle n'a pas estimé «que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition ...». Chaque requérant a alors demandé l'examen judiciaire de la décision de la Commission conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10. La Cour d'appel fédérale a rejeté ces demandes.

Voilà pour ce qui est des similitudes. On peut établir un certain nombre de distinctions, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure, entre les causes des sept appelants. Six sont des citoyens de l'Inde qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention parce qu'ils craignent d'être persécutés par les autorités indiennes en raison de leurs activités et de leurs opinions politiques, et en particulier à cause de leur association avec le parti Akali Dal de ce pays. La septième appelante, M<sup>me</sup> Indrani, qui est d'origine indienne, est une citoyenne de la Guyanne. Elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle craint d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion et de ses opinions politiques. Au cours de leur interrogatoire sous serment prévu à l'art. 45 de la Loi, les appelants ont présenté des faits différents à l'appui de leurs revendications respec-

the merits of the individual claims made by the appellants.

The procedure whereby each appellant came to assert his or her refugee status claim also varies from case to case. Four of the appellants (Mr. Harbhajan Singh, Mr. Sadhu Singh Thandi, Mr. Charanjit Singh Gill and Mr. Satnam Singh) were refused admission into Canada at a port of entry. Inquiries were held pursuant to s. 23 of the Act to determine whether removal orders should be made against them and it was in the course of these inquiries that the appellants raised their claim to refugee status. In accordance with the procedures under s. 45, the s. 23 inquiries were continued until it was determined that removal orders should be made against the appellants. At that point the inquiries under s. 23 were adjourned and each appellant was examined under oath respecting his claim by a senior immigration officer pursuant to s. 45(1).

The other three appellants asserted their refugee claims in the course of inquiries conducted pursuant to s. 27(4) of the Act to determine whether they should be removed after having been admitted to Canada. One of the appellants, Mr. Paramjit Singh Mann, succeeded in eluding inquiry within the meaning of s. 27(2)(f) when he first came to Canada in July 1977. This came to the attention of immigration officials when he surrendered himself in November 1980 with the result that a s. 27 inquiry was held. Ms. Indrani came to Canada in October 1979 using a false passport and was granted visitor status until November 30, 1979. It eventually came to the attention of immigration officials that she was working illegally and in March 1981 she was arrested. On the basis of ss. 27(2)(b) and 27(2)(g) an inquiry was held during the course of which she asserted her refugee status claim. Finally, Mr. Kewal Singh came to Canada in November 1980 and was granted temporary status as a visitor. When his visitor status expired he surrendered himself to immigration authorities and, because he had ceased to be a

tives du statut de réfugié. Les parties reconnaissent qu'en l'espèce la Cour n'a pas à examiner le bien-fondé de chacune des revendications des appelants.

a Les circonstances dans lesquelles chaque appellant en est venu à revendiquer le statut de réfugié varient également d'un cas à l'autre. L'admission au Canada de quatre des appelants (MM. Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Charanjit Singh Gill et Satnam Singh) leur a été refusée à un point d'entrée. Des enquêtes ont été tenues en vertu de l'art. 23 de la Loi afin de déterminer s'il y avait lieu de rendre des ordonnances de renvoi contre eux et c'est au cours de ces enquêtes que ceux-ci ont revendiqué le statut de réfugié. Conformément à la procédure énoncée à l'art. 45, les enquêtes prévues à l'art. 23 se sont poursuivies jusqu'à ce que l'on décide de rendre des ordonnances de renvoi contre les appelants. Les enquêtes tenues en vertu de l'art. 23 ont alors été ajournées et, conformément au par. 45(1), un agent d'immigration supérieur a interrogé sous serment chaque appellant au sujet de sa revendication.

e Les trois autres appelants ont revendiqué le statut de réfugié au cours des enquêtes tenues, en vertu du par. 27(4) de la Loi, afin de déterminer s'ils devaient être renvoyés après avoir été admis au Canada. L'un des appelants, M. Paramjit Singh Mann, a réussi à se dérober à l'enquête mentionnée à l'al. 27(2)f lorsqu'il est venu pour la première fois au Canada en juillet 1977. Les agents d'immigration l'ont appris lorsque l'appellant en question s'est rendu aux autorités au mois de novembre 1980, ce qui a donné lieu à la tenue d'une enquête en vertu de l'art. 27. M<sup>me</sup> Indrani est arrivée au Canada en octobre 1979 en utilisant un faux passeport et elle s'est vu accorder le statut de visiteur jusqu'au 30 novembre 1979. Les agents d'immigration se sont finalement rendus compte qu'elle travaillait illégalement et elle a été arrêtée au mois de mars 1981. On a tenu une enquête en application des al. 27(2)b) et 27(2)g) et, au cours de cette enquête, elle a revendiqué le statut de réfugié. Enfin, M. Kewal Singh est arrivé au Canada au mois de novembre 1980 et il a obtenu temporairement le statut de visiteur. À l'expiration de son statut de visiteur, il s'est rendu aux autorités de l'immigration et, parce qu'il avait perdu la

visitor, an inquiry was held on the basis of s. 27(2)(e).

Inquiries under s. 27 differ from those under s. 23 principally in their effect; in the former case the outcome is liable to be the issuance of a deportation order or a departure notice pursuant to s. 32(6) whereas the latter is liable to lead to a removal order pursuant to s. 32(5), the nature of the order being of significance in its effect on the person's right to return to Canada at some point in the future. The procedures for the determination of refugee status found in ss. 45 to 48 of the Act and the procedures for redetermination by the Immigration Appeal Board found in ss. 70 and 71 do not draw a significant distinction between inquiries held pursuant to s. 23 and those held pursuant to s. 27.

Counsel have presented these appeals on the basis that in terms of the application of the *Charter* the factual and procedural differences just adverted to have no significance. While I believe this to be the case I am also of the view that it is useful to bear the existence of such differences in mind, particularly as the scheme of the *Immigration Act, 1976* itself is being explored.

## 2. The Scheme of the *Immigration Act, 1976*

The appellants allege that the procedural mechanisms set out in the *Immigration Act, 1976*, as opposed to the application of those procedures to their particular cases, have deprived them of their rights under the *Charter*. It is important, therefore, to understand these provisions in the context of the Act as a whole. If, as a matter of statutory interpretation, the procedural fairness sought by the appellants is not excluded by the scheme of the Act, there is, of course, no basis for resort to the *Charter*. The issue may be resolved on other grounds. In *City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd.*, [1960] S.C.R. 307, at p. 314, this Court refused counsel's invitation to express an opinion as to the constitutional validity of a statute in a situation in which it was not necessary to the Court's decision to do so. I note as well that the United States Supreme Court has on many occasions articulated a policy of not deciding constitu-

qualité de visiteur, on a tenu une enquête en application de l'al. 27(2)e).

Les enquêtes tenues en vertu de l'art. 27 diffèrent de celles qui sont prévues à l'art. 23 surtout en ce qui concerne leur effet; dans le premier cas, il peut en résulter une ordonnance d'expulsion ou un avis d'interdiction de séjour en vertu du par. 32(6), tandis que dans le second cas il peut en résulter une ordonnance de renvoi prévue au par. 32(5), la nature de l'ordonnance ayant des conséquences importantes sur le droit de la personne de revenir plus tard au Canada. La procédure de reconnaissance du statut de réfugié énoncée aux art. 45 à 48 de la Loi et la procédure de réexamen par la Commission d'appel de l'immigration énoncée aux art. 70 et 71 n'établissent pas de distinction importante entre les enquêtes tenues en vertu de l'art. 23 et celles tenues en vertu de l'art. 27.

Les avocats ont formé ces pourvois en faisant valoir que, pour les fins de l'application de la *Charte*, les différences sur le plan des faits et de la procédure ne revêtent tout simplement aucune importance. Même si j'accepte cette prétention, j'estime également qu'il faut garder ces différences à l'esprit, surtout lorsqu'on examine l'économie de la *Loi sur l'immigration de 1976* elle-même.

## f 2. L'économie de la *Loi sur l'immigration de 1976*

Les appelants allèguent que les mécanismes de procédure énoncés dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, indépendamment de l'application de cette procédure à leurs cas particuliers, ont porté atteinte aux droits qui leur sont reconnus par la *Charte*. Il est donc important de situer ces dispositions dans le contexte de l'ensemble de la Loi. Si, sur le plan de l'interprétation législative, l'équité en matière de procédure demandée par les appelants n'est pas exclue par l'économie de la Loi, il va sans dire qu'il n'y a aucune raison de recourir à la *Charte*. Le litige peut être tranché par d'autres moyens. Dans l'arrêt *City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd.*, [1960] R.C.S. 307, à la p. 314, cette Cour a refusé de donner satisfaction aux avocats qui l'invitaient à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi dans des circonstances où il ne lui était pas nécessaire de le faire pour rendre une décision. Je remarque également qu'à maintes

tional issues in a context where it was not strictly necessary to do so: see *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947) at pp. 568-75, and cases cited therein. Accordingly, I believe that the Court should scrutinize closely:

- (a) the rights which Convention refugees are accorded under the Act; and
- (b) the procedures the Act sets out for adjudicating claims for refugee status

before turning to the application of the *Charter* in this context.

- (a) *The Rights of Convention Refugees under the Immigration Act, 1976*

The appellants make no attempt to assert a constitutional right to enter and remain in Canada analogous to the right accorded to Canadian citizens by s. 6(1) of the *Charter*. Equally, at common law an alien has no right to enter or remain in Canada except by leave of the Crown: *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376. As Martland J. expressed the law in *Prata* at p. 380 "The right of aliens to enter and remain in Canada is governed by the *Immigration Act*" and s. 5(1) states that "No person, other than a person described in section 4, has a right to come into or remain in Canada".

However, the *Immigration Act, 1976* does provide Convention refugees with certain limited rights to enter and remain in Canada. The Act envisages the assertion of a refugee claim under s. 45 in the context of an inquiry, which presupposes that the refugee claimant is physically present in Canada and within the jurisdiction of the Canadian authorities. The Act and Regulations do envisage the resettlement in Canada of refugees who are outside the country but the following observations are not made with reference to these individuals. When a person who is in Canada has been determined to be a Convention refugee, s. 47(1) requires the adjudicator to reconvene the

reprises la Cour suprême des États-Unis a adopté la politique de ne pas trancher des questions constitutionnelles lorsqu'elle n'est pas strictement tenue de le faire: voir *Rescue Army v. Municipal Court*, 331 U.S. 549 (1947) aux pp. 568 à 575, et les décisions qui y sont citées. J'estime par conséquent que la Cour doit examiner attentivement

- a) les droits que la Loi confère aux réfugiés au sens de la Convention; et
- b) la procédure que la Loi énonce relativement à l'arbitrage des revendications du statut de réfugié

avant de se pencher sur l'application de la *Charte* dans ce contexte.

- a) *Les droits que la Loi sur l'immigration de 1976 confère aux réfugiés au sens de la Convention*

Les appelants ne tentent pas de revendiquer un droit d'entrer et de demeurer au Canada, qui soit semblable au droit reconnu aux citoyens canadiens par le par. 6(1) de la *Charte*. De même, sous le régime de la *common law*, un étranger n'a pas le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer sauf avec l'autorisation de Sa Majesté: *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376. Dans l'arrêt *Prata*, le juge Martland a énoncé, à la p. 380, la règle selon laquelle «Le droit des étrangers d'entrer et de demeurer au Canada, est régi par la *Loi sur l'immigration*» et le par. 5(1) prévoit que «Seules les personnes visées à l'article 4 ont le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer».

Cependant, la *Loi sur l'immigration de 1976* confère aux réfugiés au sens de la Convention certains droits limités d'entrer au Canada et d'y demeurer. La Loi prévoit la présentation d'une revendication du statut de réfugié visée par l'art. 45 dans le cadre d'une enquête, ce qui presuppose que la personne qui revendique le statut de réfugié se trouve au Canada et relève des autorités canadiennes. La Loi et le Règlement envisagent l'établissement au Canada des réfugiés qui sont à l'étranger mais les observations qui suivent ne concernent pas ces personnes. Lorsqu'il a été reconnu qu'une personne qui se trouve au Canada est un réfugié au sens de la Convention, le par.

inquiry held pursuant to s. 23 or s. 27 in order to determine whether the individual is a person described in s. 4(2) of the Act. Section 4(2) provides that a Convention refugee "while lawfully in Canada [has] a right to remain in Canada . . ." except where it is established that he or she falls into the category of criminal or subversive persons set out in s. 4(2)(b). If it is determined that the person is a Convention refugee described in s. 4(2), s. 47(3) requires the adjudicator to allow the person to remain in Canada notwithstanding any other provisions of the Act or Regulations.

The scope of the refugee's right to remain in Canada is made problematic by the existence in s. 4(2) of the phrase "while lawfully in Canada". Since it is a prerequisite to the holding of an examination under s. 45 that a refugee claimant be a person against whom a removal order or departure notice may be made (see *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 689), it is apparent that nobody who is determined to be a Convention refugee will, in one sense, be lawfully in Canada. In practice this circularity is avoided by the issuance of a Minister's permit pursuant to s. 37 at the time a person is determined to be a Convention refugee, thus regularizing the individual's status for purposes of s. 4(2). The case of *Boun-Leua v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 259, is illustrative of the difficulties which can arise where a Minister's permit is not issued.

In *Boun-Leua* the applicant was a stateless person who was born in Laos but had been granted refugee status in France and had taken up residence there. He came to Canada as a visitor in December 1978 and, when his visitor status expired in January 1979, he surrendered himself to immigration officials and made a refugee claim. In due course it was determined that he was a Convention refugee but he was not issued a Minister's permit. At the resumption of the inquiry held

47(1) exige que l'arbitre reprenne l'enquête tenue en vertu de l'art. 23 ou de l'art. 27 afin de déterminer si la personne en cause remplit les conditions prévues au par. 4(2) de la Loi. Le paragraphe 4(2) prévoit qu'un réfugié au sens de la Convention «qui se trouve légalement au Canada [a] le droit d'y demeurer . . . » à moins qu'il ne soit établi qu'il fait partie de la catégorie des criminels ou des personnes qui se livrent à des actes de subversion, dont il est question à l'al. 4(2)b). S'il est établi que la personne est un réfugié au sens de la Convention qui remplit les conditions prévues au par. 4(2), le par. 47(3) exige que l'arbitre l'autorise à demeurer au Canada nonobstant toute autre disposition de la Loi ou du Règlement.

L'étendue du droit d'un réfugié de demeurer au Canada est difficile à déterminer en raison de la présence au par. 4(2) de l'expression «qui se trouve légalement au Canada». Puisqu'il faut, comme condition préalable à la tenue d'un interrogatoire en vertu de l'art. 45, que la personne qui revendique le statut de réfugié puisse faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou d'un avis d'interdiction de séjour (voir l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 689), il est manifeste que nulle personne reconnue comme un réfugié au sens de la Convention ne peut, en un sens, se trouver légalement au Canada. En pratique, ce cercle vicieux est évité par la délivrance d'un permis du Ministre conformément à l'art. 37, au moment où une personne est reconnue comme un réfugié au sens de la Convention, ce qui régularise le statut de la personne pour les fins du par. 4(2). L'affaire *Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 259, illustre les difficultés qui peuvent surgir lorsqu'un permis du Ministre n'est pas délivré.

Dans l'affaire *Boun-Leua*, le requérant était un apatride né au Laos qui avait obtenu le statut de réfugié en France et s'y était établi. Il est arrivé au Canada en décembre 1978 en qualité de visiteur et, une fois son statut de visiteur expiré en janvier 1979, il s'est rendu aux agents d'immigration et a revendiqué le statut de réfugié. En définitive, il a été reconnu comme un réfugié au sens de la Convention mais il n'a pas obtenu de permis du Ministre. À la reprise de l'enquête tenue en vertu du par.



pursuant to s. 47(1) the adjudicator determined that he was not a Convention refugee "lawfully in Canada" and she issued him a departure notice. The applicant sought judicial review of this decision pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. Urie J., writing for the Federal Court of Appeal, dismissed the application. At pages 263-64 he made the following observations:

A Convention refugee, on the other hand, is not given the right to reside permanently in Canada nor, by being designated such, is he given the right to remain in Canada for a specific period of time. Presumably his right to remain is dependent upon his continuing to be a refugee from the country of his nationality. If for any reason, he no longer can fulfil the requirements to be characterized as a Convention refugee, he is subject to a removal or deportation order. The duration of his stay, as a Convention refugee, can only be fixed by a Ministerial permit issued pursuant to section 37 of the Act. If no such permit issued then, if he is within an inadmissible class, he may be the subject of a removal or deportation order. The only rights accorded to a Convention refugee are first, not to be returned to a country where his life or freedom would be threatened, a right granted by virtue of section 55 of the Act, and, second, to be able to appeal a removal order or a deportation order made against him on a question of law or fact or of mixed law and fact and "on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations" he should not be removed from Canada (sections 72(2)(a) and (b) and 72(3)).

From all of the above, I can only conclude that the determination by the Minister that a person is a Convention refugee does not, as urged by applicant's counsel, confer on that person a status of some undefined nature. It gives him only the rights to which I have previously alluded. In this case the applicant as a refugee admitted to France can return to France at least so long as his travel permit, issued by that country to him, is valid. France having found him to be a refugee, then Canada as a signatory to the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees would find it difficult to determine that he was not a refugee. Whether or not such is the case is immaterial in this case. Since he can return to France, which is not the country of his nationality, or where his life or freedom would be threatened, there is no obligation on the Minister to permit him to remain in Canada. The applicant has no legal right to do so. In my view,

47(1), l'arbitre a décidé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention «qui se trouve légalement au Canada» et lui a émis un avis d'interdiction de séjour. Le requérant a fait une demande d'examen judiciaire de cette décision conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge Urie, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a rejeté cette demande. Il formule les observations suivantes, aux pp. 263 et 264:

D'autre part, ni le droit de résider en permanence au Canada ni celui d'y demeurer pour une durée déterminée ne sont accordés à un réfugié au sens de la Convention. Son droit de séjour dépend du fait qu'il est un réfugié qui a dû fuir son pays d'origine. Si, pour quelque raison que ce soit, il ne remplit plus les conditions d'un réfugié au sens de la Convention, il s'expose à une ordonnance de renvoi ou d'expulsion. La durée de son séjour, en tant que réfugié au sens de la Convention, ne peut être fixée que par un permis délivré par le Ministre conformément à l'article 37 de la Loi. Si aucun permis n'est délivré et qu'il appartient à une catégorie inadmissible, il peut faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou d'expulsion. Un réfugié au sens de la Convention se voit accorder les seuls droits suivants, à savoir, en premier lieu, de ne pas être renvoyé dans un pays où sa vie et sa liberté seraient menacées (article 55 de la Loi) et, en second lieu, d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi ou d'une ordonnance d'expulsion rendue contre lui en invoquant un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait et en faisant valoir que «compte tenu de considérations humanitaires ou de compassion», il ne devrait pas être renvoyé du Canada (articles 72(2)a) et b) et 72(3)).

Ce qui précède me force à conclure que le fait que le Ministre décide qu'une personne est un réfugié au sens de la Convention ne confère pas à cette personne, contrairement à ce qu'a prétendu l'avocat du requérant, un statut quelconque. La décision du Ministre ne lui accorde que les droits que j'ai mentionnés. En l'espèce, le requérant étant un réfugié en France, il peut retourner en ce pays dans la mesure où le visa que lui a délivré ce pays est toujours valide. Puisque la France l'a considéré comme un réfugié, le Canada, en tant que signataire de la Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés, pourrait difficilement lui refuser cette qualité. Mais là n'est pas la question. Puisque l'intéressé peut retourner en France, qui n'est pas son pays d'origine ou un pays où sa vie et sa liberté seraient menacées, le Ministre n'est nullement obligé de l'autoriser à demeurer au Canada. Le séjour au Canada du requérant n'est fondé sur aucun droit. Par conséquent, à

therefore, applicant counsel's submission that the determination by the Minister that his client was a Convention refugee gave him the right to remain in Canada must fail.

Although I agree with Urie J.'s decision on the facts before him, I believe that his reasons may have placed the position of the Convention refugee under the Act too low. In addition to the important rights set out in ss. 55 and 72, it seems to me that a Convention refugee is entitled to require the Minister to exercise his discretion to give a permit under s. 37 fairly and in accordance with proper principles and, if the Minister fails to do so, the Convention refugee may have a right to take proceedings under s. 18(a) of the *Federal Court Act*: see *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470 at p. 479 (*per Spence J.*); *Brempong v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 211.

In the *Boun-Leua* case, as Urie J. pointed out, the applicant was able to return to France where his life or liberty would not be threatened and it would not be inconsistent with Canada's obligations to refugees to require him to return there. On the other hand, s. 2(2) and s. 3(g) of the *Immigration Act, 1976* envisage that the Act will be administered in a way that fulfils Canada's international legal obligations. These provisions read as follows:

2. ...

(2) The term "Convention" in the expression "Convention refugee" refers to the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees signed at Geneva on the 28th day of July, 1951 and includes the Protocol thereto signed at New York on the 31st day of January, 1967.

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

mon avis, l'avocat du requérant échoue dans sa prétention selon laquelle le fait que le Ministre ait décidé que son client était un réfugié au sens de la Convention lui donne le droit de demeurer au Canada.

<sup>a</sup> Bien que je sois d'accord avec la décision prise par le juge Urie concernant les faits qui lui ont été soumis, je crois que ses motifs peuvent avoir trop affaibli la situation du réfugié au sens de la Convention en vertu de la Loi. Outre les droits importants énoncés aux art. 55 et 72, il me semble qu'un réfugié au sens de la Convention a le droit d'exiger du Ministre qu'il exerce d'une façon équitable et conforme à des principes appropriés son pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis en vertu de l'art. 37 et que, si le Ministre omet de le faire, le réfugié peut avoir le droit d'engager des procédures en vertu de l'al. 18a) de la *Loi sur la Cour fédérale*: voir les arrêts *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, à la p. 479 (le juge Spence); *Brempong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 211.

<sup>e</sup> Dans l'affaire *Boun-Leua*, comme l'a fait remarquer le juge Urie, le requérant était en mesure de retourner en France où sa vie et sa liberté n'étaient pas menacées et obliger celui-ci à retourner en France n'était pas contraire aux obligations du Canada envers les réfugiés. D'autre part, le par. 2(2) et l'al. 3g) de la *Loi sur l'immigration de 1976* prévoient que la Loi doit être mise en oeuvre de manière à remplir, envers les réfugiés, les obligations légales du Canada sur le plan international. Ces dispositions se lisent ainsi:

2. ...

<sup>h</sup> (2) Dans l'expression «réfugié au sens de la Convention», le terme «Convention» désigne la Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951 et le protocole signé à New York le 31 janvier 1967.

<sup>i</sup> 3. Il est, par les présentes, déclaré que la politique d'immigration du Canada, ainsi que les règles et règlements établis en vertu de la présente loi, sont conçus et mis en oeuvre en vue de promouvoir ses intérêts sur le plan interne et international, en reconnaissant la nécessité

(g) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted;

The Preamble to the Convention and Protocol provides:

*Considering* that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on December 10 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

*Considering* that the United Nations has, on various occasions, manifested its profound concern for refugees and endeavoured to assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms,

The term "refugee" is defined in the Convention as follows:

A. For the purposes of the present Convention, the term 'refugee' shall apply to any person who:

... owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

(United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. HCR/INF/29/Rev. 2, Chap. 1, Article 1, paragraph A(2).)

I believe therefore that a Convention refugee who does not have a safe haven elsewhere is entitled to rely on this country's willingness to live up to the obligations it has undertaken as a signatory to the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees: (see *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639 at pp. 657-62 (*per* Pigeon J. dissenting); *Hurt v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 F.C. 340).

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations légales du Canada sur le plan international et de maintenir sa traditionnelle attitude humanitaire à l'égard des personnes déplacées ou persécutées;

Le préambule de la Convention et du Protocole prévoit ce qui suit:

*Considérant* que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

*Considérant* que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

La Convention définit ainsi le terme «réfugié»:

A. Aux fins de la présente convention, le terme «réfugié» s'appliquera à toute personne:

... craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

(Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. HCR/INF/29/Rev. 2, chap. 1, article 1, paragraphe A2)).

J'estime donc qu'un réfugié au sens de la Convention dont la sécurité est menacée dans un autre pays a le droit de compter sur la volonté de ce pays de faire honneur aux obligations qu'il a contractées en qualité de signataire de la Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés: (voir les arrêts *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, aux pp. 657 à 662 (le juge Pigeon, dissident); *Hurt c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 C.F. 340).

(b) *The Procedures for the Determination of Convention Refugee Status*

The term "Convention refugee" is defined in s. 2(1) of the Act as follows:

"Convention refugee" means any person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of his former habitual residence and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to return to that country;

As noted above, the procedures for determination of whether an individual is a Convention refugee and for redetermination of claims by the Immigration Appeal Board are set out in ss. 45 to 48 and 70 to 71 respectively. Focussing first on the initial determination, s. 45 provides as follows:

45. (1) Where, at any time during an inquiry, the person who is the subject of the inquiry claims that he is a Convention refugee, the inquiry shall be continued and, if it is determined that, but for the person's claim that he is a Convention refugee, a removal order or a departure notice would be made or issued with respect to that person, the inquiry shall be adjourned and that person shall be examined under oath by a senior immigration officer respecting his claim.

(2) When a person who claims that he is a Convention refugee is examined under oath pursuant to subsection (1), his claim, together with a transcript of the examination with respect thereto, shall be referred to the Minister for determination.

(3) A copy of the transcript of an examination under oath referred to in subsection (1) shall be forwarded to the person who claims that he is a Convention refugee.

(4) Where a person's claim is referred to the Minister pursuant to subsection (2), the Minister shall refer the claim and the transcript of the examination under oath with respect thereto to the Refugee Status Advisory Committee established pursuant to section 48 for consideration and, after having obtained the advice of that

b) *La procédure de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention*

L'expression «réfugié au sens de la Convention» est définie de la façon suivante au par. 2(1) de la Loi:

«réfugié au sens de la Convention» désigne toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques

a) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou

b) qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner;

Comme je l'ai fait remarquer, la procédure à suivre pour reconnaître si une personne est un réfugié au sens de la Convention et celle applicable au réexamen des revendications de ce statut par la Commission d'appel de l'immigration sont énoncées aux art. 45 à 48 et 70 à 71 respectivement. En ce qui concerne tout d'abord la reconnaissance, l'art. 45 prévoit:

45. (1) Une enquête, au cours de laquelle la personne en cause revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, doit être poursuivie. S'il est établi qu'à défaut de cette revendication, l'enquête aurait abouti à une ordonnance de renvoi ou à un avis d'interdiction de séjour, elle doit être ajournée et un agent d'immigration supérieur doit procéder à l'interrogatoire sous serment de la personne au sujet de sa revendication.

(2) Après l'interrogatoire visé au paragraphe (1), la revendication, accompagnée d'une copie de l'interrogatoire, est transmise au Ministre pour décision.

(3) Une copie de l'interrogatoire visé au paragraphe (1) est remise à la personne qui revendique le statut de réfugié.

(4) Le Ministre, saisi d'une revendication conformément au paragraphe (2), doit la soumettre, accompagnée d'une copie de l'interrogatoire, à l'examen du comité consultatif sur le statut de réfugié institué par l'article 48. Après réception de l'avis du comité, le Ministre décide si la personne est un réfugié au sens de

Committee, shall determine whether or not the person is a Convention refugee.

(5) When the Minister makes a determination with respect to a person's claim that he is a Convention refugee, the Minister shall thereupon in writing inform the senior immigration officer who conducted the examination under oath respecting the claim and the person who claimed to be a Convention refugee of his determination.

(6) Every person with respect to whom an examination under oath is to be held pursuant to subsection (1) shall be informed that he has the right to obtain the services of a barrister or solicitor or other counsel and to be represented by any such counsel at his examination and shall be given a reasonable opportunity, if he so desires and at his own expense, to obtain such counsel.

It is difficult to characterize this procedure as a "hearing" in the traditional sense: see *Brempong*, *supra*, at pp. 217-18. As Urie J. noted in *Brempong* at p. 217, n. 7, the procedure is technically "non-adversarial" since only the claimant is entitled to be represented by counsel. Urie J. described the procedure as "purely administrative in nature" and this characterization was adopted by counsel for the respondent Minister in the course of argument on these appeals.

In *Mensah v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 70, Pratte J. observed at p. 71 that by enacting s. 45 "Parliament did not intend to subject either the Minister or the Refugee Status Advisory Committee to the procedural duty of fairness invoked by the applicant". If Pratte J. intended by this statement to suggest that Parliament has excluded the duty of fairness articulated in this Court's decision in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, I believe that he must have been mistaken. In *Nicholson* at p. 324, Laskin C.J. expressly adopted the statement of Megarry J. in *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (U.K.), at p. 1378 "that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness". In other words, the mere classification of the Minister's duty under s. 45 as administrative does not eliminate the duty of fairness set out in

la Convention.

(5) Le Ministre doit notifier sa décision par écrit, à l'agent d'immigration supérieur qui a procédé à l'interrogatoire sous serment et à la personne qui a revendiqué le statut de réfugié.

(6) Toute personne faisant l'objet de l'interrogatoire visé au paragraphe (1) doit être informée qu'elle a droit aux services d'un avocat, d'un procureur ou de tout autre conseil pour la représenter et il doit lui être donné la possibilité de choisir un conseil, à ses frais.

Il est difficile de qualifier cette procédure d'«audition» au sens traditionnel: voir l'arrêt *Brempong*, précité, aux pp. 217 et 218. Comme l'a fait remarquer le juge Urie dans cet arrêt à la p. 217, renvoi 7, la procédure «n'est pas contradictoire» en principe puisque seul le requérant a le droit d'être représenté par un avocat. Le juge Urie a décrit la procédure comme étant «de nature purement administrative» et l'avocat du Ministre intimé a adopté ce qualificatif au cours des plaidoiries en l'espèce.

Dans l'arrêt *Mensah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 70, le juge Pratte a fait remarquer, à la p. 71, qu'en adoptant l'art. 45 «le législateur n'entendait pas soumettre le Ministre ou le comité consultatif sur le statut de réfugié à l'obligation procédurale d'équité qu'invoque le requérant». Si, en faisant cette affirmation, le juge Pratte a voulu laisser entendre que le législateur a exclu l'obligation d'équité énoncée dans l'arrêt de cette Cour *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, j'estime qu'il a dû faire erreur. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin a expressément adopté, à la p. 324, ce que le juge Megarry a déclaré dans la décision *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (R.-U.), à la p. 1378: [TRADUCTION] «dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement». En d'autres termes, le

*Nicholson*: see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735 at p. 750 (per Estey J.); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602 at pp. 623-24, 628-31 (per Dickson J., as he then was).

The existence of a duty of fairness does not, however, define its content. I believe, therefore, that Pratte J.'s observation in *Mensah* was intended to make the point that the duty of fairness imposed on the Minister in the context of s. 45 did not require the Minister to allow a refugee claimant to respond to the Minister's objections to his claim as counsel in that case had submitted. In his concurring reasons in *Martineau*, *supra*, Dickson J. (as he then was) observed at p. 630 that "The content of the principles of natural justice and fairness in application to the individual cases will vary according to the circumstances of each case . . .". As Estey J. pointed out in the *Inuit Tapirisat* case at p. 755: "It is always a question of construing the statutory scheme as a whole in order to see to what degree, if any, the legislator intended the principle [of procedural fairness] to apply".

Counsel for the respondent in this case submitted that the Act did not contemplate an oral hearing before the Minister or the Refugee Status Advisory Committee and that the Minister and the Committee were entitled to rely upon what he described as "the government's knowledge of world affairs" in rendering a decision. As I read s. 45, and in particular s. 45(4), these submissions appear to be correct. It is clear from s. 45(4) that the Act does not envisage an opportunity for the refugee claimant to be heard other than through his claim and the transcript of his examination under oath. Nor does the Act appear to envisage the refugee claimant's being given an opportunity to comment on the advice the Refugee Status Advisory Committee has given to the Minister. The insulation of the process is reinforced by the

simple fait de considérer l'obligation du Ministre prévue à l'art. 45 comme étant de nature administrative n'exclut pas l'obligation d'agir équitablement énoncée dans l'arrêt *Nicholson*: voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 750 (le juge Estey); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, aux pp. 623 et 624, 628 à 631 (le juge Dickson, alors juge puîné).

Cependant, l'existence de l'obligation d'agir équitablement ne définit pas son contenu. J'estime, par conséquent, que l'observation du juge Pratte dans l'arrêt *Mensah* visait à préciser que l'obligation d'agir équitablement imposée au Ministre dans le contexte de l'art. 45 ne l'oblige pas à permettre à la personne qui revendique le statut de réfugié de répondre aux objections qu'il oppose à sa revendication, comme l'a prétendu l'avocat en l'espèce. Dans l'arrêt *Martineau*, précité, le juge Dickson (alors juge puîné) fait remarquer, à la p. 630 de ses motifs concourants, que «Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas . . .» Comme l'a souligné le juge Estey dans l'affaire *Inuit Tapirisat*, à la p. 755: «Il faut toujours considérer l'économie globale de la loi pour voir dans quelle mesure, le cas échéant, le législateur a voulu que ce principe [de l'équité en matière de procédure] s'applique».

L'avocat de l'intimé en l'espèce a fait valoir que la Loi ne prévoit pas d'audition devant le Ministre ou le comité consultatif sur le statut de réfugié et qu'en rendant une décision ceux-ci ont le droit de se fonder sur ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] «la connaissance qu'a le gouvernement des affaires internationales». Suivant mon interprétation de l'art. 45 et en particulier du par. 45(4), ces arguments semblent justes. Il ressort clairement du par. 45(4) que la Loi n'offre à la personne qui revendique le statut de réfugié aucune possibilité de se faire entendre si ce n'est au moyen de sa revendication et de la transcription de son interrogatoire sous serment. La Loi ne semble pas non plus offrir à la personne qui revendique le statut de réfugié la possibilité de commenter l'avis donné au Ministre par le comité consultatif sur le statut de

fact that the Minister is entitled under s. 123 of the Act to delegate his powers under s. 45 and in fact these powers are customarily delegated to the Registrar of the Refugee Status Advisory Committee: see *Wieckowska v. Lanthier*, [1980] 1 F.C. 655 at p. 656. In substance, therefore, it would appear that the Refugee Status Advisory Committee acts as a decision-making body isolated from the persons whose status it is adjudicating and that it applies policies and makes use of information to which the refugee claimants themselves have no access. The Committee and the Minister have an obligation to act fairly in carrying out their duties in the sense that decisions cannot be made arbitrarily and they must make an effort to treat equivalent cases in equivalent fashion. I do not think, however, that the courts can import into the duty of fairness procedural constraints on the Committee's operation which are incompatible with the decision-making scheme set up by Parliament.

In any event, the Minister's exercise of his jurisdiction under s. 45 is not reviewable on these appeals. As Urie J. noted in the *Brempong* case, *supra*, judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act* is unavailable with respect to "a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis . . .". Thus, despite *Nicholson's* tendency to eliminate the significance of the distinction between administrative and judicial or quasi-judicial functions for purposes of determining whether procedural fairness in decision-making is required, the *Federal Court Act* preserves the significance of the distinction for purposes of determining whether judicial review is available by means of *certiorari* under s. 18(a) or by way of review under s. 28: see *Martineau, supra*, at pp. 629 and 637. Since the appellants did not challenge the procedural fairness of the Minister's decision under s. 45 of the *Immigration Act, 1976* by the proper procedures, I do not believe that the Court has any jurisdiction on these appeals to review those decisions or the mechanisms by which they were taken except for purposes of developing

réfugié. Le fonctionnement en vase clos du processus est renforcé par le fait que l'art. 123 de la Loi autorise le Ministre à déléguer les pouvoirs que lui confère l'art. 45 et, en fait, ces pouvoirs sont habituellement délégués au greffier du comité consultatif sur le statut de réfugié: voir *Wieckowska c. Lanthier*, [1980] 1 C.F. 655, à la p. 656. Par conséquent, il semblerait essentiellement que le comité consultatif sur le statut de réfugié est un organisme doté d'un pouvoir décisionnel qui agit sans la participation des personnes dont il détermine le statut et qu'il applique des politiques et utilise des renseignements auxquels n'ont pas accès les personnes qui revendiquent le statut de réfugié. Le comité et le Ministre sont tenus d'agir équitablement dans l'exercice de leurs fonctions en ce sens qu'ils ne peuvent pas rendre des décisions arbitraires et qu'ils doivent s'efforcer de traiter de la même façon les cas analogues. Je ne crois pas cependant que les tribunaux puissent interpréter l'obligation d'agir équitablement de manière à soumettre le comité à des contraintes en matière de procédure qui sont incompatibles avec le processus décisionnel établi par le législateur.

Quoi qu'il en soit, l'exercice par le Ministre de la compétence que lui confère l'art. 45 ne peut faire l'objet d'un examen judiciaire en l'espèce. Comme l'a fait remarquer le juge Urie dans l'arrêt *Brempong*, précité, il ne peut y avoir d'examen judiciaire en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* dans le cas d'une « décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire . . . ». Ainsi, malgré la tendance de l'arrêt *Nicholson* à supprimer l'importance de la distinction entre les fonctions administratives et judiciaires ou quasi judiciaires aux fins de déterminer si l'équité en matière de procédure est requise dans le processus décisionnel, la *Loi sur la Cour fédérale* maintient l'importance de cette distinction aux fins de déterminer si le contrôle judiciaire peut être exercé par voie de *certiorari* en vertu de l'al. 18(a) ou par voie d'examen en vertu de l'art. 28: voir l'arrêt *Martineau*, précité, aux pp. 629 et 637. Étant donné que les appelants n'ont pas contesté de la manière appropriée l'équité, sur le plan de la procédure, de la décision du Ministre rendue en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de*

a greater understanding of the procedural scheme of the Act with respect to refugee claims.

The refugee claimant's status, however, need not be conclusively determined by the Minister's decision on the advice of the Refugee Status Advisory Committee made pursuant to s. 45. Under s. 70(1) of the Act a person whose refugee claim has been refused by the Minister may, within a period prescribed in Regulation 40(1) as fifteen days from the time he is so informed, apply for a redetermination of his claim by the Immigration Appeal Board. Section 70(2) requires the refugee claimant to submit with such an application a copy of the transcript of the examination under oath which was conducted pursuant to s. 45(1) and a declaration under oath setting out the basis of the application, the facts upon which the appellant relies and the information and evidence the applicant intends to offer at a redetermination hearing. The applicant is also permitted pursuant to s. 70(2)(d) to set out in his declaration such other representations as he deems relevant to his application.

The Immigration Appeal Board's duties in considering an application for redetermination of a refugee status claim are set out in s. 71 which reads as follows:

71. (1) Where the Board receives an application referred to in subsection 70(2), it shall forthwith consider the application and if, on the basis of such consideration, it is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that a claim could, upon the hearing of the application, be established, it shall allow the application to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the application to proceed and shall thereupon determine that the person is not a Convention refugee.

(2) Where pursuant to subsection (1) the Board allows an application to proceed, it shall notify the Minister of the time and place where the application is

1976, je ne crois pas que la Cour ait compétence en l'espèce pour examiner ces décisions ou les mécanismes par lesquels celles-ci ont été rendues, si ce n'est pour mieux faire comprendre le système de procédure établi par la Loi relativement aux revendications du statut de réfugié.

Il n'est pas nécessaire cependant que le statut du requérant soit réglé de façon définitive par la décision que rend le Ministre, conformément à l'art. 45, après avoir reçu l'avis du comité consultatif sur le statut de réfugié. Aux termes du par. 70(1) de la Loi, la personne dont la revendication du statut de réfugié a été refusée par le Ministre peut, dans le délai prescrit par le par. 40(1) du Règlement, c'est-à-dire dans les quinze jours à compter du moment où il est informé de ce refus, présenter à la Commission d'appel de l'immigration une demande de réexamen de sa revendication. Le paragraphe 70(2) exige de la personne qui revendique le statut de réfugié qu'elle joigne à sa demande une copie de la transcription de l'interrogatoire sous serment visé au par. 45(1) ainsi qu'une déclaration sous serment énonçant le fondement de la demande, les faits invoqués par l'appellant ainsi que les renseignements et les éléments de preuve que le requérant se propose de fournir au cours de l'audition de la demande de réexamen. L'alinéa 70(2)d) permet également au requérant d'énoncer dans sa déclaration toutes autres observations qu'il estime pertinentes.

Les fonctions que doit remplir la Commission d'appel de l'immigration lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen d'une revendication du statut de réfugié sont énoncées à l'art. 71 que voici:

71. (1) La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai. A la suite de cet examen, la demande suivra son cours au cas où la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition; dans le cas contraire, aucune suite n'y est donnée et la Commission doit décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

(2) Au cas où, conformément au paragraphe (1), la Commission permet à la demande de suivre son cours, elle avise le Ministre des date et lieu de l'audition et lui



to be heard and afford the Minister a reasonable opportunity to be heard.

(3) Where the Board has made its determination as to whether or not a person is a Convention refugee, it shall, in writing, inform the Minister and the applicant of its decision.

(4) The Board may, and at the request of the applicant or the Minister shall, give reasons for its determination.

If the Board were to determine pursuant to s. 71(1) that the application should be allowed to proceed, the parties are all agreed that the hearing which would take place pursuant to s. 71(2) would be a quasi-judicial one to which full natural justice would apply. The Board is not, however, empowered by the terms of the statute to allow a redetermination hearing to proceed in every case. It may only do so if "it is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that a claim could, upon the hearing of the application, be established ...". In *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, this Court interpreted those words as requiring the Board to allow the claim to proceed only if it is of the view that "it is more likely than not" that the applicant will be able to establish his claim at the hearing, following the test laid down by Urie J. in *Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 438.

In his concurring reasons for the Federal Court of Appeal's decision in *Kwiatkowsky* (1980), 34 N.R. 237, Le Dain J. made the following observation about the Immigration Appeal Board's authority under s. 71(1) at p. 240:

This is a somewhat unusual authority to determine at a preliminary stage, not whether there is an arguable case, but whether there is a probability or likelihood of success, without knowing what a full hearing might add to the strength of the case. It is an authority that gives rise to the understandable concern, but it is one that Parliament appears clearly to have conferred upon the board for reasons which it has judged sound. In effect, it is an authority to determine the issue of refugee status upon a consideration of the examination under oath and the declaration under oath.

(Emphasis added.)

donne l'occasion de se faire entendre.

(3) La Commission, après s'être prononcée sur le statut du demandeur, en informe par écrit le Ministre et le demandeur.

(4) La Commission peut et, à la requête du demandeur ou du Ministre, doit motiver sa décision.

Si la Commission décidait, en application du par. 71(1), que la demande doit suivre son cours, les parties sont toutes d'accord pour dire que l'audition qui serait tenue conformément au par. 71(2) serait de nature quasi judiciaire et assujettie à toutes les règles de justice naturelle. Cependant, les dispositions de la Loi n'habilitent pas la Commission à autoriser l'audition d'une demande de réexamen dans tous les cas. Elle ne peut le faire que si «la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition ...» Dans l'arrêt *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, cette Cour a interprété ces mots comme exigeant que la Commission ne laisse la demande suivre son cours que si elle estime que le requérant sera «probablement» en mesure d'établir le bien-fondé de sa demande à l'audition, suivant ainsi le critère énoncé par le juge Urie dans l'arrêt *Lugano c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 438.

Dans les motifs concourants qu'il a rédigés dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Kwiatkowsky* (1980), 34 N.R. 237, le juge Le Dain formule l'observation suivante, à la p. 240, au sujet du pouvoir conféré à la Commission d'appel de l'immigration par le par. 71(1):

Il s'agit d'un pouvoir assez exceptionnel, celui de déterminer à un stade préliminaire, non pas s'il existe un moyen de défense valable, mais s'il y a une chance de succès, quand bien même une audition pourrait servir à renforcer la cause. Bien que l'exercice de ce pouvoir ne manque pas de nous préoccuper, il s'agit toutefois d'un pouvoir que le Parlement a expressément conféré à la Commission pour des raisons qu'il a jugées bonnes. En fait, c'est le pouvoir de décider de la question du statut de réfugié après l'examen de l'interrogatoire et de la déclaration sous serment.

(C'est moi qui souligne.)

I agree with these remarks. The issue directly before this Court in *Kwiatkowsky* was not whether there had been a denial of natural justice but whether the Immigration Appeal Board had applied the wrong test in exercising its power under s. 71(1). It is implicit in the Court's decision, however, that the Act imposes limitations on the scope of the hearing afforded to refugee claimants which it is difficult to reconcile with the principles of natural justice: see *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at pp. 659-60 (*per* Pigeon J. dissenting).

In *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, Rinfret C.J. expressed this Court's commitment to the interpretation of statutes in accordance with the principles of natural justice in the following terms at p. 154:

[TRANSLATION] The rule that no one should be convicted or deprived of his rights without a hearing, and especially without even being informed that his rights would be in question, is a universal rule of equity, and the silence of a statute should not be relied on as a basis for ignoring it. In my opinion, there would have to be nothing less than an express statement by the legislator for this rule to be superseded: it applies to all courts and to all bodies required to make a decision that might have the effect of destroying a right enjoyed by an individual.

(Emphasis added.)

In the same case, at p. 166, Fauteux J. (as he then was) stated:

[TRANSLATION] It is well established that application of the *audi alteram partem* rule implicitly underlies legislation giving administrative bodies functions of a judicial nature: see Maxwell, *On Interpretation of Statutes*, 9th ed., 368. The legislator is presumed to take this rule into consideration in enacting such statutes. For its application to be suspended, the statute must contain an express provision to this effect or an inference with equivalent effect.

(Emphasis added.)

In a number of subsequent cases including *Nicholson*, *supra*, this Court has come to the same conclusion: see Pue, *Natural Justice in Canada* (1981), at pp. 82-84. In the present instance,

Je suis d'accord avec ces observations. La question soumise à cette Cour dans l'affaire *Kwiatkowsky* était de savoir non pas s'il y a eu un déni de justice naturelle mais si la Commission d'appel de l'immigration a appliqué un critère erroné dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 71(1). Toutefois, il ressort implicitement de l'arrêt de la Cour que la Loi limite la portée de l'audition dont bénéficient les personnes qui revendiquent le statut de réfugié, ce qui est difficilement conciliable avec les principes de justice naturelle: voir l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, aux pp. 659 et 660 (le juge Pigeon, dissident).

Dans l'arrêt *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140, le juge en chef Rinfret décrit ainsi, à la p. 154, l'obligation qui incombe à cette Cour d'interpréter les lois en conformité avec les principes de justice naturelle:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. A mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Fauteux (alors juge puîné) affirme dans le même arrêt, à la p. 166:

Il est de règle que l'application du principe *audi alteram partem* est implicitement sous-entendue dans les lois attribuant aux corps administratifs des fonctions d'ordre judiciaire. Maxwell: *On Interpretation of Statutes*, 9th ed., 368. Le Législateur est présumé tenir compte de cette règle en édictant ces lois. Pour en suspendre l'opération, il faut donc, dans la loi, un texte explicite à cet effet ou une inférence en ayant l'équivalence.

(C'est moi qui souligne.)

Dans un bon nombre d'arrêts subséquents, dont l'arrêt *Nicholson*, précité, cette Cour est arrivée à la même conclusion: voir l'ouvrage de Pue, *Natural Justice in Canada* (1981), aux pp. 82 à 84.

however, it seems to me that s. 71(1) is precisely the type of express provision which prevents the courts from reading the principles of natural justice into a statutory scheme for the adjudication of the rights of individuals.

The substance of the appellants' case, as I understand it, is that they did not have a fair opportunity to present their refugee status claims or to know the case they had to meet. I do not think there is any basis for suggesting that the procedures set out in the *Immigration Act, 1976* were not followed correctly in the adjudication of these individuals' claims. Nor do I believe that there is any basis for interpreting the relevant provisions of the *Immigration Act, 1976* in a way that provides a significantly greater degree of procedural fairness or natural justice than I have set out in the preceding discussion. The Act by its terms seems to preclude this. Accordingly, if the appellants are to succeed, I believe that it must be on the basis that the *Charter* requires the Court to override Parliament's decision to exclude the kind of procedural fairness sought by the appellants.

### 3. The Application of the Charter

#### (a) *Are the Appellants Entitled to the Protection of s. 7 of the Charter?*

Section 32(1)(a) of the *Charter* provides:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament . . .

Since immigration is clearly a matter falling within the authority of Parliament under s. 91(25) of the *Constitution Act, 1867*, the *Immigration Act, 1976* itself and the administration of it by the Canadian government are subject to the provisions of the *Charter*.

Section 7 of the *Charter* states that "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". Counsel for the appellants con-

Cependant, il me semble que, dans le présent cas, le par. 71(1) est précisément le genre de disposition expresse qui empêche les tribunaux de considérer que les principes de justice naturelle s'appliquent à un système établi par la loi pour statuer sur les droits des particuliers.

Si je comprends bien, les appelants prétendent essentiellement qu'ils n'ont pas eu vraiment la possibilité de présenter leurs revendications de statut de réfugié ni de savoir ce qu'ils devaient établir. Je ne crois pas qu'on puisse laisser entendre que la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* n'a pas été suivie correctement quand on a statué sur leurs revendications. Je ne pense pas non plus qu'on puisse interpréter les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration de 1976* de manière à exiger un degré de justice naturelle ou d'équité en matière de procédure qui soit beaucoup plus élevé que celui mentionné dans l'analyse qui précède. Les termes mêmes de la Loi semblent s'y opposer. Donc, pour avoir gain de cause, les appelants doivent, à mon avis, démontrer que la *Charte* exige que la Cour passe outre à la décision du législateur d'exclure le genre d'équité en matière de procédure que demandent les appelants.

### f 3. L'application de la Charte

#### a) *Les appelants ont-ils droit à la protection de l'art. 7 de la Charte?*

L'alinéa 32(1)a de la *Charte* prévoit ce qui suit:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement . . .

h Étant donné que l'immigration est manifestement un domaine qui relève du Parlement en vertu du par. 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi sur l'immigration de 1976* elle-même et son administration par le gouvernement du Canada sont assujetties aux dispositions de la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* prévoit que «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». L'avocat des appelants compare

trasts the use of the word "Everyone" in s. 7 with language used in other sections, for example, "Every citizen of Canada" in s. 3, "Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada" in s. 6(2) and "Citizens of Canada" in s. 23. He concludes that "Everyone" in s. 7 is intended to encompass a broader class of persons than citizens and permanent residents. Counsel for the Minister concedes that "everyone" is sufficiently broad to include the appellants in its compass and I am prepared to accept that the term includes every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law.

That premise being accepted, the question then becomes whether the rights the appellants seek to assert fall within the scope of s. 7. Counsel for the Minister does not concede this. He submits that the exclusion or removal of the appellants from Canada would not infringe "the right to life, liberty and security of the person". He advances three main lines of argument in support of this submission.

The first may be described as a reliance on the "single right" theory articulated by Marceau J. in *The Queen v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745 at pp. 773-74. In counsel's submission, the words "the right to life, liberty and security of the person" form a single right with closely inter-related parts and this right relates to matters of death, arrest, detention, physical liberty and physical punishment of the person. Moreover, counsel says, s. 7 only protects persons against the deprivation of that type of right if the deprivation results from a violation of the principles of fundamental justice. This argument by itself does not advance the Minister's case very far since the appellants submit that, even on this restrictive interpretation of s. 7, their rights in relation to matters of death, arrest, detention, physical liberty and physical punishment are indeed affected. Counsel for the appellants took two different approaches in their attempt to demonstrate this.

Mr. Coveney, for the appellant Satnam Singh, and Ms. Jackman for the interveners who support-

l'emploi du mot «Chacun» à l'art. 7 avec les mots utilisés dans d'autres articles, comme par exemple, «Tout citoyen canadien» à l'art. 3, «Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada» au par. 6(2) et «Les citoyens canadiens» à l'art. 23. Il conclut que le mot «Chacun» employé à l'art. 7 vise à englober une catégorie de personnes plus large que les citoyens et les résidents permanents. L'avocat du Ministre admet que «Chacun» est suffisamment général pour inclure les appelants et je suis disposée à accepter que ce mot englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujetti à la loi canadienne.

Cette prémisse étant acceptée, il s'agit alors de savoir si les droits que les appelants tentent de faire valoir sont visés par l'art. 7. L'avocat du Ministre prétend que non. Il soutient que l'exclusion ou le renvoi des appelants du Canada ne porterait pas atteinte au «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de [leur] personne». Il avance trois arguments principaux à l'appui de cette prétention.

Le premier argument peut être décrit comme fondé sur la théorie d'un «seul droit» formulée par le juge Marceau dans l'arrêt *La Reine c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, aux pp. 773 et 774. Selon l'avocat, les termes «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» forment un seul droit constitué de parties intimement reliées et ce droit se rapporte aux questions de mort, d'arrestation, de détention, de liberté physique et de châtement corporel de la personne. L'avocat soutient en outre que l'art. 7 ne protège les personnes contre les atteintes à ce genre de droit que si ces atteintes résultent d'une violation des principes de justice fondamentale. Cet argument en soi n'aide pas beaucoup la cause du Ministre puisque les appelants soutiennent qu'en dépit de cette interprétation restrictive de l'art. 7 leurs droits relatifs aux questions de mort, d'arrestation, de détention, de liberté physique et de châtement corporel sont effectivement touchés. Les avocats des appelants ont adopté deux méthodes différentes pour tenter de démontrer cela.

M<sup>e</sup> Coveney, au nom de l'appelant Satnam Singh, et M<sup>e</sup> Jackman, au nom des intervenants

ed the position of the appellants, took the position that it was inherent in the definition of a Convention refugee that rejection of his right to stay in Canada would affect his right to life, liberty and security of the person in the sense articulated by counsel for the Minister. In other words, because a Convention refugee is, by definition, a person who has a "well-founded fear of persecution", the refusal to give him refuge exposes him to jeopardy of death, significant diminution of his physical liberty or physical punishment in his country of origin.

Mr. Scott, for the other six appellants, took a different approach. He noted that the Act empowers immigration officials physically to detain the appellants both for purposes of examination pursuant to s. 23 or s. 27 and for purposes of removal: see ss. 20(1), 23(3), 23(5), and 104 to 108. He argued that the detention of the appellants by Canadian immigration officials would itself deprive them of personal liberty in this country and it would be a violation of s. 7 to deprive them of this liberty except in accordance with the principles of fundamental justice.

Counsel for the Minister, Mr. Bowie, sought to counter both these arguments. With respect to the first argument, he took the position that s. 7 of the *Charter* affords individuals protection from the action of the legislatures and governments in Canada and its provinces and territories but that it affords no protection against the acts of other persons or foreign governments. He relied on the decision of Pratte J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 2 F.C. 347, who said at p. 349:

The decision of the [Immigration Appeal] Board did not have the effect of depriving the applicant of his right to life, liberty and security of the person. If the applicant is deprived of any of those rights after his return to his own country, that will be as a result of the acts of the authorities or of other persons of that country, not as a direct result of the decision of the Board. In our view, the deprivation of rights referred to in section 7 refers to a deprivation of rights by Canadian authorities applying Canadian laws.

qui ont appuyé la position des appelants, ont prétendu que, de par la définition même d'un réfugié au sens de la Convention, le rejet du droit d'un tel réfugié de demeurer au Canada porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, au sens que lui donne l'avocat du Ministre. En d'autres termes, étant donné qu'un réfugié au sens de la Convention est, par définition, une personne qui «craint avec raison d'être persécutée», le refus de lui accorder refuge a pour effet de l'exposer à un danger de mort, à une diminution importante de sa liberté physique ou à un châtiment corporel dans son pays d'origine.

M<sup>e</sup> Scott qui représente les six autres appelants a adopté un point de vue différent. Il a souligné que la Loi habilite les agents d'immigration à détenir les appelants pour fins d'interrogatoire en vertu de l'art. 23 ou 27 et pour fins de renvoi: voir les par. 20(1), 23(3), 23(5) et les art. 104 à 108. Il a prétendu qu'en soi la détention des appelants par les agents d'immigration canadiens priverait les appelants de leur liberté dans ce pays et qu'il serait contraire à l'art. 7 de les priver de cette liberté à moins que ce ne soit en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'avocat du Ministre, M<sup>e</sup> Bowie, a tenté de réfuter ces deux arguments. En ce qui concerne le premier argument, il a soutenu que l'art. 7 de la *Charte* protège les particuliers contre les actes des législatures et des gouvernements du Canada, de ses provinces et de ses territoires, mais non contre les actes d'autres personnes ou de gouvernements étrangers. Il s'est fondé sur l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 2 C.F. 347, où le juge Pratte affirme, à la p. 349:

La décision de la Commission [d'appel de l'immigration] n'a pas eu pour effet de porter atteinte au droit du requérant à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Si, après avoir regagné son propre pays, le requérant devient victime d'une atteinte à l'un quelconque de ces droits, ce sera par suite d'actes accomplis par les autorités ou par d'autres gens de ce pays; ce ne sera pas une conséquence directe de la décision de la Commission. Selon nous, l'article 7 vise le cas où des autorités canadiennes, dans l'application de lois canadiennes, portent atteinte à ces droits.

With respect to the second line of argument, Mr. Bowie noted that the procedures for detention and removal of individuals under the Act were no different for those claiming refugee status than they were for any other individuals and he argued that those provisions were consistent with the principles of fundamental justice.

It seems to me that in attempting to decide whether the appellants have been deprived of the right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*, we must begin by determining what rights the appellants have under the *Immigration Act, 1976*. As noted earlier, s. 5(1) of the Act excludes from persons other than those described in s. 4 the right to come into or remain in Canada. The appellants therefore do not have such a right. However, the Act does accord a Convention refugee certain rights which it does not provide to others, namely the right to a determination from the Minister based on proper principles as to whether a permit should issue entitling him to enter and remain in Canada (ss. 4(2) and 37); the right not to be returned to a country where his life or freedom would be threatened (s. 55); and the right to appeal a removal order or a deportation order made against him (ss. 72(2)(a), 72(2)(b) and 72(3)).

We must therefore ask ourselves whether the deprivation of these rights constitutes a deprivation of the right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter*. Even if we accept the "single right" theory advanced by counsel for the Minister in interpreting s. 7, I think we must recognize that the "right" which is articulated in s. 7 has three elements: life, liberty and security of the person. As I understand the "single right" theory, it is not suggested that there must be a deprivation of all three of these elements before an individual is deprived of his "right" under s. 7. In other words, I believe that it is consistent with the "single right" theory advanced by counsel to suggest that a deprivation of the appellants' "security of the person", for example, would constitute a deprivation of their "right" under s. 7, whether or not it can also be said that they have been deprived of their lives or

Quant au second argument, M<sup>e</sup> Bowie a fait remarquer que les procédures de détention et de renvoi prévues par la Loi sont les mêmes, qu'il s'agisse de personnes qui revendiquent le statut de réfugié ou de toute autre personne et il a prétendu que ces dispositions sont compatibles avec les principes de justice fondamentale.

Il me semble que, aux fins de décider si on a porté atteinte au droit des appelants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*, nous devons d'abord déterminer quels droits leur sont conférés par la *Loi sur l'immigration de 1976*. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le par. 5(1) de la Loi ne reconnaît qu'aux personnes visées à l'art. 4 le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer. Les appelants ne bénéficient donc pas de ce droit. La Loi accorde cependant à un réfugié au sens de la Convention certains droits qu'elle ne confère pas à d'autres, notamment le droit de demander au Ministre de décider, en vertu de principes appropriés, s'il y a lieu de délivrer un permis l'autorisant à entrer au Canada et à y demeurer (par. 4(2) et art. 37), le droit de ne pas être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées (art. 55) et le droit d'interjeter appel d'une ordonnance de renvoi ou d'une ordonnance d'expulsion rendue contre lui (al. 72(2)a, al. 72(2)b) et par. 72(3)).

Nous devons par conséquent nous demander si l'atteinte à ces droits constitue une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Même si nous acceptons la théorie d'un «seul droit» avancée par l'avocat du Ministre dans son interprétation de l'art. 7, nous devons reconnaître, à mon avis, que le «droit» qui est énoncé à l'art. 7 comporte trois éléments: la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Si je comprends bien la théorie d'un «seul droit», on ne laisse pas entendre qu'il doit y avoir atteinte à ces trois éléments pour qu'il y ait atteinte au «droit» que confère à une personne l'art. 7. En d'autres termes, je crois que la théorie d'un «seul droit» avancée par l'avocat permet de dire que l'atteinte à la «sécurité de la personne» des appelants, par exemple, constitue une atteinte au «droit» que leur confère l'art. 7, qu'il soit également possible ou non d'affirmer qu'il y a eu

liberty. Rather, as I understand it, the “single right” theory is advanced in support of a narrow construction of the words “life”, “liberty” and “security of the person” as different aspects of a single concept rather than as separate concepts each of which must be construed independently.

Certainly, it is true that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning. The Fourteenth Amendment to the United States Constitution provides in part “... nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law...”. In *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972) at p. 572, Stewart J. articulated the notion of liberty as embodied in the Fourteenth Amendment in the following way:

“While this Court has not attempted to define with exactness the liberty... guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized... as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.” *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of “liberty” must be broad indeed. See, e.g., *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

The “single right” theory advanced by counsel for the Minister would suggest that this conception of “liberty” is too broad to be employed in our interpretation of s. 7 of the *Charter*. Even if this submission is sound, however, it seems to me that it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the “right” contained in s. 7.

To return to the facts before the Court, it will be recalled that a Convention refugee is by definition

atteinte à leur vie ou à leur liberté. Si je comprends bien, la théorie d’un «seul droit» est soumise à l’appui d’une interprétation stricte des mots «vie», «liberté» et «sécurité de sa personne» comme constituant différents aspects d’un seul concept plutôt que comme constituant des concepts distincts dont chacun doit être interprété séparément.

Il est certain que les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions. Le Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis prévoit notamment: [TRADUCTION] «... et aucun État n’a le droit de porter atteinte à la vie, à la liberté ou aux biens d’une personne sans l’application régulière de la loi...». Dans l’arrêt *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, le juge Stewart a expliqué ainsi la notion de liberté incorporée dans le Quatorzième amendement:

[TRADUCTION] «Même si cette Cour n’a pas tenté de définir avec exactitude la liberté... garantie [par le Quatorzième amendement], ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s’entend sans aucun doute non seulement de l’absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d’acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d’élever des enfants, d’adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps... comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.» *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la constitution d’un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme «liberté» doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

La théorie d’un «seul droit» avancée par l’avocat du Ministre laisse entendre que cette conception de la «liberté» est trop large pour être utilisée dans notre interprétation de l’art. 7 de la *Charte*. Même si cet argument est valable, il me semble cependant qu’il incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l’art. 7.

Pour revenir aux faits soumis à la Cour, on se rappellera qu’un réfugié au sens de la Convention

a person who has a well-founded fear of persecution in the country from which he is fleeing. In my view, to deprive him of the avenues open to him under the Act to escape from that fear of persecution must, at the least, *impair* his right to life, liberty and security of the person in the narrow sense advanced by counsel for the Minister. The question, however, is whether such an impairment constitutes a “deprivation” under s. 7.

It must be acknowledged, for example, that even if a Convention refugee's fear of persecution is a well-founded one, it does not automatically follow that he will be deprived of his life or his liberty if he is returned to his homeland. Can it be said that Canadian officials have deprived a Convention refugee of his right to life, liberty and security of the person if he is wrongfully returned to a country where death, imprisonment or another form of persecution *may* await him? There may be some merit in counsel's submission that closing off the avenues of escape provided by the Act does not *per se* deprive a Convention refugee of the right to life or to liberty. It may result in his being deprived of life or liberty by others, but it is not certain that this will happen.

I cannot, however, accept the submission of counsel for the Minister that the denial of the rights possessed by a Convention refugee under the Act does not constitute a deprivation of his security of the person. Like “liberty”, the phrase “security of the person” is capable of a broad range of meaning. The phrase “security of the person” is found in s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* and its interpretation in that context might have assisted us in its proper interpretation under the *Charter*. Unfortunately no clear meaning of the words emerges from the case law, although the phrase has received some mention in cases such as *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at pp. 628-34 (*per* Laskin C.J. dissenting); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; and *R. v. Berrie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 66, at p. 70. The Law Reform Commission, in its Working Paper No. 26,

est par définition une personne qui craint avec raison d'être persécutée dans le pays qu'elle fuit. À mon avis, si on la prive des moyens que lui offre la Loi d'échapper à cette crainte d'être persécutée, cela a pour effet tout au moins de *porter atteinte* à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne suivant le sens strict proposé par l'avocat du Ministre. Il s'agit cependant de savoir si une telle atteinte constitue une «atteinte» au sens de l'art. 7.

On doit reconnaître, par exemple, que même si un réfugié au sens de la Convention craint avec raison d'être persécuté, il ne s'ensuit pas automatiquement que l'on portera atteinte à sa vie ou à sa liberté s'il est renvoyé dans son pays. Peut-on dire que les fonctionnaires canadiens portent atteinte au droit d'un réfugié au sens de la Convention à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne s'il est renvoyé à tort dans un pays où il *peut* être menacé de mort, d'emprisonnement ou d'une autre forme de persécution? L'argument de l'avocat, selon lequel le refus d'accorder les recours prévus par la Loi ne porte pas atteinte en soi au droit à la vie ou à la liberté que possède un réfugié au sens de la Convention, peut être valable dans une certaine mesure. Il peut en résulter que quelqu'un d'autre porte atteinte à sa vie ou à sa liberté, mais il n'est pas certain que cela se produira.

Toutefois, je ne puis accepter la prétention de l'avocat du Ministre selon laquelle la négation des droits que la Loi confère à un réfugié au sens de la Convention ne constitue pas une atteinte à la sécurité de sa personne. Comme le mot «liberté», l'expression «sécurité de sa personne» peut avoir plusieurs sens. L'expression «sécurité de la personne» figure à l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* et son interprétation dans ce contexte aurait peut-être pu nous aider à l'interpréter correctement dans le contexte de la *Charte*. Malheureusement, la jurisprudence ne précise pas le sens de ces termes, même si l'expression a été mentionnée jusqu'à un certain point dans des arrêts comme *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, aux pp. 628 à 634 (le juge en chef Laskin, dissident), *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, et *R. v. Berrie* (1975), 24 C.C.C. (2d)



*Medical Treatment and Criminal Law* (1980), suggested at p. 6 that:

The right to security of the person means not only protection of one's physical integrity, but the provision of necessities for its support.

The Commission went on to describe the provision of necessities in terms of art. 25, para. 1 of the *Universal Declaration of Human Rights* (1948) which reads:

Every one has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age, or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

Commentators have advocated the adoption of a similarly broad conception of "security of the person" in the interpretation of s. 7 of the *Charter*: see Garant, "Fundamental Freedoms and Natural Justice", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), at pp. 264-65, 271-74; Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), at pp. 249-54.

For purposes of the present appeal it is not necessary, in my opinion, to consider whether such an expansive approach to "security of the person" in s. 7 of the *Charter* should be taken. It seems to me that even if one adopts the narrow approach advocated by counsel for the Minister, "security of the person" must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself. I note particularly that a Convention refugee has the right under s. 55 of the Act not to "... be removed from Canada to a country where his life or freedom would be threatened ...". In my view, the denial of such a right must amount to a deprivation of security of the person within the meaning of s. 7.

66, à la p. 70. Dans son document de travail n° 26 intitulé *Le traitement médical et le droit criminel* (1980), la Commission de réforme du droit précise, aux pp. 6 et 7:

<sup>a</sup> Le droit à la sécurité de la personne signifie non seulement la protection de l'intégrité physique, mais encore le droit aux choses nécessaires à la vie . . .

<sup>b</sup> La Commission définit ensuite le droit aux choses nécessaires à la vie en fonction du par. 1 de l'art. 25 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) qui prévoit:

<sup>c</sup> Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

<sup>d</sup> Des glossateurs ont également préconisé l'adoption d'une conception large semblable de la «sécurité de sa personne» pour les fins de l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*. Voir Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle», Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), aux pp. 336, 337 et 345 à 349; Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), aux pp. 249 à 254.

<sup>e</sup> Pour les fins de l'espèce, il n'est pas nécessaire, à mon avis, de se demander si on doit adopter une interprétation aussi large de l'expression «sécurité de sa personne» employée à l'art. 7 de la *Charte*. Il me semble que même si on adopte l'interprétation stricte préconisée par l'avocat du Ministre, l'expression «sécurité de sa personne» doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même. Je constate, en particulier, qu'un réfugié au sens de la Convention a le droit, en vertu de l'art. 55 de la Loi, de ne pas «... être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées...». À mon avis, la négation d'un tel droit ne peut que correspondre à une atteinte à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7.

This approach receives support from at least one lower court decision applying s. 7 of the *Charter*. In *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, the applicant before the Trial Division of the Federal Court applied for *certiorari* to quash a decision made by the respondent to have him transferred from a medium security to a maximum security prison. He argued that the transfer endangered his "security of the person" and since it was not made in accordance with the principles of fundamental justice, his rights under s. 7 had been infringed. At page 239, Décarry J. stated:

... such detention, by increasing the applicant's anxiety as to his state of health, is likely to make his illness worse and, by depriving him of access to adequate medical care, it is in fact an impairment of the security of his person.

It is noteworthy that the applicant had not demonstrated that his health had been impaired; he merely showed that it was likely that his health would be impaired. This was held to be sufficient to constitute a deprivation of the right to security of the person under the circumstances.

It must be recognized that the appellants are not at this stage entitled to assert rights as Convention refugees; their claim is that they are entitled to fundamental justice in the determination of whether they are Convention refugees or not. From some of the cases dealing with the application of the *Canadian Bill of Rights* to the determination of the rights of individuals under immigration legislation it might be suggested that whatever procedures the legislation itself sets out for the determination of rights constitute "due process" for purposes of s. 1(a) and "fundamental justice" for purposes of s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*: see *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, *supra*, at p. 383; *Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, [1961] S.C.R. 376, at pp. 381-83; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, [1961] S.C.R. 70; Cf. *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950), at p. 544. As Professor Tarnopolsky (as he then was) observed

Ce point de vue est appuyé par au moins une décision d'une cour d'instance inférieure concernant l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'affaire *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, le requérant a demandé un bref de *certiorari* à la Division de première instance de la Cour fédérale en vue d'obtenir l'annulation de la décision de l'intimé de le faire transférer d'un pénitencier à sécurité moyenne à un pénitencier à sécurité maximale. Il a prétendu que le transfèrement mettait en danger la «sécurité de sa personne» et qu'il portait atteinte aux droits que lui confère l'art. 7 parce qu'il n'était pas fait en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le juge Décarry affirme, à la p. 239:

... cette détention, en augmentant l'anxiété du requérant due à son état de santé, risque d'aggraver sa maladie et en le privant d'accès à des soins médicaux adéquats, elle porte atteinte effectivement à la sécurité de sa personne.

Il convient de souligner que le requérant n'a pas établi qu'il y avait eu détérioration de sa santé; il a simplement démontré qu'il y aurait probablement détérioration de sa santé. On a jugé que, dans les circonstances, cela était suffisant pour constituer une atteinte au droit à la sécurité de sa personne.

On doit reconnaître qu'à ce stade les appelants ne peuvent pas invoquer des droits de réfugié au sens de la Convention; ils prétendent avoir droit à l'application des principes de justice fondamentale lorsqu'il s'agit de reconnaître s'ils sont des réfugiés au sens de la Convention. Certains arrêts portant sur l'application de la *Déclaration canadienne des droits* à la détermination des droits conférés aux particuliers par la législation en matière d'immigration pourraient laisser entendre que, quelle que soit la procédure que la loi elle-même prescrit au sujet de la détermination des droits, cette procédure constitue une «application régulière de la loi» au sens de l'al. 1a) et est conforme à la «justice fondamentale» dont il est question à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*: voir *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, précité, à la p. 383; *Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, [1961] R.C.S. 376, aux pp. 381 à 383; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, [1961] R.C.S. 70; *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950), à la p. 544. Comme

in his text *The Canadian Bill of Rights* (2nd ed. 1975) at p. 273:

The courts have consistently held that immigration is a privilege, and not a right.

The creation of a dichotomy between privileges and rights played a significant role in narrowing the scope of the application of the *Canadian Bill of Rights*, as is apparent from the judgment of Martland J. in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570. At page 588 Martland J. said:

The appellant also relies upon s. 2(e) of the *Bill of Rights*, which provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations. In the *McCaud* case [[1965] 1 C.C.C. 168] Spence J., whose view was adopted unanimously on appeal, held that the provisions of s. 2(e) do not apply to the question of the revocation of parole under the provisions of the *Parole Act*.

The appellant had no right to parole. He was granted parole as a matter of discretion by the Parole Board. He had no right to remain on parole. His parole was subject to revocation at the absolute discretion of the Board.

I do not think this kind of analysis is acceptable in relation to the *Charter*. It seems to me rather that the recent adoption of the *Charter* by Parliament and nine of the ten provinces as part of the Canadian constitutional framework has sent a clear message to the courts that the restrictive attitude which at times characterized their approach to the *Canadian Bill of Rights* ought to be re-examined. I am accordingly of the view that the approach taken by Laskin C.J. dissenting in *Mitchell* is to be preferred to that of the majority as we examine the question whether the *Charter* has any application to the adjudication of rights granted to an individual by statute.

In *Mitchell* the issue was whether the *Canadian Bill of Rights* required s. 16(1) of the *Parole Act* to be interpreted so as to require the Parole Board to provide a parolee with a fair hearing before revoking his parole. Laskin C.J. focussed on the

l'a fait remarquer le professeur Tarnopolsky (tel était alors son titre) dans son texte intitulé *The Canadian Bill of Rights* (2nd ed., 1975), à la p. 273:

[TRANSDUCTION] Les tribunaux ont constamment décidé que l'immigration est un privilège et non un droit.

La dichotomie entre privilèges et droits a contribué de façon importante à restreindre l'application de la *Déclaration canadienne des droits*, comme il ressort des motifs du juge Martland dans l'arrêt *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, lequel affirme, à la p. 588:

L'appellant s'appuie aussi sur l'al. e) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* qui prévoit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations. Dans l'arrêt *McCaud* [[1965] 1 C.C.C. 168], le juge Spence à l'opinion duquel la Cour a unanimement souscrit en appel, a décidé que les dispositions de l'al. e) de l'art. 2 ne s'appliquent pas à la révocation des libérations conditionnelles en vertu des dispositions de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

L'appellant n'avait aucun droit à une libération conditionnelle. Elle lui a été octroyée à la discrétion de la Commission des libérations conditionnelles. Il n'avait aucun droit de demeurer en liberté à ce titre. Sa libération conditionnelle était susceptible de révocation à la discrétion absolue de la Commission.

Je ne crois pas que ce genre d'analyse soit acceptable en ce qui concerne la *Charte*. Il me semble plutôt que l'adoption récente de la *Charte* par le Parlement et neuf des dix provinces, comme partie de la Constitution canadienne, a clairement indiqué aux tribunaux qu'ils devraient réexaminer l'attitude restrictive qu'ils ont parfois adoptée en abordant la *Déclaration canadienne des droits*. Je suis par conséquent d'avis qu'il faut préférer le point de vue adopté, en dissidence, par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Mitchell* à celui de la majorité lorsqu'il s'agit de savoir si la *Charte* s'applique à la détermination des droits conférés par la loi à un particulier.

Dans l'affaire *Mitchell*, il s'agissait de savoir si, en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, le par. 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* devait être interprété de manière à exiger de la Commission des libérations condi-

consequences of the revocation of parole for the individual and concluded that parole could not be characterized as a "mere privilege" even although the parolee had no absolute right to be released from prison. He said at p. 585:

Between them, s. 2(c)(i) and s. 2(e) [of the *Canadian Bill of Rights*] call for at least minimum procedural safeguards in parole administration where revocation is involved, despite what may be said about the confidentiality and sensitiveness of the parole system.

It seems to me that the appellants in this case have an even stronger argument to make than the appellant in *Mitchell*. At most Mr. Mitchell was entitled to a hearing from the Parole Board concerning the revocation of his parole and a decision from the Board based on proper considerations as to whether to continue his parole or not. He had no statutory right to the parole itself; rather he had a right to proper consideration of whether he was entitled to remain on parole. By way of contrast, if the appellants had been found to be Convention refugees as defined in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976* they would have been entitled as a matter of law to the incidents of that status provided for in the Act. Given the potential consequences for the appellants of a denial of that status if they are in fact persons with a "well-founded fear of persecution", it seems to me unthinkable that the *Charter* would not apply to entitle them to fundamental justice in the adjudication of their status.

Given this conclusion, it is perhaps unnecessary to address Mr. Scott's line of argument in detail. I must, however, acknowledge some reluctance to adopt his analogy from American law that persons who are inside the country are entitled to the protection of the *Charter* while those who are merely seeking entry to the country are not. In the

tionnelles qu'elle accorde une audition impartiale à la personne en liberté conditionnelle avant de révoquer sa libération conditionnelle. Le juge en chef Laskin a mis l'accent sur les conséquences, pour  
 a l'intéressé, de la révocation de sa libération conditionnelle et il a conclu qu'on ne pouvait pas qualifier cette libération de «simple privilège», même si la personne en liberté conditionnelle n'avait aucun droit absolu d'être mise en liberté. Voici ce qu'il  
 b affirme, à la p. 585:

Mis ensemble, les al. c)(i) et e) de l'art. 2 [de la *Déclaration canadienne des droits*] exigent que, pour la révocation de la libération conditionnelle, la procédure offre un minimum de garanties, quoi que l'on puisse dire  
 c du caractère confidentiel et délicat du régime de libération conditionnelle.

Il me semble que les appelants en l'espèce disposent d'un argument encore plus solide que celui de  
 d l'appelant dans l'affaire *Mitchell*. M. Mitchell avait droit tout au plus à ce que la Commission des libérations conditionnelles tiende une audition concernant la révocation de sa libération conditionnelle et à ce qu'elle décide, à partir de considérations pertinentes, si elle devait maintenir sa libération conditionnelle. La Loi ne lui accordait aucun droit à la libération conditionnelle elle-même; il avait plutôt droit à un examen approprié  
 e de la question de savoir s'il pouvait demeurer en liberté conditionnelle. Par contre, si les appelants avaient été déclarés réfugiés au sens de la Convention suivant la définition du par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, ils auraient eu droit aux  
 f privilèges de ce statut prévus dans la Loi. Étant donné les conséquences que la négation de ce statut peut avoir pour les appelants si ce sont effectivement des personnes «craignant avec raison  
 g d'être persécutée[s]», il me semble inconcevable  
 h que la *Charte* ne s'applique pas de manière à leur donner le droit de bénéficier des principes de justice fondamentale dans la détermination de leur statut.

Vu cette conclusion, il est peut-être inutile  
 i d'examiner en détail les arguments de M<sup>e</sup> Scott. Je dois cependant admettre que j'hésite quelque peu à adopter son analogie avec le droit américain selon  
 j laquelle les personnes qui se trouvent à l'intérieur du pays ont droit à la protection de la *Charte* tandis que celles qui demandent simplement l'au-

first place, it should be noted that the presence in this country of four of the appellants who were refused entry when they arrived in Canada is due only to the fact that the Act provides for a mechanism for their release from detention. As Ms. Jackman pointed out, a rule which provided *Charter* protection to refugees who succeeded in entering the country but not to those who were seeking admission at a port of entry would be to reward those who sought to evade the operation of our immigration laws over those who presented their cases openly at the first available opportunity.

An equally serious objection, it seems to me, is that the American rule does not differentiate between the special status statutorily accorded to Convention refugees who are present in this country and the status of other individuals who are seeking to enter or remain in Canada. As I understand the American law, the constitutional protection of the Fifth and Fourteenth Amendments has long been available to aliens whom the government is seeking to remove from the United States (*The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903)) but such protection is not available to those seeking entry which the government has decided to refuse (*U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, *supra*). The rationale of this distinction as articulated in *Knauff* and more fully in *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953) at p. 210, is that "Courts have long recognized the power to expel or exclude aliens as a fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments largely immune from judicial control". Seen in this sense, the deference which American courts have shown to the political branches of government in the field of immigration has been described as one aspect of the political questions doctrine: see Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis" (1966), 75 *Yale L.J.* 517, at pp. 578-83.

torisation d'entrer n'y ont pas droit. En premier lieu, on doit souligner que la présence dans ce pays de quatre des appelants qui se sont vu refuser l'entrée au Canada est uniquement due au fait que la Loi prévoit un mécanisme permettant leur mise en liberté. Comme l'a fait remarquer M<sup>e</sup> Jackman, une règle accordant la protection de la *Charte* aux réfugiés qui réussissent à entrer au pays et non à ceux qui demandent leur admission à un point d'entrée équivaldrait à récompenser ceux qui ont cherché à se soustraire à l'application de nos lois sur l'immigration au détriment de ceux qui ont soumis leur cas ouvertement à la première occasion.

On peut également objecter, me semble-t-il, que la règle américaine ne fait pas la différence entre le statut spécial que la Loi accorde aux réfugiés au sens de la Convention qui se trouvent dans ce pays et le statut des autres personnes qui cherchent à entrer au Canada ou à y demeurer. Si je comprends bien le droit américain, les étrangers que le gouvernement cherche à renvoyer des États-Unis bénéficient depuis longtemps de la protection constitutionnelle des Cinquième et Quatorzième amendements (*The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903)), mais les personnes qui demandent l'autorisation d'entrer et que le gouvernement refuse de laisser entrer ne jouissent pas de cette protection (*U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, précité). Cette distinction faite dans l'arrêt *Knauff* et précisée dans l'arrêt *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953), à la p. 210, s'explique par le fait que [TRADUCTION] «les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le pouvoir d'expulser les étrangers comme un attribut fondamental de la souveraineté exercée par les ministères politiques gouvernementaux qui échappent en grande partie au contrôle judiciaire». En ce sens, le respect que les tribunaux américains manifestent envers les organes politiques gouvernementaux dans le domaine de l'immigration a été décrit comme un aspect de la doctrine des questions politiques: voir l'article de Scharpf, «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis» (1966), 75 *Yale L.J.* 517, aux pp. 578 à 583.

Two observations about this approach will suffice for present purposes. The first is that recently the United States Supreme Court has been more reluctant to employ the political questions doctrine to provide the executive and legislative branches of government with an unreviewable authority over the regulation of aliens: see *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 77 L Ed 2d 317 (1983), at pp. 338-40 (*per* Burger C.J.) Second, and more importantly, it seems to me that in the Canadian context Parliament has in the *Immigration Act, 1976* made many of the "political" determinations which American courts have been justifiably reluctant to attempt to get involved in themselves. On these appeals this Court is being asked by the appellants to accept that the substantive rights of Convention refugees have been determined by the *Immigration Act, 1976* itself and the Court need concern itself only with the question whether the procedural scheme set up by the Act for the determination of that status is consistent with the requirements of fundamental justice articulated in s. 7 of the *Charter*. I see no reason why the Court should limit itself in this inquiry or establish distinctions between classes of refugee claimants which are not mandated by the Act itself. It is unnecessary for the Court to consider what it would do if it were asked to engage in a larger inquiry into the substantive rights conferred in the Act.

In summary, I am of the view that the rights which the appellants are seeking to assert are ones which entitle them to the protection of s. 7 of the *Charter*. It is necessary therefore to consider whether the procedures for the determination of refugee status as set out in the Act accord with fundamental justice.

(b) *Is Fundamental Justice Denied by the Procedures for the Determination of Convention Refugee Status set out in the Act?*

All counsel were agreed that at a minimum the concept of "fundamental justice" as it appears in s. 7 of the *Charter* includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v.*

Pour les fins du présent litige, il suffit de faire deux observations à ce sujet. En premier lieu, la Cour suprême des États-Unis a hésité davantage, au cours des dernières années, à invoquer la doctrine des questions politiques pour conférer aux pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement un pouvoir de réglementation sur les étrangers qui ne soit pas susceptible d'examen: voir l'arrêt *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 77 L Ed 2d 317 (1983), aux pp. 338 à 340 (le juge en chef Burger). Quant à ma seconde observation qui est plus importante, il me semble que dans le contexte canadien le législateur a, dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, pris un grand nombre de décisions «politiques» dans lesquelles les tribunaux américains ont hésité, à juste titre, à s'engager. En l'espèce, les appelants demandent à cette Cour de reconnaître que les droits fondamentaux des réfugiés au sens de la Convention sont déterminés par la *Loi sur l'immigration de 1976* elle-même et, selon eux, la Cour doit se contenter d'examiner la question de savoir si le système de procédure de reconnaissance de ce statut établi par la Loi est compatible avec les exigences de justice fondamentale énoncées à l'art. 7 de la *Charte*. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait s'imposer des limites dans cet examen ou établir des distinctions non prescrites par la Loi elle-même entre les catégories de personnes qui revendiquent le statut de réfugié. La Cour n'a pas à se demander ce qu'elle ferait si on lui demandait d'examiner de façon plus approfondie les droits fondamentaux conférés par la Loi.

En résumé, je suis d'avis que les droits que cherchent à faire valoir les appelants leur permettent de bénéficier de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Il est donc nécessaire de se demander si la procédure de reconnaissance du statut de réfugié énoncée dans la Loi est conforme à la justice fondamentale.

b) *La procédure énoncée dans la Loi concernant la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention constitue-t-elle un déni de justice fondamentale?*

Tous les avocats s'entendent pour dire que la notion de «justice fondamentale» qui figure à l'art. 7 de la *Charte* englobe au moins la notion d'équité en matière de procédure énoncée par le juge en

*The Queen*, [1972] S.C.R. 917. At page 923 he said:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

Do the procedures set out in the Act for the adjudication of refugee status claims meet this test of procedural fairness? Do they provide an adequate opportunity for a refugee claimant to state his case and know the case he has to meet? This seems to be the question we have to answer and, in approaching it, I am prepared to accept Mr. Bowie's submission that procedural fairness may demand different things in different contexts: see *Martineau, supra*, at p. 630. Thus it is possible that an oral hearing before the decision-maker is not required in every case in which s. 7 of the *Charter* is called into play. However, I must confess to some difficulty in reconciling Mr. Bowie's argument that an oral hearing is not required in the context of this case with the interpretation he seeks to put on s. 7. If "the right to life, liberty and security of the person" is properly construed as relating only to matters such as death, physical liberty and physical punishment, it would seem on the surface at least that these are matters of such fundamental importance that procedural fairness would invariably require an oral hearing. I am prepared, nevertheless, to accept for present purposes that written submissions may be an adequate substitute for an oral hearing in appropriate circumstances.

I should note, however, that even if hearings based on written submissions are consistent with the principles of fundamental justice for some purposes, they will not be satisfactory for all purposes. In particular, I am of the view that where a

chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917. Celui-ci affirme, à la p. 923:

En vertu de l'art. 2e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

La procédure d'arbitrage des revendications du statut de réfugié énoncée dans la Loi satisfait-elle à ce critère d'équité en matière de procédure? Offre-t-elle à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver? Il semble que ce soit là la question à laquelle nous devons répondre et, en l'abordant, je suis disposée à accepter la prétention de M<sup>e</sup> Bowie selon laquelle les exigences de l'équité en matière de procédure peuvent varier selon les circonstances: voir l'arrêt *Martineau*, précité, à la p. 630. Il est donc possible qu'une audition devant l'instance décisionnelle ne soit pas requise dans tous les cas où l'on invoque l'art. 7 de la *Charte*. Je dois cependant reconnaître qu'il m'est difficile de concilier l'argument de M<sup>e</sup> Bowie, selon lequel une audition n'est pas requise dans les circonstances de la présente affaire, avec l'interprétation qu'il cherche à donner à l'art. 7. Si on considère à juste titre que «le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» porte uniquement sur des questions comme la mort, la liberté physique et le châtement corporel, il semblerait, du moins à première vue, qu'il s'agisse là de questions d'une importance si fondamentale que l'équité en matière de procédure exigerait immanquablement la tenue d'une audition. Je suis néanmoins disposée à accepter, pour les fins de l'espèce, que des observations écrites peuvent être un substitut adéquat à une audition dans des circonstances appropriées.

Je ferai cependant remarquer que, même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction dans tous les cas. Je pense en particu-

serious issue of credibility is involved, fundamental justice requires that credibility be determined on the basis of an oral hearing. Appellate courts are well aware of the inherent weakness of written transcripts where questions of credibility are at stake and thus are extremely loath to review the findings of tribunals which have had the benefit of hearing the testimony of witnesses in person: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-08 (*per* Ritchie J.) I find it difficult to conceive of a situation in which compliance with fundamental justice could be achieved by a tribunal making significant findings of credibility solely on the basis of written submissions.

As I have suggested, the absence of an oral hearing need not be inconsistent with fundamental justice in every case. My greatest concern about the procedural scheme envisaged by ss. 45 to 48 and 70 and 71 of the *Immigration Act, 1976* is not, therefore, with the absence of an oral hearing in and of itself, but with the inadequacy of the opportunity the scheme provides for a refugee claimant to state his case and know the case he has to meet. Mr. Bowie argued that since the procedure under s. 45 was an administrative one, it was quite proper for the Minister and the Refugee Status Advisory Committee to take into account policy considerations and information about world affairs to which the refugee claimant had no opportunity to respond. However, in my view the proceedings before the Immigration Appeal Board were quasi-judicial and the Board was not entitled to rely on material outside the record which the refugee claimant himself submitted on his application for redetermination: see *Permaul v. Minister of Employment and Immigration* (unreported judgment of the Federal Court of Appeal, No. A-576-83, dated November 24, 1983); *Saraos v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 304, at pp. 308-09. Mr. Bowie submitted that there was no case against the refugee claimant at that stage; it was merely his responsibility to make a written submission which demonstrated on the balance of probabilities that he would be able to establish his claim at a hearing. If the applicant failed to bring forward the requisite facts his claim

lier que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition. Les cours d'appel sont bien conscientes de la faiblesse inhérente des transcriptions lorsque des questions de crédibilité sont en jeu et elles sont donc très peu disposées à réviser les conclusions des tribunaux qui ont eu l'avantage d'entendre les témoins en personne: voir l'arrêt *Stein c. Le navire "Kathy K"*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 à 808 (le juge Ritchie). Je puis difficilement concevoir une situation où un tribunal peut se conformer à la justice fondamentale en tirant, uniquement à partir d'observations écrites, des conclusions importantes en matière de crédibilité.

Comme je l'ai indiqué, il n'est pas nécessaire que l'absence d'audition soit, dans tous les cas, incompatible avec la justice fondamentale. Ma plus grande préoccupation au sujet du système de procédure envisagé par les art. 45 à 48 et 70 et 71 de la *Loi sur l'immigration de 1976* n'est donc pas l'absence d'audition en soi, mais plutôt l'insuffisance de la possibilité qu'il offre à la personne qui revendique le statut de réfugié d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver. M<sup>e</sup> Bowie a prétendu que, puisque la procédure prévue à l'art. 45 est de nature administrative, il était tout à fait approprié que le Ministre et le comité consultatif sur le statut de réfugié prennent en considération des questions de politique et des renseignements sur les affaires internationales, auxquels la personne qui revendique le statut de réfugié n'a pas eu la possibilité de répondre. Cependant, j'estime que les procédures devant la Commission d'appel de l'immigration étaient de nature quasi judiciaire et que la Commission n'avait pas le droit de se fonder sur des documents qui ne faisaient pas partie du dossier que la personne qui revendique le statut de réfugié a soumis elle-même lorsqu'elle a demandé un réexamen: voir *Permaul c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (arrêt inédit de la Cour d'appel fédérale, n<sup>o</sup> A-576-83, en date du 24 novembre 1983), *Saraos c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 304, aux pp. 308 et 309. M<sup>e</sup> Bowie a fait valoir qu'à ce stade il n'y avait aucune preuve contre la personne qui revendique le statut de réfugié; celle-ci était sim-



would not be allowed to proceed, but there was nothing fundamentally unfair in this procedure.

It seems to me that the basic flaw in Mr. Bowie's characterization of the procedure under ss. 70 and 71 is his description of the procedure as non-adversarial. It is in fact highly adversarial but the adversary, the Minister, is waiting in the wings. What the Board has before it is a determination by the Minister based in part on information and policies to which the applicant has no means of access that the applicant for redetermination is not a Convention refugee. The applicant is entitled to submit whatever relevant material he wishes to the Board but he still faces the hurdle of having to establish to the Board that on the balance of probabilities the Minister was wrong. Moreover, he must do this without any knowledge of the Minister's case beyond the rudimentary reasons which the Minister has decided to give him in rejecting his claim. It is this aspect of the procedures set out in the Act which I find impossible to reconcile with the requirements of "fundamental justice" as set out in s. 7 of the *Charter*.

It is perhaps worth noting that if the Immigration Appeal Board allows a redetermination hearing to proceed pursuant to s. 71(1), the Minister is entitled pursuant to s. 71(2) to notice of the time and place of the hearing and a reasonable opportunity to be heard. It seems to me that, as a matter of fundamental justice, a refugee claimant would be entitled to discovery of the Minister's case prior to such a hearing. It must be acknowledged, of course, that some of the information upon which the Minister's case would be based might be subject to Crown privilege. But the courts are well able to give the applicant relief if the Minister attempts to make an overly broad assertion of

plemment tenue de présenter des observations écrites qui, suivant la prépondérance des probabilités, démontreraient qu'elle serait en mesure d'établir le bien-fondé de sa revendication au cours d'une  
 a audition. Si le requérant ne soumet pas les faits requis, sa demande ne peut suivre son cours, mais cette procédure ne comporte rien de fondamentalement injuste.

b Il me semble que M<sup>e</sup> Bowie commet une erreur fondamentale lorsqu'il décrit la procédure prévue aux art. 70 et 71 comme étant non contradictoire. En fait, il s'agit d'une procédure hautement contradictoire mais la partie adverse, c'est-à-dire le  
 c Ministre, attend dans la coulisse. Ce dont la Commission est saisie est une décision du Ministre, fondée en partie sur des renseignements et des politiques auxquels le requérant n'a aucun moyen  
 d d'accès, portant que la personne qui demande un réexamen n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant a le droit de soumettre à la Commission tous les documents pertinents qu'il souhaite mais il est quand même tenu de prouver à  
 e la Commission que, suivant la prépondérance des probabilités, le Ministre a commis une erreur. Qui plus est, il doit le faire sans connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre, mis à part les  
 f raisons sommaires que celui-ci a décidé de lui communiquer en rejetant sa revendication. C'est cet aspect de la procédure prévue dans la Loi que je trouve impossible à concilier avec les exigences de «justice fondamentale» énoncées à l'art. 7 de la  
 g *Charte*.

Il convient peut-être de souligner que, si la Commission d'appel de l'immigration autorise  
 h l'audition d'une demande de réexamen en vertu du par. 71(1), le Ministre a le droit, en vertu du par. 71(2), d'être avisé des date et lieu de l'audition et d'avoir l'occasion de se faire entendre. Il me semble que, du point de vue de la justice fondamentale, la personne qui revendique le statut de  
 i réfugié a le droit d'être informée du contenu du dossier dont dispose le Ministre avant la tenue de cette audition. Il faut bien sûr reconnaître que certains renseignements sur lesquels le Ministre fonde sa preuve peuvent être assujettis au privilège  
 j de Sa Majesté. Toutefois, les tribunaux sont bien

privilege: see *Canada Evidence Act*, 1980-81-82-83 (Can.), c. 111, Schedule III, s. 36.1.

Under the Act as it presently stands, however, a refugee claimant may never have the opportunity to make an effective challenge to the information or policies which underlie the Minister's decision to reject his claim. Because s. 71(1) requires the Immigration Appeal Board to reject an application for redetermination unless it is of the view that it is more likely than not that the applicant will be able to succeed, it is apparent that an application will usually be rejected before the refugee claimant has had an opportunity to discover the Minister's case against him in the context of a hearing. Indeed, given the fact that s. 71(1) resolves any doubt as to whether or not there should be a hearing against the refugee claimant, I find it difficult to see how a successful challenge to the accuracy of the undisclosed information upon which the Minister's decision is based could ever be launched.

I am accordingly of the view that the procedures for determination of refugee status claims as set out in the *Immigration Act, 1976* do not accord refugee claimants fundamental justice in the adjudication of those claims and are thus incompatible with s. 7 of the *Charter*. It is therefore necessary to go forward to the third stage of the inquiry and determine whether the shortcomings of these procedures in relation to the standards set out by s. 7 constitute reasonable limits which can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

(c) *Can the Procedures be Saved under s. 1 of the Charter?*

Section 1 of the *Charter* reads:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

en mesure d'accorder un redressement au requérant si le Ministre tente d'abuser de ce privilège: voir la *Loi sur la preuve au Canada*, 1980-81-82-83 (Can.), chap. 111, annexe III, art. 36.1.

<sup>a</sup> Cependant, vu les dispositions actuelles de la Loi, il se peut que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait jamais l'occasion de contester réellement les renseignements ou politiques sous-jacents à la décision du Ministre de rejeter sa revendication. Étant donné que le par. 71(1) oblige la Commission d'appel de l'immigration à rejeter une demande de réexamen, à moins qu'elle n'estime que le requérant pourra probablement obtenir gain de cause, il est manifeste qu'une demande sera habituellement rejetée avant que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait eu l'occasion de connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre dans le contexte d'une audition. <sup>b</sup> En fait, étant donné que le par. 71(1) dissipe tout doute quant à savoir si la personne qui revendique le statut de réfugié devrait faire l'objet d'une audition, je vois difficilement comment on pourrait <sup>c</sup> contester avec succès l'exactitude des renseignements non divulgués sur lesquels se fonde la décision du Ministre.

Il est donc par conséquent que la procédure d'examen des revendications du statut de réfugié énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* constitue, pour les personnes qui revendiquent le statut de réfugié, un déni de justice fondamentale en ce qui concerne l'arbitrage de ces revendications et qu'elle est de ce fait incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. Il est donc nécessaire de passer à la troisième étape de l'enquête et de déterminer si les lacunes de cette procédure en ce qui concerne les normes énoncées à l'art. 7 constituent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'art. 1 de la *Charte*.

<sup>d</sup> *La procédure peut-elle être sauvée par l'art. 1 de la Charte?*

L'article 1 de la *Charte* prévoit:

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.

It follows, accordingly, that if the limitations on the rights set out in the *Charter* meet the test articulated in s. 1, the *Charter* has not been violated and the Court's remedial powers thereunder are not called into play.

The question of the standards which the Court should use in applying s. 1 is, without a doubt, a question of enormous significance for the operation of the *Charter*. If too low a threshold is set, the courts run the risk of emasculating the *Charter*. If too high a threshold is set, the courts run the risk of unjustifiably restricting government action. It is not a task to be entered upon lightly.

Unfortunately, counsel devoted relatively little time in the course of argument to the principles the Court should espouse in applying s. 1. This is certainly understandable given the complexity of the other issues which are in one sense preliminary to the application of s. 1. It is nevertheless to be regretted. A particular disappointment is the limited scope of the factual material brought forward by the respondent in support of the proposition that the *Immigration Act's* provisions constitute a "reasonable limit" on the appellants' rights. It must be acknowledged that counsel operated under considerable time pressure in the preparation of these appeals and I do not intend these remarks as a criticism of the presentation made to the Court by counsel which was, indeed, extremely valuable. On the other hand, I feel constrained to echo the observations made by Estey J. in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at p. 384, where he said:

As experience accumulates, the law profession and the courts will develop standards and practices which will enable the parties to demonstrate their position under s. 1 and the courts to decide issues arising under that provision. May it only be said here, in the cause of being helpful to those who come forward in similar proceedings, that the record on the s. 1 issue was indeed minimal, and without more, would have made it difficult for a court to determine the issue as to whether a reasonable limit on a prescribed right had been demonstrably justified.

Il s'ensuit donc que, si la limitation des droits énoncée dans la *Charte* satisfait au critère de l'art. 1, la *Charte* n'est pas violée et la Cour n'a pas à intervenir.

La question des normes que doit utiliser la Cour lorsqu'elle applique l'art. 1 revêt, sans aucun doute, une très grande importance pour les fins de l'application de la *Charte*. Si une norme trop faible est établie, les tribunaux risquent d'affaiblir la *Charte*. Si cette norme est trop rigoureuse, ils risquent d'entraver indûment l'action gouvernementale. Ce n'est pas une tâche qu'il faut prendre à la légère.

Malheureusement, au cours de leur argumentation, les avocats ont consacré relativement peu de temps aux principes que la Cour devrait adopter lorsqu'elle applique l'art. 1. Cela se comprend certainement, vu la complexité des autres questions qui, en un sens, doivent être examinées avant d'appliquer l'art. 1. Il faut néanmoins déplorer cette situation et en particulier la portée restreinte des documents factuels présentés par l'intimé à l'appui de la proposition que les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976* constituent une « limite raisonnable » aux droits des appelants. Il faut reconnaître que les avocats ont disposé de très peu de temps pour préparer ces pourvois et je n'entends pas, par ces remarques, critiquer l'exposé des avocats à la Cour qui, en fait, s'est révélé extrêmement utile. D'autre part, je me sens obligée de reprendre les observations formulées par le juge Estey à la p. 384 de l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, où il affirme:

Avec l'expérience, les avocats et les tribunaux établiront des critères et des pratiques qui permettront aux parties de faire la preuve de leurs prétentions relativement à l'art. 1, et aux tribunaux de trancher les questions que cette disposition pourra soulever. Qu'il soit simplement dit ici, dans le but d'aider ceux qui se présenteront dans des procédures analogues, que le dossier portant sur l'art. 1 était effectivement réduit à sa plus simple expression et, à défaut d'autres choses, il aurait difficilement permis à une cour de trancher la question de savoir si on avait démontré que la limite imposée à un droit garanti était raisonnable et justifiée.

Mr. Bowie's submissions on behalf of the Minister with respect to s. 1 were that Canadian procedures with respect to the adjudication of refugee claims had received the approbation of the office of the United Nations High Commissioner for Refugees and that it was not uncommon in Commonwealth and Western European countries for refugee claims to be adjudicated administratively without a right to appeal. He further argued that the Immigration Appeal Board was already subjected to a considerable strain in terms of the volume of cases which it was required to hear and that a requirement of an oral hearing in every case where an application for redetermination of a refugee claim has been made would constitute an unreasonable burden on the Board's resources.

One or two comments are in order respecting this approach to s. 1. It seems to me that it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*. The issue in the present case is not simply whether the procedures set out in the *Immigration Act, 1976* for the adjudication of refugee claims are reasonable; it is whether it is reasonable to deprive the appellants of the right to life, liberty and security of the person by adopting a system for the adjudication of refugee status claims which does not accord with the principles of fundamental justice.

Seen in this light I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*. Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt

En ce qui concerne l'art. 1, M<sup>e</sup> Bowie a fait valoir au nom du Ministre que la procédure suivie au Canada pour statuer sur les revendications du statut de réfugié a reçu l'approbation du bureau du Haut-Commissaire des Nations-Unies pour les réfugiés et qu'il n'est pas rare dans les pays du Commonwealth et de l'Europe de l'Ouest que ces revendications soient tranchées par voie administrative sans droit d'appel. Il a ajouté que la Commission d'appel de l'immigration faisait déjà face à un volume considérable d'affaires qu'elle devait entendre et que ce serait taxer ses ressources de façon déraisonnable que d'exiger la tenue d'une audition dans tous les cas où une demande de réexamen d'une revendication du statut de réfugié est présentée.

Une ou deux observations s'imposent au sujet de l'art. 1. Il est important, me semble-t-il, de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*. La question en l'espèce n'est pas simplement de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* relativement à l'arbitrage des revendications du statut de réfugié est raisonnable; il s'agit de savoir s'il est raisonnable de porter atteinte au droit des appelants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en adoptant un système pour statuer sur les revendications du statut de réfugié qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

À cet égard, je doute énormément que ce genre de considération utilitaire soumise par M<sup>e</sup> Bowie puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*. Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoire s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup

considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. Whatever standard of review eventually emerges under s. 1, it seems to me that the basis of the justification for the limitation of rights under s. 7 must be more compelling than any advanced in these appeals.

Moreover, I am not convinced in light of the submissions made by the appellants that the limitations on the rights of refugee claimants which are imposed by the adjudication procedures of the *Immigration Act, 1976* are reasonable even on the respondent's own terms. It is obvious that there is a considerable degree of dissatisfaction with the present system even on the part of those who administer it. In an address given in Toronto on October 25, 1980, Janet Scott, Q.C., the Chairman of the Immigration Appeal Board made the following remarks:

There is no blinking at the fact that the sections dealing with the Board's jurisdiction in refugee redetermination are highly unsatisfactory. Leaving aside any consideration of natural justice, the system is extremely cumbersome, and when we enter into the sphere of natural justice, open to criticism as unjust.

In September 1980 the Minister of Employment and Immigration established a Task Force on Immigration Practices and Procedures and in November 1981 the Task Force issued a report entitled *The Refugee Status Determination Process*. The Task Force recommended wholesale changes in the procedures employed in the determination of refugee claims, including a recommendation that "A refugee claimant should be entitled to a hearing in every case where the [Refugee Status Advisory Committee] is not prepared to make a positive recommendation on the basis of the transcript" (Report p. xvi). In its conclusion,

de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes. Quelle que soit la norme d'examen qui se dégage finalement de l'art. 1, il me semble que le fondement de la limitation des droits sous le régime de l'art. 7 doit être plus convaincant que ceux qui ont été avancés en l'espèce.

En outre, les arguments présentés par les appelants ne me convainquent pas que les limites imposées aux droits des personnes qui revendiquent le statut de réfugié par la procédure prévue dans la *Loi sur l'immigration de 1976* sont raisonnables même au sens où l'entend l'intimé. Il est évident que le système actuel suscite beaucoup de mécontentement même parmi les personnes qui l'administrent. Dans une allocution prononcée à Toronto le 25 octobre 1980, Janet Scott, c.r., présidente de la Commission d'appel de l'immigration, a fait les remarques suivantes:

[TRADUCTION] C'est un fait que les articles relatifs à la compétence de la Commission en matière de réexamen du statut de réfugié laissent énormément à désirer. Mis à part toute considération de justice naturelle, le système est extrêmement lourd et, lorsque nous abordons le domaine de la justice naturelle, il peut être taxé d'injuste.

Au mois de septembre 1980, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a constitué un groupe d'étude sur les règles et formalités en matière d'immigration et, en novembre 1981, ce groupe d'étude a publié un rapport intitulé *Reconnaissance du statut de réfugié*, dans lequel il recommande une modification systématique de la procédure d'arbitrage des revendications du statut de réfugié, en proposant notamment ce qui suit: «La personne qui revendique le statut de réfugié devrait avoir droit à une audition dans tous les cas où le [comité consultatif sur le statut de réfugié] n'est pas disposé à faire une recommandation posi-

the Task Force discussed the impact of its recommendation that an oral hearing be given in each case. At page 103 the Report states:

In the end, then, the question is one of resources. Would the additional expenditures be warranted? How does one do a cost-benefit analysis where the "benefit" is to be found in vague concepts, such as "fairness" and "justice"? One approach may be to canvass other forms of adjudication by federal tribunals and compare the significance of their decisions and the kinds of hearings which they offer with those of the refugee determination process. Without referring to specific bodies or in any way denigrating the importance of their work, the impact of their decisions often pales in comparison to refugee determination. Yet they generally offer far more in the way of procedural fairness.

Even if the cost of compliance with fundamental justice is a factor to which the courts would give considerable weight, I am not satisfied that the Minister has demonstrated that this cost would be so prohibitive as to constitute a justification within the meaning of s. 1. Though it is tempting to make observations about what factors might give rise to justification under s. 1, and on the standards of review which should be applied with respect to s. 1, I think it would be unwise to do so. I therefore confine my observations on the application of s. 1 to those necessary for the disposition of the appeals.

To recapitulate, I am persuaded that the appellants are entitled to assert the protection of s. 7 of the *Charter* in the determination of their claims to Convention refugee status under the *Immigration Act, 1976*. I am further persuaded that the procedures under the Act as they were applied in these cases do not meet the requirements of fundamental justice under s. 7 and that accordingly the appellants' rights under s. 7 were violated. Finally, I believe that the respondent has failed to demonstrate that the procedures set out in the Act constitute a reasonable limit on the appellants' rights within the meaning of s. 1 of the *Charter*. I would accordingly allow the appeals. In so doing I

active se fondant sur la copie de l'interrogatoire» (page xviii du rapport). Dans sa conclusion, le groupe d'étude a examiné l'effet de sa recommandation qu'une audition soit accordée dans tous les cas. Voici ce que l'on dit à la p. 121 du rapport:

La question qu'il faut finalement se poser à trait aux ressources. Serait-il justifié d'augmenter les dépenses? Comment peut-on faire une analyse de rentabilité lorsque les «avantages» du processus se trouvent dans des notions abstraites comme la «justice» et l'«impartialité»? On pourrait analyser d'autres formes d'arbitrage adoptées par les tribunaux fédéraux et comparer l'importance de leurs décisions et le genre d'audition accordé avec le processus de reconnaissance du statut de réfugié. Sans donner le nom d'aucun organisme, ni dénigrer en aucune façon l'importance de leurs travaux, les répercussions de leurs décisions sont souvent bien loin de celles qu'impliquent les décisions concernant les réfugiés. Pourtant, ils offrent souvent beaucoup plus d'équité au niveau de la procédure.

Même si le coût qu'entraîne l'observation de la justice fondamentale est un facteur auquel les tribunaux attachent une grande importance, le Ministre ne m'a pas convaincue que ce coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l'art. 1. Bien qu'il soit tentant de faire des observations au sujet des facteurs qui pourraient donner lieu à une justification au sens de l'art. 1, et sur les normes d'examen qui doivent être appliquées relativement à cet article, je pense qu'il ne serait pas sage de le faire. Je limite par conséquent mes observations concernant l'application de l'art. 1 à celles qui sont nécessaires pour statuer sur les pourvois.

Pour récapituler, je suis convaincue que les appelants ont le droit d'invoquer la protection de l'art. 7 de la *Charte* en ce qui concerne la détermination, sous le régime de la *Loi sur l'immigration de 1976*, de leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention. Je suis également convaincue que la procédure prévue par la Loi, appliquée en l'espèce, ne satisfait pas aux exigences de justice fondamentale énoncées à l'art. 7 et que, par conséquent, il y a eu violation des droits que cet article confère aux appelants. J'estime enfin que l'intimé n'a pas démontré que la procédure énoncée dans la Loi constitue une limite raisonnable aux droits des appelants, au sens de

should, however, observe that the acceptance of certain submissions, particularly concerning the scope of s. 7 of the *Charter* in the context of these appeals, is not intended to be definitive of the scope of the section in other contexts. I do not by any means foreclose the possibility that s. 7 protects a wider range of interests than those involved in these appeals.

#### 4. Remedies

I turn now to the issue of the remedy to which the appellants are entitled. Sections 24(1) of the *Charter* and 52(1) of the *Constitution Act, 1982* both apply. Section 52(1) requires a declaration that s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* is of no force and effect to the extent it is inconsistent with s. 7. The appellants who have suffered as a result of the application of an unconstitutional law to them are entitled under s. 24(1) to apply to a court of competent jurisdiction for "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". What remedy is available in the context of this case?

The Court's jurisdiction is invoked in two contexts. In the first, these are appeals from dismissals by the Federal Court of Appeal of applications for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*. In this context the Court is limited to the powers the Federal Court is entitled to exercise pursuant to s. 28. In the other context, however, the Court's broad remedial powers under s. 24 of the *Charter* are invoked.

The significance of the limitation of the Court's judicial review power under s. 28 of the *Federal Court Act* is apparent from the decision of Urie J. in *Brempong v. Minister of Employment and Immigration, supra*. In that case, Urie J. observed that s. 28 provided the Federal Court of Appeal with supervisory powers only over decisions made on a "judicial or quasi-judicial basis" and that accordingly the Court had no jurisdiction to review what he characterized as an "administrative" deci-

l'art. 1 de la *Charte*. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir les pourvois. Ce faisant, je ferai cependant remarquer que l'acceptation de certains arguments, particulièrement en ce qui concerne la portée de l'art. 7 de la *Charte* dans le contexte des présents pourvois, ne vise pas à établir de façon définitive la portée de cet article dans d'autres contextes. Je n'exclus en aucune façon la possibilité que l'art. 7 protège un éventail de droits plus large que ceux dont il est question en l'espèce.

#### 4. Mesures de redressement

J'examinerai maintenant la question du redressement auquel ont droit les appelants. Les paragraphes 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquent tous les deux. Le paragraphe 52(1) requiert une déclaration que le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 7. Les appelants qui ont subi un préjudice par suite de l'application à leur cas d'une loi inconstitutionnelle ont le droit, en vertu du par. 24(1), de s'adresser à un tribunal compétent en vue d'obtenir «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Quelle réparation peut-on accorder en l'espèce?

La compétence de la Cour est invoquée de deux façons. En premier lieu, les présents pourvois découlent du rejet par la Cour d'appel fédérale de demandes d'examen judiciaire fondées sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans ce cas, la Cour est limitée aux pouvoirs que la Cour fédérale a le droit d'exercer en vertu de l'art. 28. En second lieu, cependant, on invoque le pouvoir général de redressement que possède la Cour en vertu l'art. 24 de la *Charte*.

L'arrêt *Brempong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, rédigé par le juge Urie, fait ressortir l'importance de la limitation du pouvoir d'examen judiciaire que possède la cour en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans cet arrêt, le juge Urie fait remarquer que l'art. 28 confère à la Cour d'appel fédérale des pouvoirs de surveillance uniquement sur les décisions soumises à un «processus judiciaire ou quasi judiciaire» et que, par conséquent, cette cour n'a pas compétence

sion by the Minister under s. 45 of the *Immigration Act, 1976*. The Board is a quasi-judicial body and without doubt its determinations are subject to review under s. 28. The question the Court faces, as I see it, is whether the broader remedial power which it possesses under s. 24(1) of the *Charter* entitles it to extend its review of possible violations of the *Charter* to the Ministerial determinations made pursuant to s. 45 of the *Immigration Act, 1976*. In my view it does not.

Section 24(1) of the *Charter* provides remedial powers to "a court of competent jurisdiction". As I understand this phrase, it premises the existence of jurisdiction from a source external to the *Charter* itself. This Court certainly has jurisdiction to review the decisions of the Immigration Appeal Board in these cases pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. If the appeals originated as petitions for *certiorari* brought in the Trial Division of the Federal Court pursuant to s. 18 of the *Federal Court Act*, the Ministerial decisions made pursuant to s. 45 of the *Immigration Act, 1976* would be subject to review. In my view, however, any violations of the *Charter* which arose out of Ministerial decisions under s. 45 are not subject to review on these appeals because of the judicial limitations on the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. I would accordingly make no observations with respect to them or with respect to the question of whether or to what extent s. 45 of the *Immigration Act, 1976* is of no force and effect as a result of any inconsistency with the *Charter*.

Confining myself to the decisions of the Immigration Appeal Board which are under review, I would allow the appeals, set aside the decisions of the Federal Court of Appeal and of the Immigration Appeal Board and remand all seven cases for a hearing on the merits by the Board in accordance with the principles of fundamental justice articulated above. Since s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* which restricts the Board's power to

pour examiner ce qu'il a qualifié de décision «administrative» rendue par le Ministre sous le régime de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La Commission est un organisme quasi judiciaire et ses décisions peuvent sans aucun doute être soumises à l'examen prévu à l'art. 28. Selon moi, la question soumise à la Cour est de savoir si le pouvoir de redressement plus étendu que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* lui permet d'étendre son examen des violations possibles de la *Charte* aux décisions ministérielles rendues conformément à l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. J'estime que non.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère des pouvoirs de redressement à «un tribunal compétent». Cette expression présuppose, si je comprends bien, l'existence d'une compétence indépendante de la *Charte* elle-même. Cette Cour a certainement compétence, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour examiner les décisions de la Commission d'appel de l'immigration dans les cas qui nous intéressent. Si tout avait commencé en l'espèce par des requêtes en *certiorari* devant la Division de première instance de la Cour fédérale conformément à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les décisions ministérielles rendues en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976* pourraient faire l'objet d'un examen. Mais, à mon avis, les violations de la *Charte* découlant des décisions ministérielles rendues en vertu de l'art. 45 ne peuvent faire l'objet d'un examen en l'espèce en raison des limites qu'impose à la Cour d'appel fédérale l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je ne ferai par conséquent aucune observation quant à ces violations ni en ce qui concerne la question de savoir si ou dans quelle mesure l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976* est inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Charte*.

Me limitant aux décisions de la Commission d'appel de l'immigration qui font l'objet de l'examen, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmer les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Commission d'appel de l'immigration et de renvoyer les sept affaires à la Commission pour qu'elle procède à une audition sur le fond conformément aux principes de justice fondamentale énoncés précédemment. Étant donné que le par.



allow hearings to proceed to cases in which it is of the opinion that the applicant for redetermination is more likely than not to succeed upon a hearing of his claim, is inconsistent with the principles of fundamental justice set out in s. 7 of the *Charter*, the appellants are also entitled to a declaration that s. 71(1) is of no force and effect to the extent of the inconsistency.

I would award costs on the application for leave to appeal and costs of the appeal to this Court to Mr. Satnam Singh on a solicitor-client basis. Costs in respect of the other six appellants shall be as prescribed by the Order of this Court dated February 16, 1984.

The reasons of Beetz, Estey and McIntyre were delivered by

BEETZ J.—The main issue which was argued when these appeals were heard on April 30 and May 1, 1984, was whether the procedures set out in the *Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.)*, c. 52 as amended, for the adjudication of the claims of persons claiming refugee status in Canada, deny such claimants rights they are entitled to assert under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. No submissions were made at that time as to the possible application of the *Canadian Bill of Rights* to these appeals.

On December 7, 1984, the Deputy Registrar wrote to counsel to inform them that the members of the Court would like to have their submissions in writing on the application of the *Canadian Bill of Rights*. Counsel for all the parties and the interveners complied and counsel for the appellants replied, also in writing.

Like my colleague, Madame Justice Wilson, whose reasons for judgment I have had the advantage of reading, I conclude that these appeals ought to be allowed. But I do so on the basis of the *Canadian Bill of Rights*. I refrain from expressing any views on the question whether the *Canadian*

71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui limite le pouvoir de la Commission d'autoriser la tenue d'une audition aux cas où elle estime que la personne qui demande le réexamen pourra probablement obtenir gain de cause à la suite de l'audition de sa revendication, est incompatible avec les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 de la *Charte*, les appelants ont également droit à un jugement déclaratoire portant que le par. 71(1) est inopérant dans la mesure de son incompatibilité.

Je suis d'avis d'accorder à M. Satnam Singh des dépens sur la base procureur-client relativement à la demande d'autorisation de pourvoi et au pourvoi lui-même devant cette Cour. Quant aux six autres appelants, des dépens leur seront accordés tel que prescrit par l'ordonnance de cette Cour en date du 16 février 1984.

Version française des motifs des juges Beetz, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE BEETZ—Le principal point litigieux débattu à l'audition de ces pourvois, les 30 avril et 1<sup>er</sup> mai 1984, était de savoir si la procédure prescrite par la *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.)*, chap. 52 et ses modifications, pour statuer sur les revendications du statut de réfugié au Canada, empêche les personnes qui revendiquent ce statut de faire valoir les droits qui leur sont reconnus par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'époque, aucun argument n'a porté sur l'application possible de la *Déclaration canadienne des droits* à ces pourvois.

Le 7 décembre 1984, le registraire adjoint a écrit aux avocats pour les informer que les membres de la Cour aimeraient recevoir par écrit leurs observations sur l'application de la *Déclaration canadienne des droits*. Les avocats de toutes les parties et des intervenants se sont rendus à cette demande et les avocats des appelants ont également présenté leur réponse par écrit.

À l'instar de ma collègue, Madame le juge Wilson, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement, je conclus que ces pourvois doivent être accueillis. Cependant, je le fais en fonction de la *Déclaration canadienne des droits*. Je m'abstiens d'exprimer une opinion sur la question de savoir si

*Charter of Rights and Freedoms* is applicable at all to the circumstances of these cases and more particularly, on the important question whether the *Charter* affords any protection against a deprivation or the threat of a deprivation of the right to life, liberty or security of the person by foreign governments.

Section 26 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should be kept in mind. It provides:

26. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect. It is particularly so where they contain provisions not to be found in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and almost tailor-made for certain factual situations such as those in the cases at bar.

I refer to my colleague's account of the facts, the procedural history of the seven appeals and generally, to her quotation of the relevant provisions of the *Immigration Act, 1976*, and her description of the scheme of the Act.

The main issue, as I see it, is whether the procedures followed in these cases for the determination of Convention refugee status are in conflict with the *Canadian Bill of Rights* and more particularly with s. 2(e) thereof.

In order to understand the scheme of the *Immigration Act, 1976* it is necessary to refer to all the procedures for determination of whether an individual is a Convention refugee, including initial determination under ss. 45 to 48 of the Act and redetermination by the Immigration Appeal Board, under ss. 70 and 71. It should be emphasized however that, in these appeals, we are direct-

la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique d'aucune manière aux circonstances de ces affaires et, plus particulièrement, sur l'importante question de savoir si la *Charte* offre une protection quelconque contre les atteintes ou menaces d'atteintes au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par des gouvernements étrangers.

L'article 26 de la *Charte canadienne des droits et libertés* doit être gardé à l'esprit. Il porte:

26. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations de fait comme de celles en cause en l'espèce.

Je renvoie à l'exposé des faits de ma collègue, à l'historique des procédures relatives aux sept pourvois et, en général, à ses citations des dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, ainsi qu'à sa description de l'économie de la Loi.

Le point principal, selon moi, est de savoir si la procédure de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention suivie dans ces affaires va à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* et, plus particulièrement, de son al. 2e).

Pour comprendre l'économie de la *Loi sur l'immigration de 1976*, il est nécessaire de se reporter à l'ensemble de la procédure applicable pour reconnaître si une personne est un réfugié au sens de la Convention, y compris la procédure de reconnaissance initiale énoncée aux art. 45 à 48 de la Loi, et la procédure de réexamen par la Commission d'appel de l'immigration, énoncée aux art. 70

ly concerned only with redetermination made by the Immigration Appeal Board pursuant to s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976*, whereby the Board ordered that the applications for redetermination of the claims be not allowed to proceed and determined that the applicants were not Convention refugees. The appellants have unsuccessfully applied to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act, R.S.C. 1970* (2nd Supp.), c. 10, to have these orders reviewed and set aside. But the advice given by the Refugee Status Advisory Committee and the initial determinations made by the Minister pursuant to s. 45 of the Act have not been attacked and are not subject to review in these appeals from the decisions of the Federal Court of Appeal. I stress this because several submissions were made to us relating to alleged procedural shortcomings at the initial determination stage and relating as well to various means to remedy those shortcomings. Such remedies, whatever their merit, would not help the present appellants who have passed the initial determination stage. And, in any event, in an appeal from a decision of the Federal Court of Appeal on a s. 28 application to review, our jurisdiction, if we allow the appeal, is limited to rendering the decision which the Federal Court of Appeal ought to have rendered.

As I said earlier, the relevant provision of the *Canadian Bill of Rights* is s. 2(e) but it will also be convenient to quote s. 1:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

- (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;
- (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;
- (c) freedom of religion;

et 71. Il faut souligner cependant que, dans les présents pourvois, nous ne nous intéressons directement qu'au réexamen effectué par la Commission d'appel de l'immigration conformément au par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, à la suite duquel la Commission a ordonné que les demandes de réexamen des revendications ne suivent pas leur cours et a décidé que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Les appelants ont demandé sans succès à la Cour d'appel fédérale, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970* (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, d'examiner et d'annuler ces décisions. Mais l'avis donné par le comité consultatif sur le statut de réfugié et les décisions initiales rendues par le Ministre conformément à l'art. 45 de la Loi n'ont pas été contestés et ne font pas l'objet d'un examen dans les présents pourvois formés contre les décisions de la Cour d'appel fédérale. J'insiste sur ce point car plusieurs observations nous ont été faites au sujet de prétendus vices de procédure au stade de la reconnaissance initiale, de même qu'au sujet de divers moyens de remédier à ces vices. Ces moyens, quel que soit leur bien-fondé, ne sont d'aucune aide aux présents appelants qui ont dépassé le stade de la procédure de la reconnaissance initiale. Et, en tout état de cause, dans un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel fédérale suite à une demande d'examen en vertu de l'art. 28, notre compétence, au cas où nous ferions droit au pourvoi, se limite à rendre la décision que la Cour d'appel fédérale aurait dû rendre.

Comme je l'ai dit précédemment, l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* est la disposition pertinente, mais il convient également de citer l'art. 1:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

- a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;
- b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;
- c) la liberté de religion;

- (d) freedom of speech;
- (e) freedom of assembly and association, and
- (f) freedom of the press.

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it should operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

- (e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations.

The main submissions made by Mr. Scott, of counsel for the first six appellants, are to a substantial extent supported by Mr. Coveney, of counsel for the seventh appellant, who took a slightly different approach. They read as follows:

2. The Appellants submit that either section 45 or 71 of the *Immigration Act* abrogates the right guaranteed by section 2(e) of the *Bill of Rights*, unless one of those sections is construed as requiring a full hearing before the Refugee Status Advisory Committee (RSAC), the Minister, or the Immigration Appeal Board, which hearings have not been held in any of these 6 cases.

3. The Appellants submit that two points must be established in order to show that a breach of section 2(e) has occurred:

- 1. that the Appellants' "rights and obligations" fall to be "determined" by the RSAC, the Minister and the Immigration Appeal Board; and
- 2. that the Appellants were not afforded a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" by any of these statutory authorities.

Mr. Scott then gives what seems to me an accurate summary of the legal rights given to Convention refugees in Canada by the *Immigration Act, 1976* and Regulations:

- 1. the "right to remain in Canada" if a Minister's Permit is obtained; or
- Immigration Act*, s. 4(2).

- d) la liberté de parole;
- e) la liberté de réunion et d'association, et
- f) la liberté de la presse.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

- e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

Les principaux arguments de M<sup>e</sup> Scott, l'avocat des six premiers appelants, reçoivent dans une large mesure l'appui de M<sup>e</sup> Coveney, l'avocat du septième appelant, qui a adopté un point de vue légèrement différent. Voici ces arguments:

[TRADUCTION] 2. Les appelants font valoir que l'un ou l'autre des art. 45 et 71 de la *Loi sur l'immigration* supprime le droit que garantit l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*, à moins que l'on interprète l'un de ces articles comme requérant la tenue d'une audition complète devant le comité consultatif sur le statut de réfugié (CCSR), le Ministre ou la Commission d'appel de l'immigration, auditions qui n'ont eu lieu dans aucun de ces six cas.

3. Les appelants soutiennent que deux éléments doivent être établis pour démontrer qu'il y a eu violation de l'al. 2e):

- 1. que les «droits et obligations» des appelants doivent être «définis» par le CCSR, le Ministre et la Commission d'appel de l'immigration; et
- 2. que les appelants n'ont eu droit à «une audition impartiale de [leur] cause, selon les principes de justice fondamentale» devant aucune de ces autorités constituées par la loi.

M<sup>e</sup> Scott donne alors ce qui me paraît être un résumé exact des droits que confère la *Loi sur l'immigration de 1976* et le Règlement à un réfugié au sens de la Convention qui se trouve au Canada:

- 1. le «droit de demeurer au Canada» si un permis du Ministre est obtenu; ou
- Loi sur l'immigration*, par. 4(2).

2. if a Minister's Permit cannot be obtained, then:

- (a) the right not to be removed to a country where life or freedom is threatened;

*Immigration Act*, s. 55.

- (b) if removed from Canada, the right to re-enter if a safe country cannot be found; and

*Immigration Act*, s. 14(1)(c).

- (c) the right to be considered under the criteria provided in the Regulations, for "employment authorization" while residing in Canada.

*Regulations*, s. 19(3)(k), 20.

Mr. Scott then concludes on this first branch of his submission:

10. It is submitted that because Convention refugees enjoy these rights under Canadian law, a person who applies for refugee status under section 45 or 70 of the Act meets the first requirement for claiming the protection of "fundamental justice" under section 2(e) of the *Bill of Rights*, namely, that a law of Canada provides a procedure "for the determination of his rights".

In his written submissions, Mr. Bowie, of counsel for the Attorney General of Canada, makes a concession in the following terms:

2. The Attorney General of Canada does not dispute that the process of determining and redetermining refugee claims involves the determination of rights and obligations of the refugee claimants. It is only in that respect that his submissions with respect to section 2(e) of the *Bill of Rights* differ from his submissions with respect to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was submitted upon the hearing of these appeals that a denial of a claim to refugee status by the operation of Canadian law does not deprive the claimant of "the right to life, liberty and security of the person" guaranteed by section 7 of the *Charter*.

In his reply, Mr. Scott refers to the Attorney General's acknowledgment that the process of adjudicating refugee claims under the *Immigration Act, 1976* involves the determination of "rights and obligations". Mr. Scott then concludes:

The remaining issue, therefore, is whether the procedures provided by the Act conform to the dictates of "fundamental justice".

2. si un permis du Ministre ne peut être obtenu, alors:

- a) le droit de ne pas être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées;

*Loi sur l'immigration*, art. 55.

- b) s'il a été renvoyé du Canada, le droit d'y revenir si un pays sûr ne peut être trouvé; et

*Loi sur l'immigration*, al. 14(1)c).

- c) le droit à l'examen de son cas selon les critères prévus dans le Règlement, afin d'obtenir «un permis de travail» pendant qu'il réside au Canada.

*Règlement*, al. 19(3)k) et art. 20.

M<sup>e</sup> Scott conclut alors le premier volet de son argumentation ainsi:

[TRADUCTION] 10. On fait valoir que puisque les réfugiés au sens de la Convention jouissent de ces droits en vertu de la loi en vigueur au Canada, la personne qui revendique le statut de réfugié aux termes des art. 45 ou 70 de la Loi remplit la première condition requise pour pouvoir réclamer la protection de la «justice fondamentale» prévue à l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*, savoir qu'une loi du Canada prescrit une procédure «pour la définition de ses droits».

Dans ses observations écrites, M<sup>e</sup> Bowie, le substitut du procureur général du Canada, concède ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Le procureur général du Canada ne conteste pas que le processus d'examen et de réexamen des revendications du statut de réfugié comporte la définition des droits et des obligations de ceux qui le revendiquent. Ce n'est que sur ce point que ses observations portant sur l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* diffèrent de ses observations concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. On a soutenu à l'audition de ces pourvois que le rejet d'une revendication du statut de réfugié par application du droit canadien ne prive pas celui qui le revendique du «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

Dans sa réponse, M<sup>e</sup> Scott mentionne le fait que le procureur général a reconnu que la procédure prescrite par la *Loi sur l'immigration de 1976* pour statuer sur les revendications du statut de réfugié comporte la définition de «droits et obligations». M<sup>e</sup> Scott conclut ensuite:

[TRADUCTION] Il reste donc à déterminer si la procédure prescrite par la Loi est conforme aux impératifs de «la justice fondamentale».

In view of the last sentence in the Attorney General's acknowledgment quoted above, I am not absolutely clear whether or not it was conceded by the Attorney General that the "rights" referred to in s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* are not the same rights or rights of the same nature as those which are enumerated in s. 1, including "the right of the individual to life, liberty, security of the person . . . and the right not to be deprived thereof except by due process of law".

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designated as "human rights and fundamental freedoms" whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one's "rights and obligations", whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to "the rights or freedoms herein recognized and declared", but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely "the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" for the determination of one's rights and obligations, fundamental or not. It is my view that, as was submitted by Mr. Coveney, it is possible to apply s. 2(e) without making reference to s. 1 and that the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the "due process" concept mentioned in s. 1(a).

Accordingly, the process of determining and redetermining appellants' refugee claims involves the determination of rights and obligations for which the appellants have, under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. It follows also that this case is distinguishable from cases where a mere privilege was refused or revoked, such as *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, and *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570.

I therefore agree with the first branch of Mr. Scott's submission.

Compte tenu de la dernière phrase de la reconnaissance du procureur général, je ne suis pas tout à fait convaincu qu'il ait reconnu que les «droits» mentionnés à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne sont pas les mêmes droits, ou des droits de même nature, que ceux énumérés à l'art. 1, dont «le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne . . . et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi».

Quoi qu'il en soit, il me semble évident que l'al. 2e) a une portée plus large que la liste des droits énumérés à l'art. 1 et désignés comme «droits de l'homme et libertés fondamentales», tandis qu'à l'al. 2e), ce que protège le droit à une audition impartiale, c'est la définition des «droits et obligations» d'une personne quels qu'ils soient et dans tous les cas où le processus de définition relève de l'autorité législative du Parlement du Canada. Il est vrai que la première partie de l'art. 2 parle «des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes», mais l'al. 2e) protège un droit fondamental, savoir le «droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale», pour la définition des droits et des obligations d'une personne, qu'ils soient fondamentaux ou non. Je suis d'avis que comme l'a fait valoir M<sup>c</sup> Coveney, il est possible d'appliquer l'al. 2e) sans se référer à l'art. 1 et que le droit garanti par l'al. 2e) n'est nullement limité par la notion «d'application régulière de la loi» mentionnée à l'al. 1a).

En conséquence, la procédure d'examen et de réexamen des revendications du statut de réfugié des appelants comporte la définition de droits et d'obligations à l'égard desquels les appelants ont droit, en vertu de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale. Il s'ensuit également que cette affaire peut être distinguée de celles où un simple privilège a été refusé ou révoqué comme, par exemple, dans les affaires *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, et *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570.

Je suis donc d'accord avec le premier volet de l'argumentation de M<sup>c</sup> Scott.

What remains to be decided is whether in the cases at bar, the appellants were afforded "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".

I have no doubt that they were not.

What the appellants are mainly justified of complaining about in my view is that their claims to refugee status have been finally denied without their having been afforded a full oral hearing at a single stage of the proceedings before any of the bodies or officials empowered to adjudicate upon their claim on the merits. They have actually been heard by the one official who has nothing to say in the matter, a senior immigration officer. But they have been heard neither by the Refugee Status Advisory Committee, who could advise the Minister, neither by the Minister, who had the power to decide and who dismissed their claim, nor by the Immigration Appeal Board which did not allow their application to proceed and which determined, finally, that they are not Convention refugees.

I do not wish to suggest that the principles of fundamental justice will impose an oral hearing in all cases. In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 747, Estey J. speaking for the Court quoted Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118:

The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter that is being dealt with, and so forth.

The most important factors in determining the procedural content of fundamental justice in a given case are the nature of the legal rights at issue and the severity of the consequences to the individuals concerned. In the same *Inuit Tapirisat* case, at the same page, Estey J. also quoted Lord Denning, M.R., in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), at p. 19:

Il reste à décider si, dans les présentes espèces, les appelants ont eu droit «à une audition impartiale de [leur] cause, selon les principes de justice fondamentale».

Je suis convaincu que non.

Ce dont les appelants sont principalement justifiés de se plaindre, à mon avis, c'est que leurs revendications du statut de réfugié ont été rejetées de manière définitive sans qu'ils aient pu bénéficier d'une audition complète à aucun moment au cours des procédures devant l'un ou l'autre des organismes ou fonctionnaires habilités à statuer sur le fond de leurs revendications. Ils ont en fait été entendus par un seul fonctionnaire qui n'a rien à dire dans cette affaire, savoir un agent d'immigration supérieur. Mais ils n'ont été entendus ni par le comité consultatif sur le statut de réfugié qui pouvait conseiller le Ministre, ni par le Ministre qui jouissait d'un pouvoir décisionnel et qui a rejeté leur revendication, ni par la Commission d'appel de l'immigration qui n'a pas laissé leur demande suivre son cours et qui a décidé, en dernière analyse, qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

Je ne veux pas laisser entendre que les principes de justice fondamentale exigent la tenue d'audition dans tous les cas. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 747, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour, cite l'opinion du lord juge Tucker dans l'arrêt *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118:

[TRADUCTION] Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.

Les facteurs les plus importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées. À la même page de l'arrêt *Inuit Tapirisat*, le juge Estey cite également lord Denning, maître des rôles, dans *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), à la p. 19:

... that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it.

In the cases at bar, the seven appellants have stated under oath the reasons for which they claim to be Convention refugees. A "Convention refugee" is defined in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976*:

"Convention refugee" means any persons who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of his former habitual residence and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to return to that country;

The *Immigration Act, 1976* gives convention refugees the right to "remain" in Canada, or, if a Minister's Permit cannot be obtained, at least the right not to be removed to a country where life and freedom is threatened, and to re-enter Canada if no safe country is willing to accept them. The rights at issue in these cases are accordingly of vital importance for those concerned.

The first six appellants make the following submissions:

18. In the Appellants' submission the fact that the threat to life or freedom or physical security comes from a foreign state in refugee cases is irrelevant to the legal issue now before this Court under the *Canadian Bill of Rights*. In considering the application of section 7 of the *Charter* in these cases, it may be that the locus of the threat to life or liberty or security of the person is relevant, because in order to claim the protection of "fundamental justice" under the *Charter*, the Appellants must establish an infringement of the right to life

[TRADUCTION] ... les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre.

Dans les présentes espèces, les sept appelants ont énoncé sous serment les motifs pour lesquels ils prétendent être des réfugiés au sens de la Convention. L'expression «réfugié au sens de la Convention» est définie au par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*:

«réfugié au sens de la Convention» désigne toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques

(a) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou

(b) qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner;

La *Loi sur l'immigration de 1976* accorde aux réfugiés au sens de la Convention le droit de «demeurer» au Canada, ou s'il est impossible d'obtenir un permis du Ministre, au moins le droit de ne pas être renvoyé dans un pays où leur vie et leur liberté sont menacées et le droit de rentrer au Canada si aucun pays sûr n'est disposé à les accepter. Les droits en cause dans les présentes espèces sont donc d'une importance vitale pour les personnes concernées.

Les six premiers appelants invoquent les arguments suivants:

[TRADUCTION] 18. Les appelants soutiennent que le fait que la menace à la vie, à la liberté ou à la sécurité physique provient d'un État étranger dans les affaires concernant des réfugiés est sans importance pour ce qui est de la question juridique dont est maintenant saisie la Cour en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans l'analyse de l'application de l'art. 7 de la *Charte* dans les présents cas, il se peut que l'endroit d'où provient la menace à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne soit pertinent, parce que pour se prévaloir



or liberty or security of the person as guaranteed by section 7. Presumably, only a Canadian government can breach the *Charter of Rights and Freedoms*, including section 7. For this reason, at the hearing before this Court, the Appellants put their *Charter* case on the basis that the government of Canada infringed their liberty by arresting them and detaining them until “removal” from Canada could be effected.

19. Under section 2(e) of the *Bill of Rights*, however, the Appellants need not show that the Canadian government deprives them of their life, liberty or physical security. Rather, they need only show that their “rights” fall to be “determined” by federal law. In construing and applying the *Immigration Act* according to the terms of section 2(e) of the *Bill of Rights* therefore, threats to life or liberty by a foreign power are relevant . . .

Again, I express no views as to the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but I otherwise agree with these submissions: threats to life or liberty by a foreign power are relevant, not with respect to the applicability of the *Canadian Bill of Rights*, but with respect to the type of hearing which is warranted in the circumstances. In my opinion, nothing will pass muster short of at least one full oral hearing before adjudication on the merits.

There are additional reasons why the appellants ought to have been given an oral hearing. They are mentioned in the following submission with which I agree:

The Appellants submit that although “fundamental justice” will not require an oral hearing in every case, where life or liberty may depend on findings of fact and credibility, and it may in these cases, the opportunity to make written submissions, even if coupled with an opportunity to reply in writing to allegations of fact and law against interest, would be insufficient.

Finally, I wish to quote part of the dissenting reasons written by Pigeon J. in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, at pp. 657 and following:

de la protection de la «justice fondamentale», en vertu de la *Charte*, les appelants doivent prouver une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7. Probablement, seul un gouvernement canadien peut violer la *Charte des droits et libertés*, notamment l’art. 7. Pour ce motif, lors de l’audition devant cette Cour, les appelants ont fondé leur recours à la *Charte* sur le fait que le gouvernement du Canada a violé leur liberté en les arrêtant et en les détenant jusqu’à ce que leur «renvoi» du Canada puisse avoir lieu.

19. Toutefois, en vertu de l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*, les appelants n’ont pas besoin de démontrer que le gouvernement canadien a porté atteinte à leur vie, à leur liberté ou à leur sécurité physique. Ils doivent plutôt démontrer que leurs «droits» doivent être «définis» par une loi fédérale. Lorsqu’il s’agit d’interpréter et d’appliquer la *Loi sur l’immigration*, conformément aux termes de l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*, les menaces à la vie ou à la liberté de la part d’une puissance étrangère sont donc pertinentes . . .

Encore une fois, je ne me prononce pas sur l’applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais par ailleurs, je suis d’accord avec ces moyens: les menaces à la vie ou à la liberté de la part d’une puissance étrangère sont pertinentes en ce qui concerne non pas l’applicabilité de la *Déclaration canadienne des droits*, mais le genre d’audition justifiée dans les circonstances. À mon sens, rien de moins n’est suffisant que la tenue d’une audition complète avant la décision sur le fond.

Il y a d’autres motifs pour lesquels les appelants auraient dû bénéficier d’une audition. Ils sont énoncés dans l’argument suivant que j’accepte:

[TRADUCTION] Les appelants soutiennent que même si la «justice fondamentale» n’exige pas la tenue d’une audition dans chaque cas, lorsque la vie ou la liberté peut dépendre de conclusions de fait et de la crédibilité, ce qui peut être le cas dans les présentes espèces, la possibilité de soumettre des observations écrites, même assortie de la possibilité de répondre par écrit aux allégations de fait et de droit défavorables, est insuffisante.

Enfin, je tiens à citer un extrait des motifs rédigés par le juge Pigeon dissident, dans *Ernewein c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, aux pp. 657 et suivantes:

It should at first be pointed out that the appellant's claim for refugee status was made under amendments to the *Immigration Appeal Board Act* (R.S.C. 1970, c. I-3, "the Act") enacted by the statute of 1973, 21-22 Eliz. II, c. 27, ss. 1 and 5. (The *Immigration Act, 1976* (25-26 Eliz. II, c. 52), although assented to August 5, 1977, was proclaimed in force on April 10, 1978.)

The first mentioned amendment added to s. 2 of the *Act* the following definition:

"Convention" means the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees signed at Geneva on the twenty-eighth day of July, 1951 and includes any Protocol thereto ratified or acceded to by Canada;

The other amendment replaced s. 11 by a new section, the relevant parts of which are as follows:

11. (1) Subject to subsections (2) and (3), a person against whom an order of deportation is made under the *Immigration Act* may appeal to the Board on any ground of appeal that involves a question of law or fact or mixed law and fact, if, at the time that the order of deportation is made against him, he is

(c) a person who claims he is a refugee protected by the Convention; or

(2) Where an appeal is made to the Board pursuant to subsection (1) and the right of appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), the notice of appeal to the Board shall contain or be accompanied by a declaration under oath setting out

(a) the nature of the claim;

(b) a statement in reasonable detail of the facts on which the claim is based;

(c) a summary in reasonable detail of the information and evidence intended to be offered in support of the claim upon the hearing of the appeal; and

(d) such other representations as the appellant deems relevant to the claim.

(3) Notwithstanding any provision of this Act, where the Board receives a notice of appeal and the appeal is based on a claim described in paragraph (1)(c) or (d), a quorum of the Board shall forthwith consider the declaration referred to in subsection (2) and, if on the basis of such consideration the Board is of the opinion that there are reasonable grounds to

Il faut d'abord faire remarquer que l'appelante a revendiqué le statut de réfugiée conformément à des modifications à la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* (S.R.C. 1970, chap. I-3, «la Loi») apportées par la Loi de 1973, 21-22 Eliz. II, chap. 27, art. 1 et 5. (La *Loi sur l'immigration de 1976* (25-26 Eliz. II, chap. 52), quoique sanctionnée le 5 août 1977, n'a été proclamée en vigueur que le 10 avril 1978.)

La première modification mentionnée a ajouté à l'art. 2 de la *Loi* la définition suivante:

«Convention» désigne la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, et comprend tout protocole à cette Convention que le Canada a ratifié ou auquel il a adhéré;

L'autre modification a remplacé l'art. 11 par un nouvel article dont voici les parties pertinentes:

11. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne frappée d'une ordonnance d'expulsion, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, peut, en se fondant sur un motif d'appel qui implique une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, interjeter appel devant la Commission, si au moment où l'ordonnance d'expulsion est prononcée contre elle, elle est

(c) une personne qui prétend être un réfugié que protège la Convention; ou

(2) Lorsqu'un appel est interjeté devant la Commission conformément au paragraphe (1) et que le droit d'appel se fonde sur l'une des prétentions visées par les alinéas (1)c) ou d), l'avis d'appel présenté à la Commission doit contenir une déclaration sous serment énonçant

a) la nature de la prétention;

b) un énoncé suffisamment détaillé des faits sur lesquels se fonde la prétention;

c) un résumé suffisamment détaillé des renseignements et de la preuve que l'appelant entend présenter à l'appui de la prétention lors de l'audience de l'appel; et

d) tout autre exposé que l'appelant estime pertinent en ce qui concerne la prétention.

(3) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, lorsque la Commission reçoit un avis d'appel et que l'appel se fonde sur une prétention visée par les alinéas (1)c) ou d), un groupe de membres de la Commission formant quorum doit immédiatement examiner la déclaration mentionnée au paragraphe (2). Si, se fondant sur cet examen, la Commis-

believe that the claim could, upon the hearing of the appeal, be established, it shall allow the appeal to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the appeal to proceed and shall thereupon direct that the order of deportation be executed as soon as practicable.

In the present case no indication was given to the appellant of the reasons for which her claim to refugee status was denied and, in my view, this raises a very serious question. The Immigration Appeal Board is not an administrative agency but a "court of record" (s. 7, now s. 65). It must therefore be subject to the rule that it is not enough that justice be done, it must appear to be done. It is also a well established principle that *audi alteram partem* is a rule of natural justice so firmly adopted by the common law that it applies to all those who fulfil judicial functions and it is not excluded by inference. See: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Labour Relations Board* [1953] 2 S.C.R. 140, per Rinfret C.J. at p. 154:

[TRANSLATION] The rule that no one should be convicted or deprived of his rights without a hearing, and especially without even being informed that his rights would be in question, is a universal rule of equity, and the silence of a statute should not be relied on as a basis for ignoring it. In my opinion, there would have to be nothing less than an express statement by the legislator for this rule to be superseded: it applies to all courts and to all bodies required to make a decision that might have the effect of destroying a right enjoyed by an individual.

In *Komo Construction Inc. v. Labour Relations Board*, [1968] S.C.R. 172, this Court upheld a decision rendered without a hearing when the parties had been given the opportunity of submitting argument in writing and the Board had issued reasons. This is a very different situation from that which is presented in this case where there was no hearing and no reasons were given. In *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, this Court upheld a conviction by special Court Martial although no reasons had been given but there had been a hearing. I know of no case where a judicial decision was upheld, where there was neither a hearing nor reasons given, so that nothing shows on what basis the decision was reached. It may be different when the decision is on a purely discretionary matter such as the granting of leave to appeal, but here the decision of the Board is an adjudication on appellant's entitlement to refugee status,

sion estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le bien-fondé de la prétention pourrait être établi s'il y avait audition de l'appel, elle doit permettre que l'appel suive son cours; sinon, elle doit refuser cette autorisation et ordonner immédiatement, l'exécution aussi prompte que possible de l'ordonnance d'expulsion.

En l'espèce, l'appelante n'a reçu aucune indication des motifs pour lesquels sa revendication du statut de réfugiée a été rejetée et, à mon avis, cela soulève une très grave question. La Commission d'appel de l'immigration n'est pas un organisme administratif, mais une «cour d'archives» (art. 7 maintenant art. 65). Elle doit donc être soumise à la règle qu'il ne suffit pas que justice soit rendue, il doit être manifeste qu'elle est rendue. C'est aussi un principe bien établi que la règle *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle que la *common law* a adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue que de façon expresse. Voir: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations de travail*, [1953] 2 R.C.S. 140, où le juge en chef Rinfret a dit à la p. 154:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. A mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.

Dans *Komo Construction Inc. c. La Commission des relations de travail*, [1968] R.C.S. 172, cette Cour a confirmé une décision rendue sans qu'il y ait eu d'audition lorsque les parties avaient eu l'occasion de présenter une plaidoirie écrite et la Commission avait rendu des motifs. C'est là une situation fort différente de celle soumise en l'espèce où il n'y a pas eu d'audition et où aucun motif n'a été rendu. Dans *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, cette Cour a confirmé une déclaration de culpabilité prononcée par une Cour martiale spéciale bien qu'aucun motif n'ait été donné, mais une audition avait eu lieu. Je ne connais aucun cas où une décision judiciaire a été confirmée lorsqu'il n'y avait pas eu d'audition ni aucun motif donné, de sorte que rien n'indique sur quoi elle se fonde. Il peut en être autrement lorsque la décision est purement discrétionnaire comme l'autorisation d'appel, mais la décision de la

a matter of right under the statute and the Convention, not a matter of discretion. In *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470, this Court accepted that where the statute provided for the issue of a special certificate by administrative decision this was to be taken as final and as excluding the *audi alteram partem* rule, but such is not the case with respect to the determination of refugee status. This was entrusted to a board which is a "court" and must act judicially as appears from such cases as *Leiba v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 660.

I do, of course, appreciate that the validity of the Immigration Appeal Board "judgement" is not directly in question before this Court and that the decision challenged before us is the order of the Federal Court of Appeal denying leave to appeal. However, I feel it is essential for a proper appreciation of what is involved in the matter to consider fully the ultimate result, that Canada having entrusted to a special court the adjudication of claims to refugee status this was done in this case without any semblance of due process. The Court is faced with a decision without reasons, without a hearing, without any statement of the Minister's objections, if any, to appellant's claim for refugee status.

It should be pointed out that in the cases at bar, all the appellants were provided with short reasons of the Minister and two of them were provided with more elaborate reasons of the Immigration Appeal Board. The remaining appellants did not exercise their rights to request and receive the reasons of the Board pursuant to s. 71(4) of the *Immigration Act, 1976*. But the opinion of Pigeon J. retains all its relevance with respect to the necessity of a hearing and it is reinforced by the *Canadian Bill of Rights*. As indicated earlier, this was a dissenting opinion, but it was not on this point that it differed from the reasons of the majority. It was also concurred in by two other members of the Court. Pigeon J. does not expressly mention the necessity of an oral hearing but this is what he must have meant given his distinguishing the *Komo Construction* case dealing with a situation in which there had been no oral hearing, and his reference to the *MacDonald* case, a special

Commission en l'espèce statue sur le droit de l'appelante au statut de réfugiée, une question de droit en vertu de la loi et de la Convention, non une question discrétionnaire. Dans *Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, cette Cour a admis que lorsque la loi prévoit la délivrance d'un certificat spécial par décision administrative, celle-ci est définitive et exclut la règle *audi alteram partem*, mais ce n'est pas le cas à l'égard d'une décision portant sur le statut de réfugié. Celle-ci a été confiée à une commission qui est une «cour» et doit agir de façon judiciaire comme il ressort de l'arrêt *Leiba c. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 660.

Je suis, bien sûr, conscient que la validité du «jugement» de la Commission d'appel de l'immigration n'est pas directement en cause devant cette Cour et que la décision contestée devant nous est l'ordre de la Cour d'appel fédérale qui refuse l'autorisation d'interjeter appel. Je suis cependant d'avis que pour bien saisir ce qui est en jeu en l'espèce, il est nécessaire de tenir pleinement compte du résultat ultime, que le Canada ayant confié à une cour spéciale la décision sur toute réclamation du statut de réfugié, la décision a été rendue en l'espèce sans la moindre apparence d'application régulière de la loi. Elle ne comporte aucun motif, il n'y a pas eu d'audition, ni d'énoncé des objections du ministre, s'il en est, à la revendication par l'appelante du statut de réfugiée.

Il y a lieu de souligner que dans les présentes espèces, tous les appelants ont reçu du Ministre de courts motifs et que deux d'entre eux ont reçu des motifs plus détaillés de la Commission d'appel de l'immigration. Les autres appelants n'ont pas exercé leur droit de demander et de recevoir les motifs de la Commission conformément au par. 71(4) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Mais l'avis du juge Pigeon garde toute sa pertinence quant à la nécessité d'une audition et il est renforcé par la *Déclaration canadienne des droits*. Comme je l'ai déjà indiqué, il s'agit d'une dissidence, mais ce n'est pas sur ce point qu'elle diffère des motifs de la majorité. Deux autres juges de la Cour y ont souscrit. Le juge Pigeon ne mentionne pas expressément la nécessité d'entendre les arguments, ou les dépositions orales des parties, mais c'est ce qu'il doit avoir voulu dire étant donné la distinction qu'il établit avec l'arrêt *Komo Construction* qui porte sur une situation où il n'y avait

Court Martial case where an oral hearing had been held.

Since the appellants have been denied their fundamental right to a hearing, the question arises as to what remedy they are entitled to in the circumstances of these cases.

It seems clear to me that the orders of the Immigration Appeal Board concerning them ought to be set aside and that their claims to Convention refugee status ought to be adjudicated upon on the merits after the holding of full oral hearings. The question is by whom should these claims so be adjudicated upon.

For various reasons, all the appellants have expressed a preference for an adjudication at the initial stage, that is at the level of the Refugee Status Advisory Committee which would then not only advise, but decide in a manner consistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*; or alternatively, at the level of the Minister who would decide the issue in a similar manner. In their written submissions, counsel argued that it was more proper as well as more convenient that the situation be remedied at the first instance level rather than at the appellate one. It was pointed out that in a press release dated May 2, 1983, the Minister of Employment and Immigration announced that oral hearings for refugee claimants would be held on an experimental basis in Montréal and Toronto by members of the Refugee Status Advisory Committee. It was observed that the text of s. 45 of the *Immigration Act, 1976* in no way forbids or prevents the holding of oral hearings. Declarations that certain parts of ss. 45(4) and 45(5) of the *Immigration Act, 1976* are inoperative were suggested to empower the Refugee Status Advisory Committee to adjudicate rather than to advise.

The points might be well taken if they were addressed to Parliament. There is probably more than one way to remedy the constitutional shortcomings of the *Immigration Act, 1976*. But it is not the function of this Court to re-write the Act. Nor is it within its power. If the Constitution

pas eu d'audition, et sa mention de l'arrêt *MacDonald*, une affaire de Cour martiale spéciale, où il y avait eu une audition.

<sup>a</sup> Puisque les appelants ont été privés de leur droit fondamental à une audition, la question se pose de savoir à quel redressement ils ont droit dans les circonstances de l'espèce.

<sup>b</sup> Il me semble clair que les ordonnances de la Commission d'appel de l'immigration qui les visent doivent être annulées et que leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention devraient être jugées au fond après la tenue d'auditions complètes. Il s'agit maintenant de savoir qui doit ainsi trancher ces revendications.

<sup>c</sup> Pour divers motifs, tous les appelants ont exprimé leur préférence pour une décision à l'étape initiale, c.-à-d. au niveau du Comité consultatif sur le statut de réfugié qui alors non seulement donnerait un avis, mais déciderait conformément à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ou, subsidiairement, au niveau du Ministre qui déciderait d'une façon semblable. Dans leurs plaidoiries écrites, les avocats ont soutenu qu'il était préférable et plus pratique que la situation soit réglée au niveau de première instance plutôt qu'à celui d'appel. On a souligné que dans un communiqué de presse du 2 mai 1983, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a annoncé que pour ceux qui revendiquent le statut de réfugié, des membres du comité consultatif sur le statut de réfugié tiendraient des auditions sur une base expérimentale à Montréal et à Toronto. On a fait remarquer que le texte de l'art. 45 de la *Loi sur l'immigration de 1976* n'empêche ni ne défend nullement la tenue d'auditions. On a suggéré de déclarer certaines dispositions des par. 45(4) et 45(5) de la *Loi sur l'immigration de 1976* inopérantes pour accorder au comité consultatif sur le statut de réfugié le pouvoir de rendre jugement plutôt que de donner des avis.

<sup>d</sup> Ces points pourraient être à-propos s'ils s'adressaient au législateur. Il y a probablement plus d'un moyen de corriger les lacunes constitutionnelles de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Il n'entre pas dans les attributions de cette Cour de rédiger la Loi. Ce n'est pas non plus de son pouvoir. Si la

requires it, this and other courts can do some relatively crude surgery on deficient legislative provisions, but not plastic or re-constructive surgery. Furthermore, for the procedural and jurisdictional reasons mentioned earlier, all that is before us is a decision of the Federal Court of Appeal dismissing s. 28 applications aimed at the orders of the Immigration Appeal Board. To repeat, the advice given by the Refugee Status Advisory Committee and the initial determinations made by the Minister have not been attacked and are not subject to review in these appeals.

We are thus left with the Immigration Appeal Board and with ss. 70 and 71 of the *Immigration Act, 1976*:

70. (1) A person who claims to be a Convention refugee and has been informed in writing by the Minister pursuant to subsection 45(5) that he is not a Convention refugee may, within such period of time as is prescribed, make an application to the Board for a redetermination of his claim that he is a Convention refugee.

(2) Where an application is made to the Board pursuant to subsection (1), the application shall be accompanied by a copy of the transcript of the examination under oath referred to in subsection 45(1) and shall contain or be accompanied by a declaration of the applicant under oath setting out

- (a) the nature of the basis of the application;
- (b) a statement in reasonable detail of the facts on which the application is based;
- (c) a summary in reasonable detail of the information and evidence intended to be offered at the hearing; and
- (d) such other representations as the applicant deems relevant to the application.

71. (1) Where the Board receives an application referred to in subsection 70(2), it shall forthwith consider the application and if, on the basis of such consideration, it is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that a claim could, upon the hearing of the application, be established, it shall allow the application to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the application to proceed and shall thereupon determine that the person is not a Convention refugee.

Constitution l'exige, cette Cour et d'autres cours peuvent procéder à des opérations drastiques sur les dispositions législatives défectueuses, mais non à des opérations d'embellissement ou de reconstruction. De plus, pour les motifs de procédure et de compétence mentionnés précédemment, tout ce qui nous est soumis c'est une décision de la Cour d'appel fédérale rejetant des demandes fondées sur l'art. 28 et visant les ordonnances de la Commission d'appel de l'immigration. Je le répète, l'avis donné par le Comité consultatif sur le statut de réfugié et la première décision rendue par le Ministre n'ont pas été contestés et ne sont pas susceptibles d'examen dans les présents pourvois.

Il reste donc la Commission d'appel de l'immigration et les art. 70 et 71 de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

70. (1) La personne qui a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention et à qui le Ministre a fait savoir par écrit, conformément au paragraphe 45(5), qu'elle n'avait pas ce statut, peut, dans le délai prescrit, présenter à la Commission une demande de réexamen de sa revendication.

(2) Toute demande présentée à la Commission en vertu du paragraphe (1) doit être accompagnée d'une copie de l'interrogatoire sous serment visé au paragraphe 45(1) et contenir ou être accompagnée d'une déclaration sous serment du demandeur contenant

- a) le fondement de la demande;
- b) un exposé suffisamment détaillé des faits sur lesquels repose la demande;
- c) un résumé suffisamment détaillé des renseignements et des preuves que le demandeur se propose de fournir à l'audition; et
- d) toutes observations que le demandeur estime pertinentes.

71. (1) La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai. À la suite de cet examen, la demande suivra son cours au cas où la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition; dans le cas contraire, aucune suite n'y est donnée et la Commission doit décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

(2) Where pursuant to subsection (1) the Board allows an application to proceed, it shall notify the Minister of the time and place where the application is to be heard and afford the Minister a reasonable opportunity to be heard.

(3) Where the Board has made its determination as to whether or not a person is a Convention refugee, it shall, in writing, inform the Minister and the applicant of its decision.

(4) The Board may, and at the request of the applicant or the Minister shall, give reasons for its determination.

While section 71(1) may not expressly prohibit an oral hearing, as drafted, it does not make any sense if an oral hearing is held at this stage, and it is accordingly inconsistent with the holding of an oral hearing. Mr. Scott made the two following submissions:

31. In the further alternative, the Appellants submit that if section 45(4) is not construed as requiring a hearing before either the Minister or the RSCA, "fundamental justice" would nevertheless be satisfied if section 71 were construed as requiring a hearing before the Immigration Appeal Board on an application for "redetermination".

32. It is submitted, however, that this would require a somewhat awkward construction of section 71(1) insofar as the section would then require a full oral hearing and consideration of the merits, in conformity with natural justice, in order that the Board might determine whether to grant leave to appeal, in which case a second hearing on the merits would occur. It is submitted, therefore, that the most straightforward and reasonable alternative is to declare "inoperative" all the words of section 71(1) following the words "Where the Board receives an application referred to in subsection 70(2), it shall forthwith consider the application . . .". If the remainder of this subsection were "inoperative", the result would be a hearing on the merits before the Appeal Board, which would decide the case.

I agree with the last submission and I would grant the declaration therein requested, such a declaration to be in force however only with respect to the seven cases at bar where Convention refugee claims have been adjudicated upon on the merits without the holding of an oral hearing at any stage.

(2) Au cas où, conformément au paragraphe (1), la Commission permet à la demande de suivre son cours, elle avise le Ministre des date et lieu de l'audition et lui donne l'occasion de se faire entendre.

*a*

(3) La Commission, après s'être prononcée sur le statut du demandeur, en informe par écrit le Ministre et le demandeur.

*b*

(4) La Commission peut et, à la requête du demandeur ou du Ministre, doit motiver sa décision.

*c*

Bien que le texte même du par. 71(1) n'interdise pas expressément la tenue d'une audition, il n'a pas de sens si l'on doit tenir une audition à cette étape de la procédure, et en conséquence il est incompatible avec la tenue d'une audition. M<sup>e</sup>

*d* Scott propose les deux moyens suivants:

[TRADUCTION] 31. Subsidièrement, les appelants soutiennent que si on ne peut donner au par. 45(4) une interprétation qui exige une audition devant le Ministre ou le CCSR, les principes de «justice fondamentale» seraient quand même respectés si on pouvait donner à l'art. 71 une interprétation qui exige la tenue d'une audition devant la Commission d'appel de l'immigration sur une demande de «réexamen».

*f*

32. On soutient toutefois que cela imposerait une interprétation assez bizarre du par. 71(1) car l'article exigerait alors une audition complète et un examen au fond, conformément aux principes de justice naturelle, pour que la Commission puisse décider s'il y a lieu d'accorder l'autorisation d'appel, ce qui occasionnerait une seconde audition au fond. On soutient donc que la solution de rechange la plus simple est de déclarer «inopérants» tous les mots du par. 71(1) qui suivent les mots «La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai . . .». Si le reste de ce paragraphe était «inopérant», il en résulterait une audition au fond devant la Commission d'appel, qui statuerait sur la cause.

*i*

Je suis d'accord avec ce dernier argument et d'avis d'accorder le jugement déclaratoire qui est demandé, lequel ne s'appliquerait cependant qu'à l'égard des sept causes en l'espèce où la demande de statut de réfugié au sens de la Convention a été décidée au fond sans audition quelle qu'elle soit.

*j*

The reason of the last mentioned restriction in the declaration is that I wish to refrain from expressing any view and to reserve judgment on the question whether s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* is compatible with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, in a case where a Convention refugee claim has been dismissed at the initial stage but after an oral hearing, and the claimant applied to the Board for a redetermination of his claim. It seems to me that in such a case, an application in writing for what is analogous to a leave to appeal, would not necessarily deprive the claimant of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. Much might depend on the type of oral hearing held at the earlier stage, as well as on the type of questions to be decided in the appeal.

In such a hypothetical case, the question would also arise as to whether the burden imposed upon the applicant by s. 71(1) to show a probability of success on a full hearing is compatible with the principles of natural justice. This test was adopted by this Court as a matter of statutory construction in *Kwiatkowski v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, but the *Canadian Bill of Rights* was not argued in that case. This question would not arise in the cases at bar where the Immigration Appeal Board will have to adjudicate on merits for the appellants' claims.

I realize that if the Board does as I propose, the proceedings contemplated by s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* will be short-circuited and, for all practical purposes, be replaced by what amounts to a full appeal. But I fail to see any other practical or reasonable alternative in the circumstances of these cases.

In the case of *The Queen v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, a provision of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, enacted prior to the adoption of the *Canadian Bill of Rights* was declared inoperative because it operated so as to abrogate, abridge or infringe one of the rights declared and recognized by the *Canadian Bill of Rights*. It has not been declared by any Act of the Parliament of Canada

Le motif de la restriction mentionnée en dernier lieu dans le jugement déclaratoire tient à ce que je ne veux pas exprimer d'avis, mais réserver mon jugement, sur la question de savoir si le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est compatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, dans le cas où la demande de statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée au stade initial, mais après une audition et où le demandeur a demandé à la Commission de réexaminer sa demande. Il me semble que, dans ce cas, une demande écrite pour ce qui est analogue à une autorisation d'appel ne priverait pas nécessairement le demandeur du droit à une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale. Cela dépendrait beaucoup du genre d'audition tenue à l'étape antérieure de même qu'au genre de question tranchée en appel.

Dans ce cas hypothétique, il faudrait également savoir si le fardeau que le par. 71(1) impose au requérant de prouver qu'il pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition est conforme aux principes de la justice naturelle. Cette Cour a adopté ce critère à titre d'interprétation législative dans l'arrêt *Kwiatkowski c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, mais la *Déclaration canadienne des droits* n'avait pas été invoquée dans cette affaire-là. Cette question ne se poserait pas dans les présentes affaires où la Commission d'appel de l'immigration devra trancher au fond les demandes des appelants.

Je me rends compte que si la Commission fait ce que je propose, la procédure prévue au par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* sera court-circuitée et, à toutes fins pratiques, remplacée par un appel véritable. Je ne puis cependant voir d'autre solution pratique ou raisonnable dans les circonstances.

L'arrêt *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, a déclaré inopérante une disposition de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, adoptée avant la *Déclaration canadienne des droits*, parce qu'elle supprimait, restreignait ou enfreignait l'un des droits reconnus et proclamés dans la *Déclaration canadienne des droits*. Aucune loi du Parlement du Canada ne déclare que la *Loi sur l'immigration*



that the *Immigration Act, 1976* shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*. In view of s. 5(2) of *An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1960* (Can.), c. 44, in Part II which follows the *Canadian Bill of Rights*, I do not see any reason not to apply the principle in the *Drybones* case to a provision enacted after the *Canadian Bill of Rights*. Section 5(2) provides:

(2) The expression "law of Canada" in Part I means an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada.

One last point before I reach my conclusion.

All the parties agree that when the Immigration Appeal Board proceeds under s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* it should not take into account any facts or materials other than those specified by s. 70(2) of the Act, notwithstanding some decisions of the Federal Court of Appeal which would appear to hold that the Board may rely for instance on information acquired through its experience in refugee cases. I would so direct the Board to restrict itself to the facts and material specified in s. 70(2) of the Act.

### Conclusions

The appeals are allowed, the decisions of the Federal Court of Appeal and of the Immigration Appeal Board are set aside. The applications of the appellants for redetermination of their refugee claims are remanded to the Immigration Appeal Board which is directed to adjudicate upon them on the merits after a full oral hearing in each case, in accordance with the directions contained in these reasons.

For the purposes of these seven cases, I would declare inoperative all the words of s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976*, following the words:

*gration de 1976* doit s'appliquer nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*. Vu le par. 5(2) de la *Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1960* (Can.), chap. 44, dans la Partie II qui suit la *Déclaration canadienne des droits*, je ne vois pas de motif de ne pas appliquer le principe énoncé dans l'arrêt *Drybones* à une disposition adoptée après la *Déclaration canadienne des droits*. Voici le par. 5(2):

(2) L'expression «loi du Canada», à la Partie I, désigne une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi, ou toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime, et toute loi exécutoire au Canada ou dans une partie du Canada lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada.

Enfin voici un dernier point avant de conclure.

Toutes les parties sont d'accord pour dire que lorsque la Commission d'appel de l'immigration agit en vertu du par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, elle ne doit pas tenir compte d'autres faits ou documents que ceux qui sont mentionnés au par. 70(2) de la Loi, malgré certaines décisions de la Cour d'appel fédérale qui semblent énoncer que la Commission peut, par exemple, se fonder sur des renseignements acquis par son expérience dans des affaires de réfugiés. Je donnerais donc à la Commission la directive de s'en tenir aux faits et aux documents mentionnés au par. 70(2) de la Loi.

### Conclusions

Les pourvois sont accueillis, les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Commission d'appel de l'immigration sont infirmées. Les demandes des appelants visant le réexamen de leurs revendications du statut de réfugié sont renvoyées à la Commission d'appel de l'immigration afin qu'elle se prononce sur ces demandes au fond après avoir tenu une audition complète dans chaque cas, conformément aux directives contenues dans les présents motifs.

Pour les sept causes en l'espèce, je suis d'avis de déclarer inopérants tous les mots du par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui suivent les mots:

“Where the Board receives an application referred to in subsection 70(2), it shall forthwith consider the application”.

I would award costs on the application for leave to appeal and costs of the appeal to this Court to Mr. Satnam Singh on a solicitor-client basis. Costs in respect of the other six appellants shall be as prescribed by the Order of this Court dated February 16, 1984.

*Appeals allowed.*

*Solicitors for the appellants Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Paramjit Singh Mann, Kewal Singh, Charanjit Singh Gill and Indrani: Gowling & Henderson, Toronto.*

*Solicitor for the appellant Satnam Singh: C.D. Coveney, London.*

*Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Sikh Societies: Green & Spiegel, Toronto; Knazan, Jackman & Goodman, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Donald Chiasson, Toronto; Heifetz, Crozier & Schelew, Toronto.*

«La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai».

<sup>a</sup> Je suis d'avis d'accorder à M. Satnam Singh des dépens sur la base procureur-client relativement à la demande d'autorisation de pourvoi et au pourvoi lui-même devant cette Cour. Quant aux six autres appelants, des dépens leur seront accordés tel que <sup>b</sup> prescrit par l'ordonnance de cette Cour en date du 16 février 1984.

*Pourvois accueillis.*

<sup>c</sup> *Procureurs des appelants Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Paramjit Singh Mann, Kewal Singh, Charanjit Singh Gill et Indrani: Gowling & Henderson, Toronto.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'appellant Satnam Singh: C. D. Coveney, London.*

*Procureur de l'intimé: Roger Tassé, Ottawa.*

<sup>e</sup> *Procureurs de l'intervenante la Fédération des sociétés Sikh du Canada: Green & Spiegel, Toronto; Knazan, Jackman & Goodman, Toronto.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des Églises: Donald Chiasson, Toronto; Heifetz, Crozier & Schelew, Toronto.*

**Jacques Lapierre** *Appellant;*

and

**Attorney General of the Province of Quebec**  
*Respondent.*

File No.: 18141.

1984: November 19, 20; 1985: April 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard,  
Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Torts — Vaccination program organized by Province of Quebec — Child a victim of encephalitis caused by vaccine — No-fault liability pleaded against Province — Liability based on fault in Quebec — Theory of risk not accepted in Quebec law — Civil Code, arts. 983, 1057, 2712.*

Appellant's daughter was vaccinated against measles as part of a vaccination program established by the Government of Quebec. A few days after receiving the vaccine, she was the victim of acute viral encephalitis which ultimately resulted in the permanent almost total disablement of the child. Appellant brought an action for damages against the Government. The Superior Court allowed the action and decided against the Government on the basis of no-fault liability resulting from necessity and grounded on art. 1057 C.C. The Court of Appeal reversed the judgment on the ground that Quebec civil law does not recognize no-fault liability. In this Court, the causal link between the vaccine and the encephalitis was no longer disputed and fault was no longer alleged against anyone. Appellant based his claim against the Government on no-fault or "objective" liability. He relied on a legal principle derived from the theory of necessity, that damages suffered or costs incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter. The question was therefore whether the principle on which appellant's entire case rested has any support in the law of Quebec.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Government of Quebec cannot be held liable for the harm caused to the child by administration of the vaccine. Although in the case at bar recognition of the existence of an obligation independent of any fault would be an excellent thing, no such obligation exists in Quebec civil law. Extrapolation of several provisions of

**Jacques Lapierre** *Appellant;*

et

**Le procureur général de la province de Québec**  
*Intimé.*

N° du greffe: 18141.

1984: 19, 20 novembre; 1985: 4 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Responsabilité délictuelle — Programme de vaccination organisé par la province de Québec — Enfant victime d'une encéphalite causée par le vaccin — Responsabilité sans faute invoquée contre la province — Régime québécois de responsabilité fondé sur la faute — Théorie du risque non acceptée en droit québécois — Code civil, art. 983, 1057, 2712.*

La fille de l'appellant a été vaccinée contre la rougeole dans le cadre d'un programme de vaccination instauré par le gouvernement du Québec. Quelques jours après avoir reçu le vaccin, elle a été victime d'une encéphalite virale aiguë laquelle devait entraîner l'incapacité permanente quasi totale de l'enfant. L'appellant a intenté une action en dommages-intérêts contre le Gouvernement. La Cour supérieure a accueilli l'action et condamné le Gouvernement sur la base d'une responsabilité sans faute découlant d'un état de nécessité et fondée sur l'art. 1057 C.c. La Cour d'appel a infirmé le jugement au motif que le droit civil québécois ne reconnaît pas de responsabilité sans faute. Devant cette Cour, le lien de causalité entre le vaccin et l'encéphalite n'est plus contesté et il n'est plus question de la faute de quiconque. L'appellant invoque, au soutien de sa réclamation contre le Gouvernement, une responsabilité sans faute, dite objective. Il s'appuie sur un principe de droit, tiré de la théorie de l'état de nécessité, selon lequel les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci. Il importe donc de déterminer si ce principe sur lequel repose toute la cause de l'appellant trouve appui en droit québécois.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le gouvernement du Québec ne peut être tenu responsable du préjudice causé à l'enfant par l'administration du vaccin. Quoiqu'en l'espèce, la reconnaissance de l'existence d'une obligation indépendante de toute faute serait une excellente chose, une telle obligation n'est pas prévue par le droit civil québécois. Une extrapolation des

the *Civil Code* and the ancient law provide no basis for a general principle of the civil law that damages suffered or costs incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter. Article 1057 C.C. also provides no legislative support for this principle. That article exists only to explain art. 983 C.C. by giving examples of obligations resulting solely from the operation of law. It does not have the effect of making fortuitous events — the danger of an epidemic in the case at bar — a sixth and new source of obligations.

So far as the theory of risk is concerned, it is not accepted in Quebec, where the system of civil liability is based on proven or presumed fault and not on risk.

#### Cases Cited

*Cité de Québec v. Mahoney* (1901), 10 Que. K.B. 378; *Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 S.C.R. 562; *Dalbec v. Cité de Montréal* (1902), 22 C.S. 23; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Katz v. Reitz*, [1973] C.A. 230; *Simard v. Soucy*, [1972] C.A. 640; Trib. Adm. Strasbourg, November 9, 1976, *Engel v. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660; Trib. Adm. Strasbourg, November 9, 1976, *De Gail v. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code*, arts. 11, 407, 417, 420, 423, 428, 478, 575, 983, 1046, 1052, 1057, 1539, 1546, 1595, 1767, 1768, 1775, 1804, 1812, 1813, 1973, 1980, 1981, 1982, 1994, 1996, 2007, 2009, 2383, 2385, 2387, 2399, 2402, 2410, 2411, 2412, 2427, 2445, 2450, 2451, 2677, 2680, 2691, 2692, 2709, 2712 (formerly 2613).

#### Authors Cited

Aboaf, J. *L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle*, Paris, L.G.D.J., 1942.  
 Baudouin, J.L. *Les obligations*, Yvon Blais Inc., Montréal, 1983.  
 Demers, C. *Traité de Droit civil du Québec*, t. 14, Montréal, Wilson & Lafleur, 1950.  
 Faribault, L. *Traité de droit civil du Québec*, t. 7-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957.  
 Haanappel, P.P.C. "Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle", (1978) 24 *McGill L.J.* 635.  
 Mayrand, A. "L'abus des droits en France et au Québec", (1974) 9 *R.J.T.* 321.

multiplés dispositions du *Code civil* et l'ancien droit ne permettent pas de dégager un principe d'application générale en droit civil selon lequel les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci. L'article 1057 C.c. ne peut pas non plus servir de support législatif à ce principe. Cet article ne sert qu'à expliquer l'art. 983 C.c. en donnant des exemples d'obligations qui résultent de l'opération de la loi seule. Il n'a pas pour effet de faire du cas fortuit—en l'espèce, le danger d'épidémie—une sixième et nouvelle source d'obligations.

Pour ce qui est de la théorie du risque, elle n'est pas acceptée au Québec où le régime de responsabilité civile repose sur la faute prouvée ou présumée et non sur le risque.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Cité de Québec c. Mahoney* (1901), 10 B.R. 378; *Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 R.C.S. 562; *Dalbec c. Cité de Montréal* (1902), 22 C.S. 23; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230; *Simard c. Soucy*, [1972] C.A. 640; Trib. Adm. Strasbourg, 9 novembre 1976, *Engel c. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660; Trib. Adm. Strasbourg, 9 novembre 1976, *De Gail c. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660.

#### Lois et règlements cités

*Code civil*, art. 11, 407, 417, 420, 423, 428, 478, 575, 983, 1046, 1052, 1057, 1539, 1546, 1595, 1767, 1768, 1775, 1804, 1812, 1813, 1973, 1980, 1981, 1982, 1994, 1996, 2007, 2009, 2383, 2385, 2387, 2399, 2402, 2410, 2411, 2412, 2427, 2445, 2450, 2451, 2677, 2680, 2691, 2692, 2709, 2712 (anciennement 2613).

#### Doctrine citée

Aboaf, J. *L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle*, Paris, L.G.D.J., 1942.  
 Baudouin, J.L. *Les obligations*, Yvon Blais Inc., Montréal, 1983.  
 Demers, C. *Traité de Droit civil du Québec*, t. 14, Montréal, Wilson & Lafleur, 1950.  
 Faribault, L. *Traité de droit civil du Québec*, t. 7-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957.  
 Haanappel, P.P.C. «Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle», (1978) 24 *McGill L.J.* 635.  
 Mayrand, A. «L'abus des droits en France et au Québec», (1974) 9 *R.J.T.* 321.

- Mazeaud, H. & L. et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965.
- Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Théorêt, 1895.
- Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901.
- Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916.
- Morel, A. *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Thémis, 1955.
- Nadeau, A. et R. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971.
- Pallard, R. *L'exception de nécessité en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1949.
- Ripert, G. *Droit maritime*, 4<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Rousseau et Cie, 1953.
- Rodière, R. *Droit maritime*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979.
- Rodière, R. *Traité général de droit maritime*, t. 4, Paris, Dalloz, 1972.
- Savatier, R. «L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle» dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939.
- Savatier, R. «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables» dans *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974.
- Savatier, R. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1951.
- Tancelin, M. *Des obligations: contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984.
- Taschereau, R. *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, Montréal, Théorêt, 1901.
- Mazeaud, H. & L. et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965.
- Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Théorêt, 1895.
- <sup>a</sup> Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901.
- Mignault, P.B. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916.
- Morel, A. *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Thémis, 1955.
- <sup>b</sup> Nadeau, A. et R. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971.
- Pallard, R. *L'exception de nécessité en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1949.
- <sup>c</sup> Ripert, G. *Droit maritime*, 4<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Rousseau et Cie, 1953.
- Rodière, R. *Droit maritime*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979.
- Rodière, R. *Traité général de droit maritime*, t. 4, Paris, Dalloz, 1972.
- Savatier, R. «L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle» dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939.
- <sup>d</sup> Savatier, R. «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables» dans *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974.
- <sup>e</sup> Savatier, R. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1951.
- Tancelin, M. *Des obligations: contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984.
- <sup>f</sup> Taschereau, R. *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, Montréal, Théorêt, 1901.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 631, 27 C.C.L.T. 190, 7 D.L.R. (4th) 37, reversing a judgment of the Superior Court, [1979] C.S. 907, 13 C.C.L.T. 1, allowing appellant's action for damages. Appeal dismissed.

*Guy Taillefer, Jean Bernier, Richard Pigeon, Stéphane Sheitoyan and Claude Taillefer*, for the appellant.

*Daniel Chénard and François Aquin*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant based his claim for damages against the Government of Quebec, on

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 631, 27 C.C.L.T. 190, 7 D.L.R. (4th) 37, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure, [1979] C.S. 907, 13 C.C.L.T. 1, qui avait accueilli l'action en dommages-intérêts de l'appelant. Pourvoi rejeté.

*Guy Taillefer, Jean Bernier, Richard Pigeon, Stéphane Sheitoyan et Claude Taillefer*, pour l'appelant.

*Daniel Chénard et François Aquin*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE CHOUINARD—Au soutien de sa réclamation en dommages-intérêts à raison du préju-

account of the injury caused by administration of a vaccine, on no-fault or "objective" liability.

As counsel for the government wrote, the latter, [TRANSLATION] "urged by the medical community to introduce measles vaccination in 1970", did so on a grand scale. Beginning in that year it had an average of 85,000 children a year vaccinated without charge.

On September 14, 1972, at the suggestion of the nurse at the Assomption-Montcalm public health unit clinic, Mrs. Lapierre agreed to the vaccination of her daughter Nathalie, then five years old.

On September 22 following, the child was the victim of acute viral encephalitis and was hospitalized for several months. The trial judge wrote, [1979] C.S. 907, at p. 910, that this encephalitis [TRANSLATION] "ultimately had disastrous consequences for Nathalie Lapierre and resulted in her permanent almost total disablement".

The child's father sued the Attorney General of the province of Quebec, who impleaded in warranty the companies of Merck, Sharp & Dohme and Merck, Sharp & Dohme Canada Limited, the manufacturer and distributor of the vaccine respectively. In his capacity as tutor he claimed the amount of \$1,980,000 and in his personal capacity the amount of \$35,000.

The Superior Court allowed the action and directed the Attorney General to pay plaintiff the sum of \$10,000 personally and the sum of \$375,000 in his capacity as tutor to his daughter Nathalie, with interest and costs. The action in warranty against the manufacturer and distributor of the vaccine was dismissed.

The Attorney General appealed and asked that Lapierre's action be dismissed and the action in warranty allowed. Mr. Lapierre filed a cross-appeal asking that the damages for his daughter be increased to \$1,980,000. The Court of Appeal unanimously allowed the principal appeal, [1983] C.A. 631. It dismissed the action against the province and the action in warranty against Merck,

dice causé par l'administration d'un vaccin, l'appelant invoque contre le gouvernement du Québec une responsabilité sans faute, dite objective.

*a* «Incité par la communauté médicale à introduire la vaccination contre la rougeole en 1970», comme l'écrivent les procureurs du gouvernement, ce dernier s'y applique sur une grande échelle. À compter de cette année-là il a fait vacciner gratuitement *b* en moyenne quatre-vingt-cinq mille enfants par année.

*c* Le 14 septembre 1972, à l'invitation de l'infirmière de la clinique de l'Unité Sanitaire Assomption-Montcalm, M<sup>me</sup> Lapierre consent à faire vacciner sa fille Nathalie, alors âgée de cinq ans.

*d* Le 22 septembre suivant, l'enfant est victime d'une encéphalite virale aiguë et est hospitalisée durant plusieurs mois. Cette encéphalite, écrit le juge de première instance, [1979] C.S. 907, à la p. 910, «devait finalement avoir des conséquences désastreuses pour Nathalie Lapierre et entraîner son incapacité permanente quasi totale».

*f* Le père de l'enfant poursuit le procureur général de la province de Québec qui appelle en garantie, les compagnies Merck, Sharp & Dohme et Merck, Sharp & Dohme Canada Limitée, respectivement fabricant et distributeur du vaccin. Il réclame en sa qualité de tuteur la somme de 1 980 000 \$ et à titre personnel un montant de 35 000 \$.

*g* La Cour supérieure accueille l'action et condamne le procureur général à payer au demandeur personnellement la somme de 10 000 \$ et en sa qualité de tuteur à sa fille Nathalie la somme de *h* 375 000 \$ avec les intérêts et les dépens. L'action en garantie dirigée contre les compagnies productrice et distributrice du vaccin est rejetée.

*i* Le procureur général se pourvoit en appel et réclame le rejet de l'action de Lapierre et le maintien de l'action en garantie. Monsieur Lapierre forme un appel incident demandant de porter les dommages-intérêts pour sa fille à 1 980 000 \$. La Cour d'appel, à l'unanimité, [1983] C.A. 631, accueille l'appel principal. Elle rejete l'action dirigée contre la province de même que l'action en

Sharp & Dohme and Merck, Sharp & Dohme Canada Limited.

At this stage, fault is no longer alleged against anyone, whether the government, its employees or the manufacturer and distributor of the vaccine. The latter two are no longer parties to the case.

It should also be noted that the Attorney General is no longer disputing the causal link between the vaccine and the encephalitis.

At the hearing, counsel for the appellant filed an application to increase the amount of the claim. He is now seeking \$3,158,853 in his capacity as tutor to the child. He is asking for interest at the legal rate on this amount and on the amount of \$10,000 which was awarded to him personally. He is further asking for interest on the interest from September 22, 1972, pursuant to para. 2 of art. 1078 C.C. Finally, he is asking for the additional indemnity provided for in art. 1078.1 C.C. from the date it became effective on April 1, 1983, and costs. This application was taken under advisement and will only have to be disposed of if appellant succeeds on the question of liability. Otherwise, the application will follow the outcome of the appeal.

First, the Superior Court judge found that there was a causal link between administration of the vaccine, the encephalitis and the damages. He then ruled out any fault by respondent and its employees or by defendants in warranty. The judge likened the vaccination given in the case at bar to a compulsory vaccination: [TRANSLATION] "In such a case it can be said that the vaccination is deemed to be necessary and that the moral suasion exercised on the public to have it done is the equivalent of a vaccination compulsorily imposed" (at p. 917). In the opinion of the judge the consent given by the mother in the circumstances in no way altered the problem. Finally, the judge decided against the government on the basis of no-fault liability resulting from necessity and grounded on art. 1057 C.C.

garantie contre les compagnies Merck, Sharp & Dohme et Merk, Sharp & Dohme Canada Limitée.

À ce stade-ci, il n'est plus question de la faute de quiconque, que ce soit de la part du gouvernement, de ses préposés ou des compagnies productrice et distributrice du vaccin. Ces dernières d'ailleurs ne sont plus en cause.

Il convient de souligner d'autre part que le procureur général ne conteste plus le lien de causalité entre le vaccin et l'encéphalite.

Au cours de l'audition, le procureur de l'appellant a présenté une requête dans le but de hausser le montant de la réclamation. Il demande maintenant en sa qualité de tuteur à l'enfant 3 158 853 \$. Il demande les intérêts au taux légal sur cette somme ainsi que sur la somme de 10 000 \$ qui lui avait été accordée personnellement. Il demande en outre l'intérêt sur les intérêts depuis le 22 septembre 1972 en vertu du par. 2 de l'art. 1078 C.c. Enfin il demande l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 C.c. à compter de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1983, et les dépens. Cette requête a été prise en délibéré et il ne sera nécessaire d'en disposer que s'il est donné raison à l'appellant quant à la responsabilité. Autrement, la requête suivra le sort du pourvoi.

Le juge de la Cour supérieure a conclu en premier lieu à l'existence d'un lien de causalité entre l'administration du vaccin, l'encéphalite et les dommages. Puis, il a écarté toute faute de la part de l'intimé et de ses préposés, de même que de la part des défenderesses en garantie. Le juge a assimilé la vaccination pratiquée en l'espèce à une vaccination obligatoire. «On peut dire qu'en pareil cas la vaccination est jugée nécessaire et que la contrainte morale exercée sur la population pour qu'on y fasse procéder est l'équivalent d'une vaccination dont on décréterait le caractère obligatoire» (p. 917). Le juge a émis l'opinion que dans les circonstances le consentement donné par la mère ne déplaçait aucunement le problème. Enfin le juge a condamné le gouvernement sur la base d'une responsabilité sans faute découlant d'un état de nécessité et fondée sur l'art. 1057 C.c.

The Court of Appeal agreed with the Superior Court as to the fact that no one had committed any fault, but it differed as to whether the vaccination was compulsory. McCarthy J.A. wrote for the Court, at p. 635: [TRANSLATION] "The 'moral suasion exercised on the public' referred to by the trial judge [...] did not make Nathalie's vaccination compulsory". In the opinion of the Court of Appeal no-fault liability did not exist in the circumstances and art. 1057 C.C. definitely does not have the scope suggested by the Superior Court judge. In particular, McCarthy J.A. wrote at p. 633: [TRANSLATION] "In my opinion, an obligation independent of any fault in circumstances such as those of the case at bar would be an excellent thing, but it does not exist in our law at present". Accordingly, the Court of Appeal reversed the Superior Court judgment and dismissed appellant's action.

#### Whether Vaccination Compulsory

It does not seem necessary for the purposes of this appeal to determine whether the vaccination given in the case at bar can be regarded as compulsory for, in my opinion, appellant's argument does not depend on that. The Court of Appeal did not dismiss appellant's action on the ground that, in its opinion, the vaccination was not compulsory, but because Quebec civil law does not recognize no-fault liability. If appellant's argument is accepted, the Court must rule in his favour regardless of whether the vaccination was compulsory or not.

#### Appellant's Position

As counsel for the appellant argued in this Court:

[TRANSLATION] It cannot be seriously denied that it would be just and equitable to compensate Nathalie.

However, equity is not *per se* the source of an obligation. The matter must be decided in accordance with positive law.

If Nathalie Lapierre cannot base her claim on positive law, on the civil law, she cannot be compensated.

In his pleading in this Court, counsel for the appellant presented his arguments in a different order from the one used in his submission, without in any way abandoning any of those arguments.

La Cour d'appel est d'accord avec la Cour supérieure relativement au fait que personne n'a commis de faute. Elle diffère d'opinion cependant quant au caractère obligatoire de la vaccination. Le juge McCarthy écrit au nom de la Cour, à la p. 635: «La 'contrainte morale exercée sur la population' dont parle le juge de première instance [...] ne rendait pas obligatoire la vaccination de Nathalie». La Cour d'appel est d'avis qu'il n'existe pas de responsabilité sans faute applicable en l'espèce et que l'art. 1057 C.c. n'a nullement la portée que lui attribue le juge de la Cour supérieure. Le juge McCarthy écrit notamment à la p. 633: «À mon avis, une obligation indépendante de toute faute dans des circonstances telles celles du cas présent serait une excellente chose mais notre droit actuel ne la prévoit pas». En conséquence la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure et rejette l'action de l'appelant.

#### Le caractère obligatoire ou non de la vaccination

Il ne me paraît pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi de déterminer si la vaccination pratiquée en l'espèce peut être qualifiée d'obligatoire car à mon avis la thèse de l'appelant n'en dépend pas. Ce n'est pas au motif que, dans son opinion, la vaccination n'était pas obligatoire que la Cour d'appel a rejeté l'action de l'appelant mais au motif que le droit civil québécois ne reconnaît pas de responsabilité sans faute. Si on accepte la thèse de l'appelant celui-ci aura gain de cause indépendamment du fait que la vaccination ait ou non été obligatoire.

#### La position de l'appelant

Comme l'a exposé le procureur de l'appelant devant cette Cour:

On ne peut sérieusement nier qu'il serait juste et équitable d'indemniser Nathalie.

Mais l'équité en soi n'est pas source d'obligation.

Il faut se baser sur le droit positif.

Si Nathalie Lapierre ne peut justifier sa réclamation en droit positif, en droit civil, elle ne sera pas indemnisée.

Au cours de son plaidoyer devant cette Cour, le procureur de l'appelant a présenté ses moyens selon un ordre différent de celui que l'on trouve dans son mémoire, sans pour autant rien abandon-



This order also undoubtedly differs from that adopted in the Court of Appeal and the Superior Court. It will be best to follow the order adopted at the hearing.

Counsel for the appellant stated the following legal principle: damages suffered or costs incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter. He found legislative support for this rule in:

- (i) extrapolation of several provisions of the *Civil Code*;
- (ii) the ancient law;
- (iii) art. 1057 *C.C.*

#### Necessity

According to counsel for the appellant, the theory of necessity is the source of the rule above stated.

He gave it the definition suggested by R. Savatier in a study titled "L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle", contained in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, 1939, at p. 729:

[TRANSLATION] Under the definition which we will adopt forthwith, necessity is a situation in which it clearly appears to an individual that the only means of avoiding a greater or equivalent harm is causing a lesser or equivalent harm.

Counsel for the appellant submitted that although in general necessity is a defence, it can also be the source of an obligation.

Additionally, R. Savatier in his *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, 1951, Nos. 102-105, at pp. 125 *et seq.*, lists various types of necessity:

[TRANSLATION]

- (1) harm caused to another in order to avoid harm to oneself;
- (2) harm caused to oneself to avoid harm to another: the case of selflessness; *i*
- (3) harm caused to another to avoid other harm to the same person;
- (4) harm caused to a third party in the interest of another third party or of the community. *j*

In his submission appellant said:

ner de ce dernier. Cet ordre diffère aussi sans doute de celui adopté devant la Cour d'appel et la Cour supérieure. Il convient de suivre l'ordre adopté à l'audition.

<sup>a</sup> Le procureur de l'appellant énonce le principe de droit suivant: les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci. Ce principe <sup>b</sup> trouve un support législatif dans:

- (i) l'extrapolation de multiples dispositions du *Code civil*;
- (ii) l'ancien droit;
- <sup>c</sup> (iii) l'article 1057 *C.c.*

#### L'état de nécessité

<sup>d</sup> Selon le procureur de l'appellant, la théorie de l'état de nécessité est la source du principe énoncé ci-dessus.

Il en donne la définition proposée par R. Savatier dans une étude intitulée «L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle», contenue dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, 1939, à la p. 729:

<sup>e</sup> L'état de nécessité, c'est, suivant la définition que nous adopterons tout d'abord, la situation de celui à qui il apparaît clairement que le seul moyen d'éviter un mal plus grand ou égal est de causer un mal moins grand ou égal.

<sup>g</sup> Le procureur de l'appellant soumet que bien qu'en général l'état de nécessité soit un moyen de défense, il peut aussi être source d'obligation.

<sup>h</sup> Par ailleurs, R. Savatier, dans son *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, 1951, nos 102 à 105, pp. 125 *et suiv.*, énumère diverses espèces d'états de nécessité:

- 1<sup>o</sup> le mal causé à autrui pour s'en éviter un à soi-même;
- 2<sup>o</sup> le mal causé à soi-même pour en éviter un à autrui: l'acte de dévouement;
- 3<sup>o</sup> le mal causé à autrui pour en éviter un autre à la même personne;
- 4<sup>o</sup> le mal causé à un tiers dans l'intérêt d'un autre tiers ou de la collectivité.

L'appellant expose dans son mémoire:

[TRANSLATION] Savatier says regarding the fourth (4th) type of necessity that, in the absence of any fault leading to the act of necessity, those who benefited from the act arising out of the necessity, or their representatives if they cannot be identified, will be subject to liability.

For such liability to exist, however, there must be moral suasion which led to the decision to cause necessary damage or a duty imposed by statute to perform an act which might cause necessary damage.

As the evidence at trial demonstrated, measles is a universal scourge which must be dealt with by any society. So far as moral suasion is concerned, the medical associations had pressured the provincial government to develop a vaccination program.

Accordingly, the evidence in the record is that there was a necessity to act, and the government acted.

Fate decreed that although the risk of encephalitis would only be one in a million of the persons vaccinated, Nathalie Lapierre would be its victim. (The risk among persons not vaccinated is one in one hundred thousand.) According to appellant, the rule above stated means that the community — or the State — must compensate the victim.

Counsel for the appellant further referred to J. Aboaf, *L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle*, 1942.

The latter lays down five conditions for the existence of a necessity (at p. 22):

[TRANSLATION]

(a) The individual must be faced with an unavoidable alternative.

(b) One of the two branches of this alternative must be to perform an act causing damage, as the only means of avoiding serious harm (act of necessity).

(c) The other branch of the alternative must be to allow that serious harm to occur, resulting in the effective loss of something worthwhile.

(d) The harm must be unjust.

(e) It must be significant and greater or at least equal in significance to that of the loss that would result from the act of necessity.

Concernant la quatrième (4<sup>e</sup>) sorte d'état de nécessité, Savatier mentionne qu'en l'absence de faute ayant commandé l'acte nécessaire, il y a responsabilité des bénéficiaires de l'intervention inspirée par la nécessité, ou de leur agent s'ils ne sont pas identifiables.

Pour qu'une telle responsabilité puisse exister, on doit cependant retrouver soit la présence d'une contrainte morale qui a motivé la décision de causer un dommage nécessaire ou un devoir imposé par une loi de faire un acte susceptible de causer un dommage nécessaire.

Tel que l'a démontré la preuve en première instance, la rougeole constitue un fléau universel auquel toutes les sociétés doivent faire face. En ce qui concerne la contrainte morale, les associations médicales avaient exercé des pressions sur le gouvernement provincial pour qu'il développe un programme de vaccination.

La preuve au dossier est donc à l'effet qu'il y avait nécessité d'agir et le gouvernement a agi.

La fatalité a voulu que bien que le risque d'encéphalite ne soit que d'un cas sur un million de sujets vaccinés, Nathalie Lapierre en soit la victime. (Chez les personnes non vaccinées, le risque est de un cas sur cent mille). En application du principe énoncé plus haut la collectivité, c'est-à-dire l'État, doit selon l'appellant indemniser la victime.

Le procureur de l'appelant renvoie également à J. Aboaf, *L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle*, 1942.

Ce dernier pose cinq conditions auxquelles l'existence de l'état de nécessité est subordonnée (à la p. 22):

a) L'agent doit être placé devant une alternative inéluctable.

b) L'une des deux branches de cette alternative doit être d'accomplir un acte dommageable, seul moyen d'éviter un mal grave (acte nécessaire).

c) L'autre branche de l'alternative doit être de laisser se réaliser ce mal grave consistant dans la perte effective d'un bien.

d) Ce mal doit être injuste.

e) Il doit être important et d'une importance supérieure ou au moins égale à celle du préjudice que causerait l'acte nécessaire.

According to counsel for the appellant the circumstances of the case at bar are such that each of the five conditions is met:

1. The trial judge found that there was the risk of an epidemic, which the Court of Appeal assumed without confirming or denying it, as in view of its findings on the law this was not necessary: the risk of an epidemic made it necessary to take action and to vaccinate;
2. It was established that vaccination was the only means of avoiding an epidemic;
3. The evidence was that the other alternative, namely the serious harm, was the possibility that up to 90 or 95 per cent of the population would catch measles;
4. A measles epidemic is an unjust harm *per se*, especially as the vaccine was the means of stopping it and it would not be administered;
5. The harm done to Nathalie Lapierre was less than all the encephalitis which would have resulted if there had been no vaccination.

Even assuming that the conditions of a necessity were all met, which is strongly disputed in the case at bar, it would not be possible to ignore the qualifications made by French academic analysis, seeking to limit application of the rule to circumstances of a particular type. See, in particular, H. and L. Mazeaud and A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, 1965, Nos. 488 *et seq.*, pp. 544 *et seq.*; R. Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, 1949, Nos. 76 *et seq.* and Nos. 207 *et seq.*

Quebec writers have had little to say on the subject, apart from descriptions of a few cases of action taken *in extremis*.

However, counsel for the appellant cited three cases which discuss the legal rule on which he relied, namely that damage suffered or expense incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter.

The first is the judgment of the Court of Appeal in *Cité de Québec v. Mahoney* (1901), 10 Que. K.B. 378, in which the City of Québec was ordered

Suivant le procureur de l'appelant les circonstances de l'espèce sont telles que chacune des cinq conditions est remplie:

- a 1. Le juge de première instance a déterminé qu'il y avait un risque d'épidémie, ce que la Cour d'appel a présumé sans le confirmer ni l'infirmier, cela n'étant pas nécessaire vu ses conclusions en droit. Ce risque d'épidémie imposait d'agir et de vacciner;
- b 2. Il est établi que la vaccination est le seul moyen d'éviter une épidémie;
- c 3. Il est en preuve que l'autre alternative, soit le mal grave, c'est la possibilité que jusqu'à quatre-vingt-dix (90) ou quatre-vingt-quinze (95) pour cent de la population attrape la rougeole;
- d 4. L'épidémie de rougeole est en soi un mal injuste d'autant plus que le vaccin étant le moyen de la combattre, il ne serait pas administré;
- e 5. Le mal de Nathalie Lapierre est moindre que toutes les encéphalites qui auraient été subies s'il n'y avait pas eu de vaccination.

Même s'il fallait présumer que les conditions de l'état de nécessité sont toutes satisfaites, ce qui est fortement contesté en l'espèce, on ne pourrait passer sous silence les réserves apportées par la doctrine française qui visent à limiter l'application du principe à des circonstances d'un caractère particulier. Voir notamment: H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, 1965, n<sup>os</sup> 488 et suiv., pp. 544 et suiv.; R. Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, 1949, n<sup>os</sup> 76 et suiv. et n<sup>os</sup> 207 et suiv.

h Les auteurs québécois ont peu écrit sur le sujet si ce n'est pour relater quelques cas de manœuvres *in extremis*.

Le procureur de l'appelant cite cependant trois arrêts qui font état du principe de droit sur lequel il s'appuie, savoir que les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci.

j Le premier est l'arrêt de la Cour d'appel dans *Cité de Québec c. Mahoney* (1901), 10 B.R. 378, où la cité de Québec fut condamnée à rembourser

to reimburse an owner for the value of his house which was demolished to check the progress of a fire. Cimon J.A., speaking for the majority, relied *inter alia* on a French case which awarded compensation for demolition in such circumstances in the public interest. However, he noted that some authorities base this action on the rules of expropriation. At page 401, he wrote:

[TRANSLATION] Turning to more modern French law, I again find that as a result this case is likened to the theory of jettison, though many writers regard this demolition as a tacit expropriation; the result is that the owner of the house demolished will be entitled to compensation.

A little further on, he added:

[TRANSLATION] In a case before the Cour de cassation, presided over by Mr. Troplong, a demolition in such circumstances is called an "expropriation" (D. P. 66. 1. 75). I regard this description as inappropriate: but what do the words matter!

In any event, this case does not constitute an authority for the case at bar in view of the fact that there was no statement of principle and it is not clearly indicated whether the decision was based on ancient or modern French law or on municipal law.

*Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 S.C.R. 562, concerned a claim by the Town against the insurance company of an owner whose house had been demolished to arrest the progress of a fire, and who the Town had compensated. It may be noted that in this case the *Town Corporations' General Clauses Act*, R.S.Q. 1888, s. 4426, authorized such demolition and provided for compensation. Three judges of this Court cited *Mahoney*. Duff J., dissenting, mentioned it at pp. 573 *et seq.*, and appeared to approve it at p. 579. Brodeur J. also cited it at p. 584, but he relied on art. 407 C.C. He wrote:

[TRANSLATION] Essentially we are back under the provisions of art. 407 of the Civil Code, which states that no one may be compelled to give up his property except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid.

au propriétaire la valeur de sa maison démolie pour enrayer le progrès d'un incendie. Le juge Cimon, au nom de la majorité, s'appuie entre autres sur un arrêt français qui accorde une indemnité en pareil cas de démolition pour fins d'intérêt public. Il note néanmoins que certaines autorités appuient ce recours sur les règles de l'expropriation. Il écrit à la p. 401:

Et, en passant au droit français plus moderne, j'y trouve encore, comme résultat, qu'on assimile le cas à la doctrine du jet de mer, bien que plusieurs appellent cette démolition une expropriation tacite; et il en résulte que le propriétaire de la maison abattue a droit à une indemnité.

Il ajoute un peu plus loin:

Dans une cause devant la cour de Cassation, sous la présidence de M. Troplong, une démolition est, en pareil cas, appelée «expropriation» (D. P. 66. 1. 75). Je crois cette qualification impropre. Mais qu'importe l'expression!

Quoiqu'il en soit, cet arrêt ne peut guère faire autorité en l'espèce compte tenu du fait qu'il n'y a pas de déclaration de principe et que les fondements de la décision ne sont pas clairement identifiés entre le droit français ancien ou moderne et le droit municipal.

Dans *Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi* (1915), 51 R.C.S. 562, il s'agissait d'une réclamation de la cité contre la compagnie d'assurance d'une propriétaire dont la maison avait été démolie pour circonscrire un incendie et que la cité avait indemnisée. À remarquer que dans ce cas l'*Acte des clauses générales des corporations de ville*, S.R.Q. 1888, art. 4426, autorisait pareille démolition et prévoyait l'indemnisation. Trois juges de cette Cour citent l'arrêt *Mahoney*. Le juge Duff, dissident, en parle aux pp. 573 *et suiv.* et semble l'approuver à la p. 579. Le juge Brodeur de son côté le cite aussi à la p. 584, mais il invoque l'art. 407 C.c. Il écrit:

Nous retombons virtuellement sous les dispositions de l'article 407 du Code Civil qui dit que nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour une cause d'utilité publique et pour une juste et préalable indemnité.

Finally, Idington J., though he expressed no opinion as to the merits of *Mahoney*, did not regard it as relevant (p. 570).

In *Dalbec v. Cité de Montréal* (1902), 22 C.S. 23, the Circuit Court directed the City to pay an owner the income lost while his house was quarantined due to an infectious disease. The judge relied on *Mahoney*.

Respondent argued that the case was not one of necessity, and especially not one which met each of the conditions stated by commentators.

I do not intend to discuss this question, for what matters is to determine whether the fundamental principle on which appellant's entire case rests has any support in the law of Quebec, in particular the three points mentioned. Respondent disputed this, and argued that [TRANSLATION] "The concept of a legal obligation to compensate resulting from a necessity has no legal existence in the law of Quebec".

#### Extrapolation

The first point made by appellant was based on this Court's decision in *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, which confirmed that the theory of unjust enrichment has been incorporated into the civil law. After referring to the academic dispute, as to whether the legislative basis for unjust enrichment in arts. 1041 and 1042 C.C. or arts. 1057 and 2613 C.C. (now 2712), depending on whether it is regarded as based on an innominate quasi-contract or on law or custom, Beetz J. wrote, for the Court, at pp. 76-77:

Such support can also be found in an extrapolation from the numerous provisions of the *Civil Code*, that are only special applications of it. The *Civil Code* does not contain the whole of civil law. It is based on principles that are not all expressed there, which it is up to case law and doctrine to develop:

[TRANSLATION] "... our Code, like the French Civil Code, has often applied this maxim—"Pomponius' maxim"—to special situations, but it has not made it into a general rule. I have admitted, however, the possibility of maintaining that the legislator recog-

Enfin le juge Idington, quoiqu'il n'exprime pas d'opinion sur la justesse de l'arrêt *Mahoney*, ne le trouve pas pertinent (p. 570).

Dans *Dalbec c. Cité de Montréal* (1902), 22 C.S. 23, la Cour de circuit condamne la cité à payer à un propriétaire le revenu perdu pendant que sa maison avait été mise en quarantaine par suite d'une maladie contagieuse. Le juge se fonde sur l'arrêt *Mahoney*.

L'intimé conteste qu'il s'agissait en l'espèce d'un cas de nécessité, plus particulièrement d'un cas remplissant chacune des conditions posées par la doctrine.

Je n'entends pas m'attarder à discuter de cette question car il importe avant tout de déterminer si le principe fondamental sur lequel repose toute la cause de l'appelant trouve appui en droit québécois, plus particulièrement sur les trois supports invoqués. L'intimé le conteste et soumet que «la notion d'obligation légale de compensation résultant de l'état de nécessité n'a pas d'existence juridique en droit québécois».

#### L'extrapolation

Ce premier support invoqué par l'appelant s'inspire de l'arrêt de cette Cour *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, qui confirme l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié au droit civil. Après avoir fait allusion à la querelle doctrinale, à savoir si l'enrichissement injustifié trouve son support législatif dans les art. 1041 et 1042 C.c. ou dans les art. 1057 et 2613 C.c. (maintenant 2712) selon que l'on tient qu'il est fondé sur un quasi-contrat innommé ou bien sur la loi ou la coutume, le juge Beetz écrit, au nom de la Cour, aux pp. 76 et 77:

On peut également trouver un tel support dans une extrapolation des multiples dispositions du *Code civil* qui n'en sont que des applications particulières. Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité:

«... notre Code, comme le Code civil français, a maintes fois appliqué cette maxime—«la maxime de Pomponius—» à des situations particulières, mais il ne l'a pas érigée en règle générale. J'ai admis, toutefois, la possibilité de dire que le législateur reconnaît son

nizes its authority, since he gives it effect in all the cases of application which he contemplates. Surely it can be argued that if he had contemplated other situations, and he sometimes lacks foresight, he would have applied it again". (Mignault, *op. cit.*, pp. 1971 and 1972 [*sic*]).

Appellant followed the same reasoning and referred to several articles of the *Civil Code*, which he submitted apply the legal principle that [TRANSLATION] "damages or expenses necessary to preserving the common welfare are paid for by those who benefit from them".

He grouped these articles in four categories, the first of which deals with general average contribution. It takes in the following twelve articles: 2007, 2383, 2385, 2387, 2399, 2402, 2450, 2677, 2680, 2691, 2692, 2709.

Of these, the one most often cited and which perhaps best illustrates the theory of general average contribution is art. 2450 *C.C.*, regarding jettison:

**2450.** Freight is payable upon the goods cast overboard for the preservation of the ship and of the remainder of the cargo, and the value of such goods is to be paid to the owner of them by contribution on general average.

However, it must be borne in mind that the theory of general average contribution is entirely special to maritime law, so much so indeed that it applies only to maritime navigation as opposed to any other form of transportation.

G. Ripert, *Droit maritime*, 4<sup>e</sup> éd., t. 3, 1953, writes at p. 193, No. 2222:

[TRANSLATION] The theory of general average contribution has always been presented in our ancient law as pertaining to maritime traffic. It still has this exceptional nature today.

At page 188, No. 2218, he writes:

[TRANSLATION] When one looks at the theory of general average contribution today, one is struck by its singular appearance in relation to the rules of the civil law.

G. Ripert defines general average contribution at pp. 180-181, No. 2209:

[TRANSLATION] According to a very ancient rule of maritime law, certain damage affecting the vessel or goods will not be borne exclusively by the owner of the

autorité, puisqu'il lui donne effet dans tous les cas d'application qu'il prévoit. Ne peut-on pas ajouter que, s'il avait prévu d'autres cas, et il manque quelquefois de prévision, il l'aurait appliquée encore?". (Mignault, *op. cit.* pp. 171, 172).

L'appelant fait le même raisonnement et renvoie à de nombreux articles du *Code civil* qui, nous soumet-il, appliquent le principe de droit énonçant que «les dommages ou dépenses nécessaires à la conservation de l'intérêt commun sont payés par les bénéficiaires».

Il regroupe ces articles en quatre catégories dont la première a trait aux avaries communes. Elle comprend les douze articles suivants: 2007, 2383, 2385, 2387, 2399, 2402, 2450, 2677, 2680, 2691, 2692, 2709.

De ceux-ci, le plus souvent cité et celui qui illustre peut-être le mieux la théorie des avaries communes, est l'art. 2450 *C.c.* relatif au jet à la mer:

**2450.** Le fret est payable sur les marchandises jetées à la mer pour la conservation du bâtiment et du reste du chargement, et la valeur de ces marchandises doit être payée au propriétaire par contribution générale.

Il faut constater cependant que la théorie des avaries communes est tout à fait particulière au droit maritime, tellement même qu'elle ne s'applique qu'à la navigation maritime par opposition à toute autre forme de transport.

G. Ripert, *Droit maritime*, 4<sup>e</sup> éd., t. 3, 1953, écrit à la p. 193, n° 2222:

La théorie des avaries communes a toujours été présentée dans notre Ancien droit comme propre aux aventures maritimes. Elle conserve aujourd'hui ce caractère exceptionnel.

À la page 188, n° 2218, il écrit:

Quand on examine à l'heure actuelle la théorie des avaries communes, on est étonné du caractère particulier qu'elle offre par rapport aux règles du droit civil.

G. Ripert définit les avaries communes aux pp. 180 et 181, n° 2209:

D'après une très ancienne règle du droit maritime, certaines avaries qui frappent le navire ou les marchandises ne doivent pas être supportées exclusivement par le

thing damaged. If the vessel is damaged, the shippers will contribute to repairing it; if the goods have been sacrificed or have deteriorated, the owner of the vessel will partly indemnify the shippers; if extraordinary expenses have been incurred by the captain, the shipowner and the shippers will bear the burden jointly.

Regarding the origin and the basis for the theory of general average contribution, he writes at p. 183, No. 2212:

[TRANSLATION] One need only read the provisions of the Code de commerce, regarding jettison and contribution, to see that these rules are not simply a reproduction of similar provisions in the Ordonnance, but the most recent form of a very ancient maritime institution. The theory of general average contribution is in fact one of the oldest rules in law. Though we do not know its exact origin, traces of it are found in ancient legislation, and it appears to have been followed by all seafaring nations which have attained a certain level of civilization. Essentially the idea is quite simple: when in maritime transportation a peril threatens the vessel and cargo and a sacrifice has to be made to avoid this peril, the owner of the vessel and the owners of the goods will share in the required sacrifice. The legal theory of general average contribution is therefore only the implementation of a principle of general and equitable contribution, but what is interesting is the way in which it is implemented.

Rejecting the theory of unjust enrichment which some writers have suggested as the basis for the theory of general average contribution, G. Ripert writes at pp. 190-91, No. 2219:

[TRANSLATION] This is the explanation given by jurists who do not want to take any account of the institution's past and who are seeking a legal construction to house a rule which seems strange to them.

In his view, the theory rests on an agreement, a temporary partnership between the owner of the vessel and the shippers. At page 191, No. 2220, he writes:

[TRANSLATION] Clearly the institution can only be explained in terms of its origin and its past. Contribution arose out of the temporary agreement created between the owner of the vessel and the shippers against the dangers of ocean shipping. The contributory action is one between partners. The partnership is only for a time and has a well-defined purpose; it consists of a very

propriétaire de la chose avariée. Si le navire est atteint, les chargeurs contribuent à le réparer; si les marchandises ont été sacrifiées ou détériorées, le propriétaire du navire indemnise partiellement les chargeurs; si des dépenses extraordinaires ont été faites par le capitaine, l'armateur et les chargeurs en supportent la charge en commun.

Au sujet de l'origine et du fondement de la théorie des avaries communes, il écrit à la p. 183, n° 2212:

Il suffit de lire les textes du Code de commerce, relatifs au jet et à la contribution, pour comprendre que ces règles ne sont pas simplement la reproduction de textes semblables de l'Ordonnance, mais la formule la plus récente d'une très ancienne institution maritime. La théorie des avaries communes est en effet au nombre des plus vieilles règles juridiques. Si son origine exacte ne nous est pas connue, on en trouve tout au moins des traces dans les antiques législations, et elle paraît avoir été suivie par tous les peuples navigateurs arrivés à un certain degré de civilisation. L'idée est en effet bien simple: lorsque, dans un transport maritime, un péril menace le navire et la cargaison et qu'il faut, pour l'éviter, faire un sacrifice, le propriétaire du navire et les propriétaires des marchandises prendront chacun leur part du sacrifice nécessaire. La théorie juridique des avaries communes n'est donc que la mise en œuvre d'un principe de contribution commune et équitable, mais ce qui est intéressant à examiner, c'est cette mise en œuvre.

Rejetant la théorie de l'enrichissement sans cause que certains auteurs préconisent comme fondement de la théorie des avaries communes, G. Ripert écrit aux pp. 190 et 191, n° 2219:

Il y a là explication de juristes qui ne veulent tenir aucun compte du passé de l'institution et cherchent une construction juridique pour abriter une règle qui leur paraît étrange.

Selon lui, la théorie repose sur une union, une association temporaire entre le propriétaire du navire et les chargeurs. Il écrit à la p. 191, n° 2220:

On ne saurait expliquer l'institution que d'après son origine et son passé. La contribution est née de l'union temporaire créée entre le propriétaire du navire et les chargeurs contre les dangers de l'expédition maritime. Le recours contributoire est un recours entre associés. L'association a une durée temporaire et un but bien défini; elle réunit un nombre très restreint d'associés;

small number of partners; but it is nonetheless a mutual insurance against risks at sea.

Moreover, this agreement exists by operation of law. On this point the writer observes at p. 185, No. 2214:

[TRANSLATION] It is possible that originally the master of the vessel and the merchants formally concluded an agreement before the vessel departed; however, writers on customary law all admit that it exists by operation of law.

Similar explanations are given in a more modern form by R. Rodière, *Droit maritime*, 8<sup>e</sup> éd., 1979, No. 472 *et seq.*, pp. 464 *et seq.*

The same writer, in his *Traité général de droit maritime*, t. 4, 1972, rejects both *negotiorum gestio* and unjust enrichment as bases for the theory, and speaks of a *de facto* partnership (Nos. 328 and 329, pp. 354-55).

Finally, G. Ripert writes at p. 194, No. 2222:

[TRANSLATION] French jurisprudence limits the application of the theory of general average contribution to maritime transportation: it applies that theory neither to transportation by land nor by air, where it might be of some value, nor to loading and unloading lightering operations which are not in the nature of transportation, nor to riverine transportation, where it could quite easily be applied.

On this point it appears that the theory of general average contribution cannot be the basis for a general principle applicable throughout the civil law, although the provisions concerning it are in our *Civil Code*, whereas in France they are contained in the *Code de commerce* and were previously in the *Ordonnance sur la marine* which dates from 1681, to go no further back than that.

The second category of articles of the *Civil Code* cited by appellant relates to expenditures in the common interest, and covers arts. 1994, 1996 and 2009.

These articles are found in Chapter Second, "Of Privileges", of Title Seventeenth, "Of Privileges and Hypothecs", of Book Third, "Of the Acquisition and Exercise of Rights of Property", of the *Civil Code*.

mais peu importe, il n'y a pas moins assurance mutuelle contre les risques de mer.

Et cette union existe de plein droit. Sur ce point l'auteur écrit, à la p. 185 n° 2214:

Il est possible qu'à l'origine, maître du navire et marchands aient formellement conclu l'union avant le départ du navire. Mais les coutumiers admettent tous qu'elle existe de plein droit.

Des explications analogues sont données de façon plus moderne par R. Rodière, *Droit maritime*, 8<sup>e</sup> éd., 1979, n° 472 *et suiv.*, pp. 464 *et suiv.*

Ce même auteur, dans son *Traité général de droit maritime*, t. 4, 1972, rejette tant la gestion d'affaires que l'enrichissement sans cause comme fondement de la théorie et parle pour sa part de société de fait (nos 328 et 329, pp. 354 et 355).

G. Ripert écrit enfin à la p. 194, n° 2222:

La jurisprudence française restreint l'application de la théorie des avaries communes aux transports maritimes; elle ne l'applique ni aux transports terrestres, ni aux transports par air, où elle présenterait pourtant une certaine utilité, ni aux opérations de chargement et de déchargement pour alléger qui n'ont pas le caractère d'un transport, ni aux transports fluviaux, où l'application en serait pourtant assez facile.

Je conclus sur ce point que l'on ne peut dégager de la théorie des avaries communes un principe général qui s'étende à tout le droit civil même si les dispositions y relatives se trouvent dans notre *Code civil* alors qu'en France elles se trouvent dans le *Code de commerce* et se trouvaient antérieurement dans l'*Ordonnance sur la marine* qui date de 1681, pour ne pas remonter au-delà.

La deuxième catégorie d'articles du *Code civil* qu'invoque l'appelant se rapporte aux dépenses faites dans l'intérêt commun et comprend les art. 1994, 1996 et 2009.

Ces articles se trouvent au chapitre deuxième: «Des privilèges», du titre dix-septième: «Des privilèges et hypothèques» du livre troisième: «De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété», du *Code civil*.



Article 1980, the first in Title Seventeenth, provides:

1980. Whoever incurs a personal obligation, renders liable for its fulfilment all his property, moveable and immoveable, present and future, except such property as is specially declared to be exempt from seizure.

However, a creditor may agree with his debtor that the latter will be bound to fulfil his obligation only on the property they describe and which is affected by a legal cause of preference in favour of the creditor.

Article 1981 then lays down the following rule:

1981. The property of a debtor is the common pledge of his creditors, and where they claim together they share its price rateably, unless there are amongst them legal causes of preference.

Article 1982 states that the legal causes of preference are privileges and hypothecs.

There are many kinds and different classes of privilege and the purpose of Chapter Second is to determine their order of priority.

Accordingly, art. 1994 places "Law costs and all expenses incurred in the interest of the mass of the creditors" before other privileges on moveables such as tithes or the claims of the vendor, but this simply means costs and expenses incurred in the interest of the mass of the creditors as opposed to those incurred in the interest of an individual.

There have been many cases concerned with separating one from the other: reference need only be made to the comments of C. Demers in the *Traité de Droit civil du Québec*, t. 14, 1950, and of P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, 1916, under arts. 1994, 1996 and 2009, and to the cases cited.

Article 1996 adds to para. 1 of art. 1994 in stating: "The expenses incurred in the interest of the mass of the creditors, include such as have served for the preservation of their common pledge".

Similarly, art. 2009 places "Law costs and the expenses incurred for the common interest of the creditors" before other privileges on immoveables.

L'article 1980, le premier du titre dix-septième, stipule:

1980. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont spécialement déclarés insaisissables.

Toutefois, un créancier peut convenir avec son débiteur que celui-ci ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils décrivent et qui sont affectés d'une cause légitime de préférence en faveur du créancier.

Puis, l'article 1981 pose le principe suivant:

1981. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

L'article 1982 précise que les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques.

Il y a des nombreuses espèces de même que différentes qualités de privilèges et l'objet du chapitre deuxième est d'en déterminer l'ordre de priorité.

C'est ainsi que l'art. 1994 fait passer «Les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun» avant les autres privilèges sur les meubles tels la dîme ou la créance du vendeur, mais cela signifie simplement les frais et les dépenses faites dans l'intérêt commun par opposition à ceux faits dans l'intérêt d'un particulier.

Aussi une abondante jurisprudence a-t-elle départagé les uns des autres. Qu'il suffise de renvoyer aux commentaires de C. Demers dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 14, 1950, ainsi qu'à ceux de P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, 1916, sous les art. 1994, 1996 et 2009 et à la jurisprudence citée.

L'article 1996 complète le par. 1 de l'art. 1994 en énonçant que: «Les dépenses faites dans l'intérêt de la masse des créanciers, comprennent celles qui ont servi à conserver le gage commun».

De même, l'art. 2009 fait passer «Les frais de justice et ceux faits dans l'intérêt commun» avant les autres privilèges sur les immeubles.

First and foremost, it must be determined how one is to apply the rule that the property of the debtor is the common pledge of his creditors, and how the latter will distribute it. Articles 1994 and 2009 provide that costs incurred in arriving at a distribution of the proceeds of the debtor's property will be paid before tithes and funeral expenses or other privileges and before claims which are not privileged.

The important point is that the preference given to a privileged creditor affects only the debtor's property. No obligation is imposed on other creditors to reimburse one who has incurred costs in the interest of the mass of creditors if the debtor's property is insufficient to do so. In this case, a creditor who has incurred such costs will bear the loss alone.

It could be argued that there is a contribution in the sense that the mass of the debtor's property, and therefore the proportional share of the other creditors when the proceeds of sale of the property are distributed, is reduced if costs incurred in the interest of the mass are paid on a priority basis; however, that is only true where the proceeds of the sale are sufficient to pay such costs. If they are not, the other creditors cannot be called on to contribute.

These rules are very different from the general principle suggested by appellant, namely that costs incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter.

The third category of articles relied on by appellant relates to the reimbursement of necessary expenses. They are arts. 417, 1046, 1052, 1539, 1546, 1775, 1812, 1813 and 1973. Article 417 deals with the case of a person having possession who with his own materials has made improvements to land which does not belong to him, and makes the owner's right to such improvements depend on their nature and the good or bad faith of the person making them. All the other articles cited govern contractual or quasi-contractual relations between the parties: art. 1046, *negotiorum gestio*; art. 1052, receipt of a thing not due; art. 1539, dissolution of a sale by reason of non-pay-

Il s'agit d'abord et avant tout de déterminer les modalités d'application du principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et de déterminer comment ceux-ci se les distribueront. Les articles 1994 et 2009 disposent que les frais encourus en vue d'en arriver à la distribution du produit des biens du débiteur seront payés par préférence à la dîme et aux frais funéraires ou autres privilèges et par préférence aux créances qui ne sont pas privilégiées.

Ce qu'il faut souligner c'est que la préférence accordée au créancier privilégié n'engage que les biens du débiteur. Aucune obligation n'est imposée aux autres créanciers de rembourser celui qui a encouru des frais dans l'intérêt commun si les biens du débiteur n'y suffisent pas. Dans ce dernier cas le créancier qui a encouru ces frais subira seul la perte.

On pourrait argumenter qu'il y a contribution en ce sens que la masse des biens du débiteur et conséquemment la part proportionnelle des autres créanciers lors de la distribution du produit de la vente des biens, est diminuée dans la mesure où les frais faits dans l'intérêt commun sont payés en priorité. Mais cela vaut seulement lorsque le produit de la vente est suffisant pour payer ces frais. Au cas contraire les autres créanciers ne sont pas appelés à contribuer.

Il s'agit de règles bien différentes du principe général mis de l'avant par l'appellant à savoir que les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci.

La troisième catégorie d'articles auxquels l'appellant renvoie se rapporte au remboursement des dépenses nécessaires. Ce sont les art. 417, 1046, 1052, 1539, 1546, 1775, 1812, 1813, 1973. L'article 417 traite du cas du possesseur qui a fait avec ses matériaux des améliorations sur un terrain qui ne lui appartient pas et fait dépendre le droit qu'y peut prétendre le propriétaire du fonds de la nature des améliorations et de la bonne ou mauvaise foi de celui qui les a faites. Tous les autres articles cités régissent des rapports contractuels ou quasi-contractuels entre des parties: art. 1046, *negotiorum gestio*; art. 1052, réception de la chose non due; art. 1539, résolution de la vente faite de

ment of the price; art. 1546, exercise of the right of redemption; art. 1775, expenses incurred by a borrower; arts. 1812 and 1813, expenses incurred by a depositary, voluntary deposit and necessary deposit; art. 1973, obligations of creditors and debtors with respect to pledges.

Far from being specific applications of the principle stated by appellant, these articles are specific applications of the theory of unjust enrichment confirmed by *Cie Immobilière Viger Ltée*, *supra*.

In his critical essay on *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, 1955, A. Morel lists at p. 56 "inter alia" 73 articles of the *Civil Code* [TRANSLATION] "which prevent one person from enriching himself at the expense of another". This list contains all the articles cited by appellant with two exceptions, which should actually have been included. First, there is art. 1539, dealing with the obligation of a seller who retakes possession of the thing sold, when the price is not paid, to reimburse the price received and the costs of repairs and improvements. There is also art. 1813, dealing with necessary deposit which is subject to the same rules as voluntary deposit. Article 1812 on the latter is included in A. Morel's list.

The fourth category mentioned by appellant consists only of art. 407:

407. No one can be compelled to give up his property, except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid.

This article is also a specific application of the theory of unjust enrichment. It is the first article mentioned by A. Morel.

Appellant's first point, the support provided by extrapolating the provisions of the *Civil Code*, cannot be admitted.

#### Ancient Law

Appellant relied on art. 2712 C.C.:

2712. The laws in force at the time of the coming into force of this code are abrogated in all cases:

In which there is a provision herein having expressly or impliedly that effect;

paiement du prix; art. 1546, exercice du droit de r  m  r  ; art. 1775, dépenses faites par un emprunteur; art. 1812 et 1813, dépenses faites par un dépositaire, dépôt volontaire et dépôt nécessaire; art. 1973, obligations des créancier et débiteur gagistes.

Or, plutôt que d'être des applications particulières du principe énoncé par l'appelant, ces articles sont des applications particulières de la doctrine de l'enrichissement injustifié confirmé par l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée*, précité.

Dans son essai critique sur *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, 1955, A. Morel énumère à la p. 56, «entre autres», 73 articles du *Code civil* qui «empêchent une personne de s'enrichir aux dépens d'une autre». Cette énumération contient tous les articles cités par l'appelant à deux exceptions près qui en fait auraient dû être inclus. Il s'agit en premier lieu de l'art. 1539 qui traite de l'obligation du vendeur qui reprend possession de la chose vendue faute de paiement du prix, de rembourser le prix reçu et les frais des réparations et des améliorations. Il s'agit d'autre part de l'art. 1813 qui traite du dépôt nécessaire qui est sujet aux mêmes règles que le dépôt volontaire. Or, l'article 1812 relatif à ce dernier est compris dans l'énumération de A. Morel.

La quatrième catégorie mentionnée par l'appelant ne comprend que l'art. 407:

407. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Or, cet article aussi est une application particulière de la doctrine de l'enrichissement injustifié. C'est le premier article mentionné par A. Morel.

Le premier moyen de l'appelant, c'est-à-dire le support de l'extrapolation de dispositions du *Code civil*, ne peut être retenu.

#### L'ancien droit

L'appelant s'appuie sur l'art. 2712 C.c.:

2712. Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas:

Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;

In which such laws are contrary to or inconsistent with any provision herein contained;

In which express provision is herein made upon the particular matter to which such laws relate;

Except always that as regards transactions, matters and things anterior to the coming into force of this code, and to which its provisions could not apply without having a retroactive effect, the provisions of law which without this code would apply to such transactions, matters and things remain in force and apply to them, and this code applies to them only so far as it coincides with such provisions.

As counsel for the respondent observed, this article has received little attention from academic analysts and the courts.

In the case at bar, the trial judge wrote at p. 916:

[TRANSLATION] In view of the wording of the old art. 2613 C.C. (now art. 2712), we have to consider that the provisions of ancient French law and those of Roman law constitute a supplementary system of law to which reference must be made where the Code is silent on a particular point. This legislation, peculiar to Quebec, thus allows us to refer occasionally to the ancient law, which is itself based on Roman law in the area of civil liability, though it is only exceptionally necessary to do this in view of the great generality of arts. 1053 *et seq.* of the *Civil Code*.

McCarthy J.A., speaking for the Court of Appeal, wrote at pp. 633-34:

[TRANSLATION] However, that article does not have the effect of introducing the obligations of ancient French law or Roman law into the law of Quebec. On the contrary, art. 983 implicitly but clearly has the effect of limiting obligations to the sources it mentions. If the obligations of ancient French law or Roman law are contained in the law of Quebec, it is only because they have been adopted by the Quebec legislator. Article 2450 C.C., which deals with casting a passenger's effects overboard to ensure the safety of the vessel, is an example of this. Even assuming, therefore, that ancient French law or Roman law imposed on the province an obligation to compensate for the damage suffered by young Nathalie, I do not find any such obligation in our present law.

One observation should be made. There is no question that what our civil law has preserved of the ancient law is not necessarily limited to what the legislator has expressly adopted and enacted.

Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient;

Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois.

<sup>a</sup> Sauf toujours qu'en ce qui concerne les transactions, matières et choses antérieures à la mise en force de ce code et auxquelles on ne pourrait en appliquer les dispositions sans leur donner un effet rétroactif, les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'autant qu'il coïncide avec ces dispositions.

<sup>c</sup> Comme le souligne le procureur de l'intimé cet article fut peu interprété par la doctrine et la jurisprudence.

En l'espèce le juge de première instance écrit à la p. 916:

<sup>d</sup> Vu le texte de l'ancien article 2613 C.C. (devenu l'art. 2712) il nous faut considérer que les dispositions de l'ancien droit français de même que celles du droit romain constituent un droit supplétif auquel il faut avoir recours au cas de silence du code sur un sujet particulier. Ce texte de loi particulier au Québec nous permet donc de recourir occasionnellement à l'ancien droit, fondé lui-même sur le droit romain en matière de responsabilité civile, bien qu'il n'y ait occasion de ce faire qu'à titre exceptionnel étant donné la très grande généralité des articles 1053 et suivants du *Code civil*.

<sup>f</sup> Le juge McCarthy, au nom de la Cour d'appel, écrit pour sa part aux pp. 633 et 634:

<sup>g</sup> Cet article n'a pas pour effet, toutefois, d'introduire dans notre droit des obligations de l'ancien droit français ou du droit romain. Au contraire, l'article 983 a implicitement mais clairement l'effet de limiter les obligations aux sources y mentionnées. Si des obligations de l'ancien droit français ou du droit romain se retrouvent dans notre droit, c'est uniquement parce qu'elles ont été reprises par notre législateur. L'article 2450 C.C., qui traite du cas du jet à la mer des effets d'un passager pour assurer le salut du navire, en est un exemple. Donc, même en assumant que l'ancien droit français ou le droit romain auraient imposé à la province l'obligation de réparer le dommage subi par la jeune Nathalie, je ne peux voir telle obligation dans notre droit actuel.

<sup>j</sup> Une observation s'impose. Il est certain que ce que notre droit civil a conservé de l'ancien droit ne se limite pas nécessairement à ce que le législateur a repris et édicté de manière expresse. Au con-

On the contrary, and on this point I would cite P. B. Mignault, *op. cit.*, t. 1, 1895, at p. 53:

[TRANSLATION] . . . what one may call the ancient law is only repealed when the Civil Code contains a provision which expressly or implicitly has this effect, or which deals expressly with the particular subject-matter of this legislation, and finally when the substance of the ancient law is contrary to that of the Code or inconsistent with its provisions. Apart from these cases, the ancient law is still in effect, except of course in cases where it has fallen into disuse.

However, I do not think it is necessary for the purposes of this appeal to determine the exact scope of art. 2712. Only two cases belong to the ancient law: they are jettison and the demolition of a building to arrest the progress of a fire.

I feel I have dealt sufficiently with the theory of general average contribution to show that it is not possible to derive from that theory a general principle of the civil law that damages suffered or costs incurred by an individual for the benefit of the community must be borne by the latter.

So far as cases of demolition are concerned, they may be justified as much or more by the theory of unjust enrichment and the rule which results, stated in art. 407 *C.C.*, that no one can be compelled to give up his property, except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid. The demolition of a building by a public authority or at its direction is similar to an expropriation.

Appellant's second point, based on the ancient law, cannot be admitted either.

#### Article 1057 C.C.

Finally, as legislative support for the general principle stated by him, appellant pointed to art. 1057 *C.C.*

Title Third of Book Third of the *Civil Code* is titled "Of Obligations".

Among the general provisions is art. 983:

traire et là-dessus je citerai P. B. Mignault, *op. cit.*, t. 1, 1895, à la p. 53:

. . . ce qu'on peut appeler l'ancien droit n'est abrogé que lorsque le code civil contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet, ou qui s'exprime d'une manière expresse sur le sujet particulier de ces lois, enfin lorsque la doctrine du droit ancien est contraire à celle du code ou incompatible avec ses dispositions. Hors de ces cas, l'ancien droit est encore en vigueur, sauf naturellement le cas de désuétude.

Toutefois il ne me paraît pas nécessaire de déterminer la portée exacte de l'art. 2712 pour les fins de ce pourvoi. Rien que deux cas relèvent de l'ancien droit. Ce sont le jet à la mer et la démolition d'un immeuble pour enrayer le progrès d'un incendie.

Or je crois avoir déjà suffisamment traité de la théorie des avaries communes pour démontrer que l'on ne peut en dégager un principe d'application générale en droit civil à l'effet que les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci.

Quant au cas de démolition il se justifie tout autant sinon davantage par la doctrine de l'enrichissement injustifié et la règle qui en découle et que consacre l'art. 407 *C.c.* à l'effet que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. La démolition d'un immeuble par l'autorité publique ou sous sa direction s'apparente à une expropriation.

Ce deuxième moyen de l'appellant fondé sur l'ancien droit ne peut davantage être retenu.

#### L'article 1057 C.c.

Enfin, comme support législatif au principe général qu'il énonce, l'appellant propose l'art. 1057 *C.c.*

Le titre troisième du livre troisième du *Code civil* s'intitule: «Des obligations».

Parmi les dispositions générales se trouve l'art. 983:

**983.** Obligations arise from contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences, and from the operation of the law solely.

There follow Chapter First, dealing with contracts, Chapter Second dealing with quasi-contracts, Chapter Third dealing with offences and quasi-offences, and Chapter Fourth dealing with obligations which result from the operation of law solely.

The last mentioned contains only art. 1057, which reads as follows:

**1057.** Obligations result in certain cases from the sole and direct operation of law, without the intervention of any act, and independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed.

Such are the obligations of tutors and other administrators who cannot refuse the charge cast upon them;

The obligation of children to furnish the necessaries of life to their indigent parents;

Certain obligations of owners of adjoining properties;

The obligations which in certain cases arise from fortuitous events;

And others of a like nature.

The corresponding article of the French *Code civil*\* is as follows:

**1370.** Certain engagements are formed without any agreement intervening, neither on the part of him who obligates himself nor on the part of the one toward whom he is obligated.

Some result from the sole authority of the law; others arise from an act personal to him who finds himself obligated.

The first are engagements made involuntarily, such as those between neighboring owners, or those of guardians and of other administrators who may not refuse the function which is conferred upon them.

Engagements which arise from an act personal to him who finds himself obligated result either from quasi-contracts or from delicts or quasi-delicts (torts); they constitute the subject-matter of the present Title.

\*English translation by John H. Crabb, *The French Civil Code* (1977).

**983.** Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contracts, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule.

*a* Suivent les chapitres premier qui traite des contrats, deuxième qui traite des quasi-contracts, troisième qui traite des délits et quasi-délits, puis quatrième qui traite des obligations qui résultent de l'opération de la loi seule.

*b*

Ce dernier ne contient que l'art. 1057 ainsi rédigé:

*c* **1057.** Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

*d* Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée;

L'obligation des enfants de fournir à leurs parents indigents les nécessités de la vie;

*e* Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents;

Les obligations qui, en certaines circonstances, naissent de cas fortuits;

*f* Et autres semblables.

L'article correspondant du *Code civil* français est le suivant:

*g* **1370.** Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

*h* Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

*i* Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contracts, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre.

I should at once make an observation concerning art. 1057, namely that strictly speaking a fortuitous event which in general has the effect of excusing the perpetrator of damage from liability cannot be the cause of an obligation, even though it sometimes occasions one. I will cite below the text of R. Taschereau who makes this distinction in *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, 1901.

The Superior Court judge observed that art. 1370 of the French Code is analogous to art. 1057 C.C., except for paras. 3, 5 and 6 which are not in the former.

The following explanation is given in the Commissioners' Report concerning art. 1057:

The single article, No. 77 (82), in cap. 4, declares in a more extended and special form than the article 1370, of the French code, the law, as well under the ancient as under the present system in France. The distribution under these systems, differs from that found in the Institutes of Justinian, by which this class of obligations is referred to [*sic*] quasi-contracts.

The Commissioners refer to the following writers: Domat, Pothier, Marcadé and Toullier.

According to appellant, art. 1057 is general in its application. It is neither limiting nor an article which refers to any other. In short, art. 1057 indicates categories of obligations rather than listing specific cases, and there are in addition to the examples it gives many other obligations which result solely from the operation of law.

In particular, appellant relied on para. 5, "The obligations which in certain cases arise from fortuitous events", and on para. 6, which adds "And others of a like nature".

In general fortuitous events serve to excuse the perpetrator of damage from all liability; but the Code gives examples of obligations which result from fortuitous events, or more precisely of obligations which result when fortuitous events occur: they are arts. 420, 423, 428, 478, 575, 1595, 1767, 1768, 1804, 1813, 2410, 2411, 2412, 2427, 2445, 2450, 2451.

These are only examples, and according to appellant such obligations can be extended by

J'apporte immédiatement une précision quant à l'art. 1057, à savoir qu'à proprement parler le cas fortuit qui a généralement pour effet d'exonérer l'auteur d'un dommage de la responsabilité, ne peut pas être la cause d'une obligation même si parfois il peut en être l'occasion. Je citerai plus loin le texte de R. Taschereau qui fait cette distinction dans: *Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations*, 1901.

Le juge de la Cour supérieure fait observer que l'art. 1370 C.c. français est analogue à l'art. 1057 C.c., sauf pour les al. 3, 5 et 6 que l'on ne retrouve pas dans le premier.

Dans le rapport des commissaires on peut lire l'explication suivante au sujet de l'art. 1057:

L'article unique 77 (82) du chapitre quatrième énoncé d'une manière plus ample et plus spéciale que l'article 1370 du code français, la loi tant sous l'ancien que sous le nouveau système en France. Sous ces deux systèmes la classification diffère de celle que l'on trouve dans les Instituts de Justinien qui range cette espèce d'obligations au nombre des quasicontracts.

Et les commissaires renvoient aux auteurs suivants: Domat, Pothier, Marcadé et Toullier.

Selon l'appelant, l'art. 1057 est d'application générale. Il n'est ni limitatif, ni un article qui fait le renvoi à d'autres. Bref, l'art. 1057 énonce des catégories d'obligations plutôt que d'énumérer des cas précis et, outre les exemples qu'il donne, il existe beaucoup d'autres obligations qui résultent de l'opération de la loi seule.

L'appelant s'appuie en particulier sur le cinquième alinéa: «Les obligations qui, en certaines circonstances, naissent de cas fortuits»; et sur le sixième alinéa qui ajoute «Et autres semblables».

Le cas fortuit sert généralement à exonérer l'auteur d'un dommage de toute responsabilité. Mais le Code donne des exemples d'obligations qui résultent de cas fortuits ou plus exactement d'obligations qui naissent à l'occasion de cas fortuits. Ce sont les art. 420, 423, 428, 478, 575, 1595, 1767, 1768, 1804, 1813, 2410, 2411, 2412, 2427, 2445, 2450, 2451.

Ce sont là des exemples seulement et selon l'appelant l'on peut par analogie étendre pareilles

analogy to other cases, in accordance with para. 6 of the article, which states "And others of a like nature".

This is especially true because "A judge cannot refuse to adjudicate under pretext of the silence, obscurity or insufficiency of the law", as stated in art. 11 C.C.

According to appellant, there is an analogy between the theory of general average contribution and one example of its application, jettison, on the one hand, and vaccination on the other.

In the case of jettison, the storm is the fortuitous event, while in the case at bar it is the danger of an epidemic. Both acts occur in circumstances which are necessarily analogous: jettison to save the vessel and its crew, vaccination to prevent the epidemic. Finally, the obligation which results from jettison is to pay the value of the goods to the owner by general average contribution, while that resulting from vaccination is that the victim should be compensated by the community, that is by the State.

The difficulty with this reasoning is that its effect is for all practical purposes to make fortuitous events a sixth and new source of obligations independent of contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences and obligations resulting solely from the operation of law.

Respondent submitted that on the contrary, the fortuitous events referred to in art. 1057, which occasion obligations, are those found in the various articles of the Code such as those already mentioned or those about which the legislator has enacted other legislation such as the *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q., c. A-3; the *Crime Victims Compensation Act*, R.S.Q., c. I-6; and the *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25.

Article 1057 exists only to explain art. 983 by giving examples of obligations resulting solely from the operation of law. Accordingly, when the article speaks of the obligation of tutors and other administrators who cannot refuse the charge cast upon them and the obligations of children to furnish the necessaries of life to their indigent par-

obligations à d'autres cas, à quoi invite le sixième alinéa de l'article qui dit: «Et autres semblables».

<sup>a</sup> À plus forte raison parce que: «Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi» comme l'édicte l'art. 11 C.c.

<sup>b</sup> Selon l'appellant, il y a une analogie à faire entre, d'une part, la théorie des avaries communes et l'une de ses manifestations qu'est le jet à la mer et, d'autre part, la vaccination.

<sup>c</sup> Dans le cas du jet à la mer, la tempête est le cas fortuit alors qu'en l'espèce c'est le danger d'épidémie. Les deux actes sont posés dans des circonstances de nécessité analogues: le jet afin de sauver le navire et son équipage, la vaccination afin de prévenir l'épidémie. Enfin l'obligation qui résulte du jet est de payer la valeur des marchandises au propriétaire par contribution générale tandis que celle qui résulte de la vaccination vise à ce que la victime soit indemnisée par la collectivité, c'est-à-dire l'État.

<sup>d</sup> La difficulté que soulève ce raisonnement c'est qu'il a pour effet à toutes fins pratiques de faire du cas fortuit une sixième et nouvelle source d'obligations indépendante des contrats, quasi-contracts, délits, quasi-délits et obligations qui résultent de l'opération de la loi seule.

<sup>e</sup> Au contraire, soumet l'intimé, les cas fortuits dont parle l'art. 1057 et à l'occasion desquels naissent des obligations sont ceux qui l'on trouve dans les divers articles du Code tels ceux déjà mentionnés ou ceux au sujet desquels le législateur a légiféré dans d'autres lois telles par exemple la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., chap. A-3; la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., chap. I-6; la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., chap. A-25.

<sup>f</sup> L'article 1057 ne sert qu'à expliquer l'art. 983 en donnant des exemples d'obligations qui résultent de l'opération de la loi seule. Ainsi, lorsque l'article parle de l'obligation des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée et des obligations des enfants de fournir à leurs parents indigents les nécessités



ents, there can be no question of obligations other than those contained in the Code or in some other legislative enactment. The same is true, respondent submitted, of fortuitous events. The final paragraph, which adds "And others of a like nature", simply means that art. 1057 is not limiting and only gives certain examples. Thus, it covers alimentary obligations of children to their parents but not those of spouses to each other and to their children, which are other similar obligations that result solely from the operation of law.

The prevailing view of academic analysis, with which I agree, is that art. 1057 is only declaratory and that para. 5 does not create a sixth source of obligations.

P. B. Mignault, *op. cit.*, t. 5, 1901, writes at p. 391:

[TRANSLATION] Obligations resulting solely and directly from the operation of law are those which derive from an event or circumstance other than the act of an individual, which the law adopts and sanctions. Article 1057 cites, as examples: . . .

In his text cited above, R. Taschereau wrote at pp. 59-60:

[TRANSLATION] One might be tempted on reading this article to think that the drafter intended to add to art. 983 a sixth source of obligation, namely fortuitous events or Acts of God. This provision of our Code was probably worded in this way in keeping with the opinion of Domat, who thought that fortuitous events should be a source of obligation. Toullier, subscribing to this approach, criticized art. 1370 C.N. because it omitted the obligations resulting from fortuitous events, "for" he said, "such obligations result neither from the sole authority of the law nor from a personal act, either by the person on whom the obligation falls or the one to whom it is owed".

In our opinion, Marcadé gives the true state of the law on the matter: "So" he says, "when the Code speaks of obligation resulting from the sole operation of the law, the word *sole* has a relative and not an absolute meaning—it means that only *the law* is concerned, in that it is not accompanied by a contract, a quasi-contract, an offence or a quasi-offence; but once again, the intention is not that it should be absolutely by itself and that no circumstances may have existed which determined its intent by the formation of an obligation due to reason and natural equity . . . The category of obliga-

de la vie, il ne saurait être question d'obligations autres que celles contenues dans le Code ou dans un autre texte de loi. Il en va de même des cas fortuits selon l'intimé. Quant au dernier alinéa qui ajoute «Et autres semblables», il signifie simplement que l'art. 1057 n'est pas limitatif et qu'il ne donne que quelques exemples. Ainsi, il traite des obligations alimentaires des enfants envers leurs parents mais non de celles des époux entre eux et envers leurs enfants qui sont d'autres obligations semblables qui résultent de l'opération de la loi seule.

C'est l'opinion prépondérante de la doctrine, à laquelle je me range, que l'art. 1057 n'est qu'énonciatif et que l'al. 5 ne crée pas une sixième source d'obligations.

P. B. Mignault, *op. cit.*, t. 5, 1901, écrit à la p. 391:

Les obligations qui résultent de l'opération seule et directe de la loi sont celles qui dérivent d'un événement ou d'une circonstance autre qu'un fait de l'homme, et que la loi fait sienne en les sanctionnant. L'article 1057 cite, à titre d'exemples: . . .

R. Taschereau dans sa thèse précitée, écrit aux pp. 59 et 60:

À la lecture de cet article, on serait tenté de croire qu'on a voulu suppléer à l'article 983 en ajoutant une sixième source d'obligation, savoir, le cas fortuit ou la force majeure. Cette disposition de notre code a probablement été ainsi rédigée pour se conformer à l'opinion de Domat, qui veut que le cas fortuit soit une source d'obligation. Toullier, adoptant cette manière de voir, se récrie contre l'art. 1370 C.N. parce qu'il omet les obligations qui naissent du cas fortuit, «car, dit-il, ces engagements ne résultent ni de l'autorité seule de la loi, ni d'un fait personnel, soit à celui qui se trouve obligé, soit à celui envers qui l'autre est obligé».

Marcadé expose, suivant nous, la vraie doctrine sur la matière: «Lors donc, dit-il, que le code parle d'obligation venant de la loi seule, le mot *seule* n'a pas un sens absolu, mais un sens relatif: on veut dire que *la loi* est seule en ce qu'il n'est accompagnée ni d'un contrat, ni d'un quasi-contrat, ni d'un délit, ni d'un quasi-délit; mais encore une fois, on ne veut pas dire qu'elle soit seule absolument, et qu'il n'ait existé aucune circonstance ayant déterminé son intention par la formation d'un engagement de raison et d'équité naturelle . . . La catégorie des engagements venant de la loi embrasse, on

tions resulting from the operation of law, as we know, includes many other obligations besides those which are given here merely as examples. It includes absolutely and without limitation all obligations (and there are many) which arise neither from contract nor quasi-contract, offences nor quasi-offences, and in particular, as we have already said, those arising out of fortuitous events”.

We adopt this view. In our opinion, fortuitous events are not a sixth source of obligation: the law alone operates in such cases to create obligations of natural equity. In a word, fortuitous events are not the *cause* of obligations, they merely *occasion* them.

L. Faribault, in t. 7-bis of the *Traité de Droit civil du Québec*, 1957, writes at pp. 176-77, No. 255:

[TRANSLATION] The list which it [art. 1057] gives of obligations which result solely from the operation of law is far from being complete. Accordingly, after discussing those which are specifically mentioned, we will say a word about others, namely those which are not discussed but which are mentioned in other parts of the Code or in particular statutes.

In his text *Les obligations*, 1983, J. L. Baudouin writes at p. 37:

[TRANSLATION] 32—*Legal Obligations*—Article 1057 of the Civil Code mentions a number of obligations resulting from the operation of law, due to special legal situations (adjacent rights, the obligations of tutors and those arising out of fortuitous events). With a few rare exceptions, including one notable one, the Quebec courts have devoted little attention to this text, which has been regarded simply as a reference to obligations resulting from the operation of law as a whole.

The notable exception to which the writer refers is the trial judgment in the case at bar.

This point made by appellant also cannot be allowed.

### Theory of Risk

In his written submission, appellant asks the following question: [TRANSLATION] “Can the theory of risk be accepted in exceptional cases where the obligation results from the operation of law?” He suggests that an affirmative answer should be given in the case at bar.

le comprend, beaucoup d'autres obligations que celles qu'on indique ici comme simple exemple. Elle comprend absolument et sans restrictions toutes les obligations (et elles sont fort nombreuses) qui ne viennent ni de contrats ou quasi-contrats, ni de délits ou de quasi-délits, et notamment, comme nous l'avons déjà dit, celles qui sont nées par suite de cas fortuits.»

Nous adoptons cette manière de voir. À notre sens, le cas fortuit n'est pas une sixième source d'obligation: la loi seule intervient dans ces cas pour créer des engagements d'équité naturelle. En un mot, les cas fortuits ne sont pas la *cause* des obligations, ils n'en sont que l'*occasion*.

L. Faribault, au t. 7-bis du *Traité de Droit civil du Québec*, 1957, écrit aux pp. 176 et 177, n° 255:

L'énumération qu'il [l'art. 1057] donne des obligations qui sont imposées par la loi seule, est loin d'être complète. C'est pourquoi, après avoir parlé de celles qui y sont mentionnées spécialement, nous dirons un mot des autres, c'est-à-dire, de celles dont il ne parle pas mais dont il est question dans d'autres parties du Code ou dans les lois particulières.

J. L. Baudouin dans son ouvrage, *Les obligations*, 1983, écrit à la p. 37:

32—*Obligations légales*—L'article 1057 du Code civil regroupe un certain nombre d'obligations imposées par la loi, en raison de situations juridiques spéciales (droit de voisinage, obligations des tuteurs, celles naissant de cas fortuit). La jurisprudence québécoise, à quelques rares exceptions près, dont une notable, fait peu de cas de ce texte, considéré comme une simple référence à l'ensemble des obligations naissant de la loi.

L'exception notable à laquelle l'auteur fait allusion est le jugement de première instance en l'espèce.

Ce moyen de l'appellant ne peut non plus être retenu.

### La théorie du risque

Dans son mémoire écrit, l'appellant pose la question suivante: «La théorie du risque peut-elle être admise dans les cas exceptionnels lorsque l'obligation découle de la loi?» Il suggère qu'en l'espèce une réponse affirmative lui soit donnée.

The theory of risk has been described as follows by H. and L. Mazeaud and A. Tunc, *op. cit.*, at No. 339, p. 431:

[TRANSLATION] Some partisans of the theory of risk limit themselves to denying the necessity of fault: they maintain that any act which causes damage, whether due to fault or not, obliges the perpetrator to make reparation. This is what may be called the integral theory of risk, a purely negative approach. However, most opponents of the idea of fault do not stop there: having destroyed they seek to rebuild; they recognize that all acts causing damage are not such as to make their perpetrators liable; they then seek some criterion other than fault by which they can make the distinction they consider to be necessary; they part company in this search, and each suggests a different rule. [One example is the theory of risk-profit.]

At No. 353, pp. 442-43, the same writers indicate that the theory of risk is not accepted in French law:

[TRANSLATION] Perhaps in terms of equity the theory of risk raises fewer objections in public law. When it is the State or a public body which has caused damage through its representatives, there is no moral objection to requiring it to make compensation, though it may be clear that no one was at fault. This is no longer a question of causing pecuniary loss to an individual, against which equity rebels when the latter's conduct is free of fault; the question is whether a single individual, the victim, should bear the burden caused by operation of the service which injured him, or whether all individuals, represented by the State, should share that burden. The question arises in completely new circumstances: there is a problem of "distributing public burdens", "individual equality with respect to public burdens". However, no contemporary publicist accepts the theory of risk outright.

The theory of risk is equally not accepted in Quebec law.

One isolated judgment of the Court of Appeal has suggested to some that the Quebec courts are moving in the direction of recognizing the theory of risk. This is *Katz v. Reitz*, [1973] C.A. 230, in which the Court of Appeal had to decide whether the owners of a building were liable for the collapse of the adjacent house. Lajoie J.A. held they were liable, and wrote at p. 237:

La théorie du risque a été décrite de la façon suivante par H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *op. cit.*, au n° 339, p. 431:

Parmi les partisans de la théorie du risque, certains se contentent de nier la nécessité de la faute; ils déclarent que tout fait, fautif ou non fautif, qui cause un dommage oblige son auteur à réparation. C'est ce qu'on peut appeler la théorie du risque intégrale, thèse purement négative. Mais la plupart des détracteurs de l'idée de faute ne s'arrêtent pas là: après avoir démoli, ils s'efforcent de construire; ils reconnaissent que tous les faits dommageables ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur; ils cherchent alors un critère, distinct de la faute, permettant d'établir la discrimination qu'ils estiment nécessaire; ils se séparent d'ailleurs dans cette recherche, chacun proposant un critère particulier. [C'est, par exemple, la théorie du risque-profit.]

Les mêmes auteurs indiquent au n° 353, pp. 442 et 443, que la théorie du risque n'est pas acceptée en droit français:

Peut-être la théorie du risque soulève-t-elle, sur le terrain de l'équité, moins d'objections en droit public. Lorsqu'en effet, c'est l'État ou une collectivité publique qui a causé un dommage par le fait de ses agents, il n'y a rien d'immoral à l'obliger à réparation, quand bien même aucune faute n'aurait été commise. Il ne s'agit plus en effet ici d'appauvrir un particulier, ce contre quoi l'équité proteste lorsque la conduite de celui-ci est exempte de faute; il s'agit de savoir si un seul citoyen, la victime, supportera la charge du fonctionnement du service qui l'a lésé, ou si tous les citoyens représentés par l'État, participeront à cette charge. La question se pose sous un jour tout à fait nouveau; il y a là un problème de «répartition des charges publiques», «égalité des individus devant les charges publiques». Mais aucun publiciste contemporain n'accepte purement et simplement la théorie du risque.

La théorie du risque n'est pas davantage acceptée en droit québécois.

Un arrêt isolé de la Cour d'appel a fait dire à certains que les tribunaux québécois s'acheminaient vers la reconnaissance de la théorie du risque. C'est l'affaire *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230, où il s'agissait pour la Cour d'appel de décider si les propriétaires d'un immeuble étaient responsables de l'effondrement de la maison voisine. Les trouvant tels, le juge Lajoie écrit à la p. 237:

[TRANSLATION] However absolute it may be, the exercise of the right of ownership includes an obligation not to injure one's neighbour and to compensate him for damages which the exercise of this right may cause him. This obligation exists even in the absence of fault, and in that case results from the neighbour's right to enjoy his property undisturbed and to be compensated for losses which he suffers against his will from work done by another for his advantage and profit.

In reality, this decision is no different from cases in which liability results from the faulty use or exercise of rights. It is only an example of application of the theory of abuse of rights to disputes between neighbours.

Moreover, it has been given differing interpretations by various writers: see A. Mayrand, "L'abus des droits en France et au Québec", (1974) 9 *R.J.T.* 321, P.P.C. Haanappel, "Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle", (1978) 24 *McGill L.J.* 635, and M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité*, 1984, No. 444, p. 226.

In my opinion the law is correctly stated in *Simard v. Soucy*, [1972] C.A. 640, by Deschênes J.A., as he then was, when he wrote at p. 651:

[TRANSLATION] . . . The move from a system of liability based on fault—whether proven or presumed—to a system based on risk which a certain school of opinion in France has supported since the early part of the century [ . . . ] has not been accepted in Quebec law.

In A. Nadeau and R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, 1971, there is the following at p. 44, No. 58:

[TRANSLATION] The practical result of the theory of created risk is to establish objective liability.

Whatever the outcome of all these discussions as to the basis of civil liability, there is no doubt, at least so far as the province of Quebec is concerned, that the civil courts here only apply the classical theory of liability based on proven or presumed fault.

#### The Law in France and Elsewhere

In my view it is significant that in France, Britain, Japan, the Federal Republic of Germany

L'exercice de droit de propriété, si absolu soit-il, comporte l'obligation de ne pas nuire à son voisin et de l'indemniser des dommages que l'exercice de ce droit peut lui causer. Cette obligation existe, même en l'absence de faute, et résulte alors du droit du voisin à l'intégrité de son bien et à la réparation du préjudice qu'il subit, contre son gré, de travaux faits par autrui pour son avantage et profit.

<sup>b</sup> En réalité cet arrêt ne se distingue pas des cas où la responsabilité est engagée suite à l'usage ou l'exercice fautif des droits. Ce n'est qu'un exemple d'application de la théorie de l'abus de droit en matière de troubles de voisinage.

<sup>c</sup> D'ailleurs l'interprétation qui en a été donnée varie selon les auteurs. Voir A. Mayrand, «L'abus des droits en France et au Québec», (1974) 9 *R.J.T.* 321; P. P. C. Haanappel, «Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle», (1978) 24 *McGill L.J.* 635, et M. Tancelin, *Des obligations: contrat et responsabilité*, 1984, n° 444, p. 226.

<sup>e</sup> À mon avis le droit est correctement énoncé dans *Simard c. Soucy*, [1972] C.A. 640, par le juge Deschênes, alors juge à la Cour d'appel, lorsqu'il écrit à la p. 651:

<sup>f</sup> [P]asser du régime de responsabilité à base de faute—prouvée ou présumée—au régime à base de risque qu'une certaine partie de la doctrine française a prônée depuis le début du siècle [ . . . ] n'a pas été accept[é] dans le droit du Québec.

<sup>g</sup> Dans A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, 1971, on peut lire à la p. 44, n° 58:

<sup>h</sup> La théorie du risque créé a pour résultat pratique d'établir une responsabilité objective.

Quoi qu'il en soit de toutes ces discussions autour du fondement de la responsabilité civile, il n'y a pas de doute, du moins en ce qui concerne la province de Québec, que les tribunaux civils ne retiennent ici que la théorie classique de la responsabilité fondée sur la faute prouvée ou présumée.

#### Le droit en France et ailleurs

<sup>j</sup> Il est significatif, à mon avis, qu'en France, en Angleterre, au Japon, en République fédérale alle-

and Denmark it has been found necessary to adopt special legislation providing compensation for vaccination victims.

In France in particular there is art. L.10-1 of the *Code de la santé publique*, inserted in 1964:

[TRANSLATION] Subject to actions which may be brought pursuant to the ordinary law, compensation for any damage attributable directly to a compulsory vaccination given in the conditions stated in this Code shall be paid by the State.

If necessary the State shall be subrogated, up to the amount of any compensation which it pays, in the rights and actions of the victim against the persons responsible for the damage. [*Gaz. Pal.* 1964.2.40 and *Gaz. Pal.* 1975.1.275.]

On the state of the law prior to adoption of this specific legislation, R. Savatier observes in an article titled "Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables", *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, 1974, at pp. 752-53:

[TRANSLATION] The unavoidable risk of an accident—resulting in death or serious injury—which is occasioned by a compulsory vaccination has only been an undisputed scientific fact for a short time; and though very rare, this risk is still proportionately not widely known. Miss Lemasurier, in a note published under the decision of the Conseil d'Etat in *Lastrajoli* (July 13, 1962, D. 1962, 726), places it at one in 10,000 vaccinations, and for anti-polio vaccinations the figures of one in 20,000 or one in 33,000 were quoted to the National Assembly in discussing the law of 1964 (J.O., Débats, April 15, 1964, p. 759).

Before the unavoidable nature of this risk was established, existing apart from any identifiable counter-indication, tribunals both civil and administrative only heard actions in liability within the classical framework.

The Cour de cassation, which has long asserted judicial jurisdiction, regarded vaccinations only as an everyday medical occurrence, undoubtedly capable in the event of faulty administration of making the physician liable, but in the absence of any proof of fault merely one of the medical obstacles inherent in the human condition, which must therefore be borne by the patient (Civ. 1<sup>er</sup>, January 15, 1957, D. 1957, 146). Then the judicial authority had to give way, as regards liability for accidents occurring in approved vaccination centres,

mande et au Danemark il a été jugé nécessaire d'adopter une législation spéciale pour pourvoir à l'indemnisation des victimes de vaccination.

<sup>a</sup> En France, notamment, il s'agit de l'art. L.10-1 du *Code de la santé publique* inséré en 1964:

<sup>b</sup> Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions visées au présent Code, est supportée par l'État.

<sup>c</sup> Jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'il a payée, l'État est, s'il y a lieu, subrogé dans les droits et actions de la victime contre les responsables du dommage. [*Gaz. Pal.* 1964.2.40 et *Gaz. Pal.* 1975.1.275.]

<sup>d</sup> Au sujet de l'état du droit antérieur à l'adoption de cette disposition législative spécifique, voici ce qu'écrit R. Savatier dans un article intitulé «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables», *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, 1974, aux pp. 752 et 753:

<sup>e</sup> L'imparable risque d'accident,—mortel ou gravement mutilant,—couru du fait d'une vaccination obligatoire, n'est une constatation scientifique incontestée que depuis assez peu de temps. Et, bien que très exceptionnel, ce risque reste de proportion encore assez mal connue. M<sup>lle</sup> Lemasurier, dans une note publiée sous l'arrêt *Lastrajoli*, du Conseil d'État (13 juillet 1962, D. 1962, 726) l'évalue à un sur 10.000 vaccinations, alors que, pour la vaccination anti-polio, ce sont les chiffres d'un sur 20.000 ou d'un sur 33.000 qui ont été avancés à l'Assemblée Nationale dans la discussion de la loi de 1964 (J.O., Débats, 15 avril 1964, p. 759).

<sup>f</sup> Avant que ne fut établi le caractère imparable de ce risque, existant en dehors de toute contre-indication repérable, les juridictions, tant civile qu'administrative, n'étaient saisies d'actions en responsabilité que dans les cadres classiques.

<sup>g</sup> La Cour de cassation, qui a longtemps affirmé la compétence judiciaire, ne voyait, dans la vaccination, qu'un acte médical banal, susceptible, sans doute, d'engager, en cas de faute, la responsabilité du médecin, mais qui, en l'absence de faute démontrée, n'était qu'un des échecs médicaux inhérents à la condition humaine, donc supportés par le patient (Civ. 1<sup>er</sup>, 15 janvier 1957, D. 1957, 146). Puis la compétence judiciaire devait s'effacer, en ce qui concerne la responsabilité des accidents survenus dans les centres agréés de vaccination,

to the administrative authority as the result of a decision of the Tribunal des Conflits on March 25, 1957 (D. 1957, 395, concl. Chardeau, J.C.P. 1957, II, 10004, note R. Savatier). However, the administrative tribunals, applying the principles of their customary law to vaccination accidents, made liability of the public power depend on gross negligence or faulty organization of the department (Cons. d'Et., May 7, 1952, Dame Veuve Chassagnac, Rec. p. 230).

Only one small alert group of administrative tribunals (Trib. Adm. Bordeaux, February 29, 1956, D. 1956, 462; Marne Trib. Pensions, September 27, 1957, *Gaz. Pal.* 1960, 2, 154, in a sub-note; Trib. Adm. Lyons, June 17, 1960, *Gaz. Pal.* 1960, 2, 154, and June 14, 1963, D. 1964, 343, note R. Savatier) had taken the initiative of applying—to the small number of vaccinated persons who became victims as the result of efforts to protect the French public, in a pitiless game of chance—the precedents based on equality of burdens among French citizens, which no one has described with greater force and clarity than Mr. Waline (*Précis de droit administratif*, I, No. 1088):

“If in the public interest an additional sacrifice is imposed on someone, which falls on him by chance, there is a deliberate breach of the equality which should apply between citizens with respect to public burdens, and that equality must be re-established by means of a compensatory payment”.

Clearly (*vide* the note of Miss Lemasurier, cited above), the Conseil d'Etat in *Lastrajoli* in 1962 still preferred, when the circumstances allowed it to do so, to base the order which it would make against the State on defective organization of the department rather than on the risk to society.

The Court was referred to two French decisions subsequent to Mr. Savatier's article, rendered by the Tribunal Administratif of Strasbourg on November 9, 1976, *Engel v. Faculté de médecine de Strasbourg* and *De Gail v. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660. Suffice it to say that in the first case the action against the State was dismissed for reasons relating to procedure, and the order made was only against the Faculté de médecine of Strasbourg, and in both cases the tribunal based its ruling on the failure of the physician to inform the person vaccinated of the risks inherent in vaccination. In the case at bar, the argument based on failure to provide information was dismissed by the Superior Court judge, who ruled out any fault.

devant la compétence administrative, à partir de l'arrêt du Tribunal des Conflits, du 25 mars 1957 (D. 1957, 395, concl. Chardeau, J.C.P. 1957, II, 10004, note R. Savatier). Mais les tribunaux administratifs, appliquant, de leur côté, aux accidents de vaccination, leur jurisprudence coutumière, subordonnaient la responsabilité de la puissance publique à une faute lourde, ou à une mauvaise organisation du service (Cons. d'Et., 7 mai 1952, Dame Veuve Chassagnac, Rec. p. 230).

Seul, un petit groupe attentif de tribunaux administratifs (Trib. Adm. Bordeaux, 29 février 1956, D. 1956, 462; Trib. Pensions de la Marne, 27 septembre 1957, *Gaz. Pal.* 1960, 2, 154, en sous-note; Trib. Adm. Lyon, 17 juin 1960, *Gaz. Pal.* 1960, 2, 154, et 14 juin 1963, D. 1964, 343, note R. Savatier) avait pris l'initiative d'appliquer,—au petit nombre de vaccinés devenus victimes de la sauvegarde de la population française, dans un impitoyable hasard,—la jurisprudence fondée sur l'égalité des charges entre Français, que nul n'a décrite avec plus de force et de clarté que M. Waline (*Précis de droit administratif*, I, n° 1088):

«Si l'on vient imposer à quelqu'un, dans l'intérêt public, un sacrifice supplémentaire qui tombe sur lui fortuitement, on rompt de propos délibéré l'égalité qui doit régner entre les citoyens devant les charges publiques, il faut alors rétablir cette égalité au moyen d'une indemnité compensatrice».

Manifestement (V. la note de M<sup>lle</sup> Lemasurier, précitée), le Conseil d'État, dans l'arrêt *Lastrajoli*, de 1962, préférerait encore, lorsque les circonstances le lui permettraient, fonder la condamnation qu'il lui arrivait de prononcer contre l'État, sur une mauvaise organisation du service, plutôt que sur le risque social.

L'on nous a cité deux arrêts français postérieurs à l'article de M<sup>e</sup> Savatier, rendus par le Tribunal Administratif de Strasbourg le 9 novembre 1976, l'affaire *Engel c. Faculté de médecine de Strasbourg* et l'affaire *De Gail c. Faculté de médecine de Strasbourg*, D.1977.660. Qu'il suffise de dire que dans le premier cas le recours contre l'État a été rejeté pour des raisons reliées à la procédure, seule la Faculté de médecine de Strasbourg a été condamnée, et que dans les deux cas le tribunal a retenu comme motif le défaut du médecin d'informer la personne vaccinée des risques inhérents à la vaccination. En l'espèce le moyen fondé sur le défaut d'information a été rejeté par le juge de la Cour supérieure qui a écarté toute faute.

Conclusion

I conclude by again citing this passage from the reasons of McCarthy J.A., speaking for the Court of Appeal:

In my opinion, an obligation independent of any fault in circumstances such as those of the case at bar would be an excellent thing, but it does not exist in our law at present.

I would dismiss the appeal, but like the Court of Appeal, without costs in view of the circumstances.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Taillefer, Taillefer, Pigeon, Bernier & Sheitoyan, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Aquin, Chénard, Montréal.*

Conclusion

Je conclus en citant de nouveau ce passage des motifs du juge McCarthy, au nom de la Cour d'appel:

<sup>a</sup> À mon avis, une obligation indépendante de toute faute dans des circonstances telles celles du cas présent serait une excellente chose mais notre droit actuel ne la prévoit pas.

<sup>b</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi mais à l'instar de la Cour d'appel, vu les circonstances, sans dépens.

*Pourvoi rejeté.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'appelant: Taillefer, Taillefer, Pigeon, Bernier & Sheitoyan, Montréal.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimé: Aquin, Chénard, Montréal.*



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 3, 1985 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 1985 Vol. 1**

**Cited as [1985] 1 S.C.R. 271-437**

**Renvoi [1985] 1 R.C.S. 271-437**

---



Editor in Chief

ANNE ROLAND, LL.L.

Editors

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Revisor

RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services

GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1985.

Arrêtiste en chef

ANNE ROLAND, LL.L.

Arrêtistes

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur

RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition

GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1985.

## CONTENTS

**Franklin v. The Queen ..... 293**

Criminal law — Courts — Jurisdiction — Court of General Sessions of the Peace — Trial not proceeding at sessions for which trial fixed — Jurisdiction over indictment not lost.

**Jumbo Motors Express Ltd. v. François Nolin Ltée ..... 423**

Prescription — Interruption — Party to action — Action between co-defendants arising from same source as demand — Whether interruption caused by plaintiff's action can benefit one defendant against another — Civil Code, art. 2224.

**Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al. .... 368**

Municipal law — By-law on amusement machines and halls — Validity — Access to amusement halls prohibited to persons under eighteen — Whether by-law prohibitory, vague or discriminatory — Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Que.), c. 102, as amended, arts. 516, 517g., s., 521(4), (7), (33), 524(2)a., b. — By-law of the City of Montréal, No. 5156.

Constitutional law — Municipal by-law on amusement machines and halls — Validity — Whether by-law *ultra vires* as invasion of federal criminal law powers — By-law of the City of Montréal, No. 5156.

**Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta ..... 366**

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Freedom of conscience and religion — Lord's Day Act and Sunday observance — Injunction restraining sale of goods contrary to Act — Injunction invalid given unconstitutionality

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Franklin c. La Reine ..... 293**

Droit criminel — Tribunaux — Compétence — Cour des sessions générales de la paix — Procès non instruit lors des assises auxquelles il avait été fixé — Compétence sur l'acte d'accusation non perdue.

**Jumbo Motors Express Ltd. c. François Nolin Ltée ..... 423**

Prescription — Interruption — Partie à l'action — Action entre codéfendeurs découlant de la même source que la demande — L'interruption résultant de l'action du demandeur peut-elle profiter à l'un des défendeurs contre l'autre? — Code civil, art. 2224.

**Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres 368**

Droit municipal — Règlement sur les appareils et les salles d'amusement — Validité — Accès aux salles d'amusement interdit au moins de 18 ans — Le règlement est-il prohibitif, imprécis ou discriminatoire? — Charte de la Ville de Montréal, 1959-60 (Qué.), chap. 102 et modifications, art. 516, 517g), s), 521(4), (7), (33), 524(2)a), b) — Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.

Droit constitutionnel — Règlement municipal sur les appareils et les salles d'amusement — Validité — Le règlement empiète-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.

**Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta ..... 366**

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Liberté de conscience et de religion — Loi sur le diman-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

of Lord's Day Act — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.

Sunday observance — Injunction to restrain sale of goods — Injunction invalid given unconstitutionality of Lord's Day Act.

### **R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.** ..... 295

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Freedom of conscience and religion — Lord's Day Act and Sunday observance — Whether or not Lord's Day Act in violation of Charter guarantee of freedom of conscience and religion — Whether or not Act a reasonable limit demonstrably justifiable in a free and democratic society — Whether or not Act enacted pursuant to criminal law power — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 93 — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.

### **R. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.** ..... 364

Prerogative writs — Mandamus — Application to direct magistrate to proceed with hearing — Information laid in 1981 pursuant to Lord's Day Act — Fiat of Attorney General required to commence prosecution — Leave to prosecute signed by Acting Deputy Attorney General — Information properly quashed — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 16.

### **Robitaille v. American Biltrite (Canada) Ltd.** ..... 290

Bankruptcy — Fraudulent preferences — Late payment — Validity of payment dependent on whether made in "ordinary course of business" — "Ordinary course of business" to be considered in circumstances of each case, taking into account business relationship between debtor and creditor and industry standard — Late payment normal between companies involved and standard for their industry — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73.

### **V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.** ..... 271

Contracts — Unilateral contract — Bank advised contractor that developer adequately financed — Developer unable to meet payments — Whether or not Bank liable for breach of contract.

Torts — Negligent misrepresentation — Bank advised contractor that developer adequately financed — Financial agreement only to fixed amount — Cost overruns — Neither extended terms nor new credit advanced — Whether or not Bank liable to contractor for misrepresentation.

Interest — Mortgage contained in demand debenture — Interest rate calculated on 360-day year — Whether or not meaning of "mortgage on real estate" in s. 4 of Interest Act different from meaning in any other context — Whether or not s. 4 breached — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.

## SOMMAIRE (Fin)

che et observance du dimanche — Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises contrairement à la Loi — Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.

Observance du dimanche — Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises — Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche.

### **R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres** ..... 295

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Liberté de conscience et de religion — Loi sur le dimanche et observance du dimanche — La Loi sur le dimanche viole-t-elle la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte? — La Loi constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? — La Loi a-t-elle été adoptée conformément à la compétence en matière de droit criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 93 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.

### **R. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.** ..... 364

Brefs de prérogative — Mandamus — Demande visant à enjoindre au magistrat de procéder à l'audition — Dénonciation portée en 1981 en vertu de la Loi sur le dimanche — Fiat du procureur général nécessaire pour intenter les poursuites — Permission de poursuivre signée par le sous-procureur général intérimaire — Dénonciation régulièrement annulée — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, c. L-13, art. 16.

### **Robitaille c. American Biltrite (Canada) Ltée** ..... 290

Faillite — Paiement préférentiel — Paiement tardif — Paiement valide s'il est fait dans «le cours ordinaire des affaires» — «Le cours ordinaire des affaires» doit être analysé selon les circonstances de chaque cas, compte tenu des relations d'affaire entre le débiteur et le créancier et des normes de l'industrie — Paiement tardif normal entre les sociétés en cause et habituel dans leur industrie — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 73.

### **V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse et autre** ..... 271

Contrats — Contrat unilatéral — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Promoteur incapable de faire les paiements — La Banque est-elle responsable d'une rupture de contrat?

Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Accord financier limité au montant fixé — Coûts supplémentaires — Aucune condition ni crédit nouveaux — La Banque est-elle responsable envers l'entrepreneur de la déclaration inexacte faite par négligence?

Intérêts — Hypothèque incluse dans une débeture à vue — Taux d'intérêt calculé à 360 jours — L'expression «hypothèque sur les biens-fonds» a-t-elle un sens différent de celui qu'elle a dans d'autres contextes? — Violation ou non de l'art. 4 — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.



**V.K. Mason Construction Ltd. (Plaintiff)**  
*Appellant;*

and

**The Bank of Nova Scotia (Defendant)**  
*Respondent;*

and

**Courtot Investments Limited (Defendant);**

and between

**The Bank of Nova Scotia (Defendant)**  
*Appellant;*

and

**V.K. Mason Construction Ltd. (Plaintiff)**  
*Respondent;*

and

**Bregman and Hamann (Defendants).**

File Nos.: 17437 and 17435.

1984: June 14; 1985: April 4.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Unilateral contract — Bank advised contractor that developer adequately financed — Developer unable to meet payments — Whether or not Bank liable for breach of contract.*

*Torts — Negligent misrepresentation — Bank advised contractor that developer adequately financed — Financial agreement only to fixed amount — Cost overruns — Neither extended terms nor new credit advanced — Whether or not Bank liable to contractor for misrepresentation.*

*Interest — Mortgage contained in demand debenture — Interest rate calculated on 360-day year — Whether or not meaning of "mortgage on real estate" in s. 4 of Interest Act different from meaning in any other context — Whether or not s. 4 breached — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.*

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**V.K. Mason Construction Ltd.**  
*(Demanderesse) Appelante;*

et

<sup>a</sup> **La Banque de Nouvelle-Écosse**  
*(Défenderesse) Intimée;*

et

<sup>b</sup> **Courtot Investments Limited (Défenderesse);**

et entre

<sup>c</sup> **La Banque de Nouvelle-Écosse**  
*(Défenderesse) Appelante;*

et

<sup>d</sup> **V.K. Mason Construction Ltd.**  
*(Demanderesse) Intimée;*

et

**Bregman et Hamann (Défendeurs).**

N<sup>os</sup> du greffe: 17437 et 17435.

<sup>e</sup> 1984: 14 juin; 1985: 4 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>f</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Contrats — Contrat unilatéral — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Promoteur incapable de faire les paiements — La Banque est-elle responsable d'une rupture de contrat?*

<sup>g</sup> *Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant — Accord financier limité au montant fixé — Coûts supplémentaires — Aucune condition ni crédit nouveaux — La Banque est-elle responsable envers l'entrepreneur de la déclaration inexacte faite par négligence?*

<sup>i</sup> *Intérêts — Hypothèque incluse dans une débenture à vue — Taux d'intérêt calculé à 360 jours — L'expression «hypothèque sur les biens-fonds» a-t-elle un sens différent de celui qu'elle a dans d'autres contextes? — Violation ou non de l'art. 4 — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.*

<sup>j</sup> \* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

The two appeals in this consolidated action arose out of the financing and construction of an office and retail complex. Courtot was the owner and developer; Mason was the general contractor; and the Bank provided bridge financing for the construction, taking a mortgage in a demand debenture on the property as part of its security. The first action, brought by Mason against the Bank, was based on the alternative footing of contract and tort. The second action involved a claim by Mason under *The Mechanics' Lien Act* against Courtot and the Bank but, as Courtot and Mason settled, only the latter claim was before the Court.

Mason signed a fixed price construction contract with Courtot, but only when fully satisfied by a letter from the Bank, over and above its own knowledge of Courtot's financing, that Courtot was adequately financed to meet its payments. Construction went ahead and was substantially completed. Before completion, however, both Courtot and the Bank were aware that the Bank's loan to Courtot would not cover the cost of completion. The Bank refused to extend the due date or to extend more money. Mason was not informed of the situation and, faced with excuses to delay payment and vexatious litigation, lodged mechanics' liens against the property. The Bank later exercised its power of sale as mortgagee under the demand debenture and asserted its priority as mortgagee over the proceeds of sale. The remainder was not sufficient to satisfy fully the settlement reached in Mason's mechanics' lien action with Courtot.

The trial judge in the first action found the Bank liable to Mason in both contract and tort, and, in the second held that s. 4 of the *Interest Act* applied, with the result that the Bank's claim was reduced to the extent that Mason could be paid in full out of the proceeds of sale. The Court of Appeal dismissed the Bank's appeal with respect to the breach of contract claim and did not comment on the negligent misrepresentation issue. It allowed the Bank's appeal in the second action, however, holding s. 4 of the *Interest Act* to be inapplicable. The Court of Appeal also found the Bank was not estopped from asserting its priority as mortgagee.

The issues in the two actions involved (1) contract; (2) negligent misrepresentation; (3) s. 4 of the *Interest Act*; and (4) estoppel.

Les deux pourvois réunis dans cette action découlent du financement et de la construction d'un ensemble de bureaux et de boutiques. Courtot en était le propriétaire et le promoteur; Mason était l'entrepreneur général et la Banque assurait le financement provisoire de l'ensemble, en prenant à titre de sûreté une hypothèque incluse dans une débeture à vue. La première action intentée par Mason contre la Banque constitue une poursuite en responsabilité contractuelle et subsidiairement en responsabilité délictuelle. La seconde action comporte une poursuite de Mason contre Courtot et la Banque en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, mais comme Courtot et Mason ont réglé leur différend, seule l'action contre la Banque est soumise à la Cour.

Mason a conclu un contrat de construction à prix fixe avec Courtot, mais seulement après avoir reçu l'assurance écrite de la Banque, en plus de sa propre connaissance des arrangements financiers conclus par Courtot, que Courtot disposait de fonds suffisants pour faire face à ses paiements. Les travaux de construction ont été substantiellement achevés. Toutefois, avant l'achèvement des travaux, Courtot et la Banque savaient toutes deux que le prêt bancaire accordé à Courtot ne suffirait pas. La Banque a refusé de repousser l'échéance ou d'investir plus de fonds. Mason n'a pas été avisée de la situation et, réagissant aux excuses pour reporter les paiements et à une poursuite vexatoire, elle a enregistré des privilèges contre la propriété. La Banque a alors exercé son pouvoir de créancier hypothécaire en vertu de la débeture pour vendre la propriété et a fait valoir son droit de priorité sur le produit de la vente. Le solde ne suffisait pas pour acquitter complètement les montants prévus au règlement intervenu entre Mason et Courtot dans l'action sur privilège.

Dans la première action, le juge de première instance a conclu que la Banque était responsable envers Mason à la fois contractuellement et délictuellement et, dans la seconde, que l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* s'appliquait, ce qui faisait que la réclamation de la Banque était réduite jusqu'à concurrence du montant nécessaire pour rembourser Mason sur le produit de la vente. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la Banque relativement à la rupture de contrat sans parler de la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Elle a cependant accueilli l'appel de la Banque dans la seconde action, déclarant l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* inapplicable. La Cour d'appel a également conclu que rien n'empêchait la Banque de faire valoir sa priorité en tant que créancier hypothécaire.

Les questions en litige dans les deux actions visent (1) le contrat; (2) la déclaration inexacte faite par négligence; (3) l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* et (4) l'irrecevabilité.

*Held:* The appeal of the Bank of Nova Scotia should be dismissed and the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd. should be allowed (in the contract/tort action). The appeal of V.K. Mason Construction Ltd. should be dismissed (in the mechanics' lien action).

No contractual relationship existed between the Bank and Mason. A unilateral contract—the only one possible in the circumstances—could not be implied as the certainty of intention necessary as a foundation for implying such a contract out of the documents and conduct did not exist. Much would have to be implied into the conduct of the parties and the exact nature of the Bank's obligation was left undefined. Reasonable business people would not have construed the Bank's letter as an absolute and unqualified guarantee.

All the requirements for negligent misrepresentation were met here: (1) an untrue statement (2) was negligently made and there was (3) a special relationship giving rise to a duty of care and (4) a reliance that was foreseeable. Mason sought an assurance from the Bank that Courtot would have adequate financing at a time when it knew the terms of the Bank's loan to Courtot and found that loan to be an inadequate assurance. The Bank knew its letter would be construed as an assurance over and above the loan and yet persisted in giving the assurance based on the loan and the hope that certain costs would not be incurred. In doing so the Bank acted negligently. The Bank had a special relationship with Mason because it was inducing Mason to sign a contract with Courtot in reliance on the Bank's assurance of adequate financing. Mason relied on that assurance and that reliance was foreseeable by the Bank.

In calculating damages for misrepresentation, anticipated profit is not to be subtracted from contract damages. It could be assumed that Mason would have found a profitable means of employing itself had it not been induced to work on the Courtot project by the Bank's misrepresentation. The estimated profit on the Courtot project was a reasonable evaluation of what Mason likely would have made had it abandoned the project and found other work: lost profit on this contract represented lost opportunity for profit on any contract.

Mason was similarly entitled to prejudgment interest. It was reasonable to assume that Mason would have put the amount of outlay and the profits to profitable use. Interest is the Court's way of compensating Mason for the loss of the opportunity to invest the money.

*Arrêt:* Le pourvoi de la Banque de Nouvelle-Écosse est rejeté et le pourvoi incident de V.K. Mason Construction Ltd. est accueilli (dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle). Le pourvoi de V.K. Mason Construction Ltd. est rejeté (dans l'action sur privilège).

Il n'existait pas de lien contractuel entre la Banque et Mason. On ne peut déduire l'existence d'un contrat unilatéral—le seul possible dans les circonstances—puisque ni les pièces ni la conduite des parties ne constituent une manifestation suffisamment certaine d'intention. Trop de choses devraient être déduites de leur conduite et la nature exacte de l'obligation de la Banque n'était pas définie. Des personnes raisonnables dans les affaires n'auraient pas interprété la lettre de la Banque comme une garantie absolue.

Toutes les conditions nécessaires à l'existence de la déclaration inexacte faite par négligence sont réunies ici: (1) une déclaration fautive (2) faite par négligence (3) avec un lien spécial donnant lieu à une obligation de diligence et (4) à laquelle il était prévisible qu'on se fierait. Mason cherchait à obtenir une assurance de la Banque que Courtot aurait suffisamment d'argent à une époque où elle connaissait les conditions du prêt fait par la Banque à Courtot et estimait que ce n'était pas une assurance suffisante. La Banque savait que sa lettre serait interprétée comme une assurance de quelque chose qui dépassait les conditions du prêt, mais elle a néanmoins donné l'assurance fondée sur le prêt et l'espoir que certains coûts ne se concrétiseraient pas. Ce faisant, la Banque a agi avec négligence. La Banque avait un lien spécial avec Mason parce qu'elle l'incitait à signer un contrat avec Courtot en l'assurant qu'il y aurait un financement suffisant. Mason s'est fiée à cette assurance, ce que la Banque pouvait prévoir.

Dans le calcul des dommages-intérêts pour déclaration inexacte, on ne doit pas soustraire le profit anticipé des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle. On peut estimer que Mason aurait trouvé une activité profitable si la déclaration inexacte de la Banque ne l'avait pas amenée à construire le centre Courtot. Le profit estimé sur le centre Courtot constitue une évaluation raisonnable de ce que Mason aurait vraisemblablement réalisé si elle avait abandonné la construction et trouvé un autre chantier: le manque à gagner sur ce contrat représente l'occasion manquée de tirer un profit de tout autre contrat.

Mason a également droit à l'intérêt avant jugement. Il est raisonnable de penser que Mason aurait utilisé le montant correspondant aux dépenses et aux profits de façon profitable. La Cour a recours à l'intérêt pour indemniser Mason relativement à la possibilité perdue d'investir cet argent.

The transaction between the Bank and Courtot could not be characterized as something other than a mortgage on real estate simply because the Bank took other security in addition to the mortgage contained in the demand debenture. The meaning of a "mortgage on real estate" in s. 4 of the *Interest Act* is no different from its meaning in any other context. Section 4 is consumer protection law in the sense that, with respect to loans other than real estate mortgages, consumers are entitled to know the annual rate of interest they are paying. Courtot was a sophisticated commercial borrower in scant need of protection by being informed of the annual rate of interest rather than the 360 day rate. Since the section allows a borrower to escape from what would otherwise be a valid arm's length financial transaction, it would be unfair to adopt a construction that did not take into account the legitimate interests of the lender.

This was not a case for the application of promissory estoppel simply on the ground that the Bank never represented that it would not rely on its priority as mortgagee. Mason therefore could not make out a case of detrimental reliance with respect to its mechanics' lien.

#### Cases Cited

*Carlill v. Carbolite Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Patrick L. Roberts Ltd. v. Solinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.

#### Authors Cited

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1980.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (in the contract/tort action) (1982), 39 O.R. (2d) 630, dismissing the appeal of the Bank of Nova Scotia, allowing the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd., and varying the judgment of O'Leary J. Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

L'opération intervenue entre la Banque et Courtot ne peut être considérée comme autre chose qu'une hypothèque sur des biens-fonds du seul fait que la Banque a pris d'autres sûretés en plus de l'hypothèque incluse dans la débeture à vue. Le sens de l'expression «hypothèque sur des biens-fonds» à l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* n'est pas différent de celui qu'elle a dans un autre contexte. L'article 4 vise la protection du consommateur dans le sens qu'à l'égard des prêts autres que les hypothèques immobilières, le consommateur a le droit de connaître le taux annuel d'intérêt. Un emprunteur commercial rompu aux affaires comme Courtot a fort peu besoin d'être protégé en étant avisé du taux d'intérêt annuel plutôt que du taux d'intérêt à 360 jours. Puisque l'article permet à un emprunteur de se dégager de ce qui serait autrement une opération financière sans lien de dépendance et valide, il serait injuste d'adopter une interprétation qui ne tient pas compte des intérêts légitimes du prêteur.

Il ne s'agit pas d'une affaire où l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut s'appliquer au motif que la Banque n'a jamais déclaré qu'elle ne ferait pas valoir sa priorité comme créancier hypothécaire. Mason ne pouvait donc pas démontrer avoir agi à son détriment sur la foi d'une promesse à l'égard de son privilège de constructeur.

#### Jurisprudence

*Carlill v. Carbolite Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Patrick L. Roberts Ltd. v. Solinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.

#### Doctrine citée

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1980.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle) (1982), 39 O.R. (2d) 630, qui a rejeté l'appel de la Banque de Nouvelle-Écosse, accueilli l'appel incident de V.K. Mason Construction Ltd. et modifié le jugement du juge O'Leary. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (in the mechanics' lien action) (1982), 39 O.R. (2d) 630, allowing the appeal of the Bank of Nova Scotia and varying the judgment of O'Leary J., and, dismissing the cross-appeal of V.K. Mason Construction Ltd. Appeal dismissed.

*John D. Brownlie, Q.C., and James A. Hodgson,* for the appellant V.K. Mason Construction Ltd.

*John J. Robinette, Q.C., John Sopinka, Q.C., D. B. Houston, and Barry W. Earle,* for the respondent the Bank of Nova Scotia.

*John Sopinka, Q.C., and Barry W. Earle, Q.C.,* for the appellant the Bank of Nova Scotia.

*John D. Brownlie, Q.C., and James A. Hodgson,* for the respondent V.K. Mason Construction Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The Court is confronted in this case with appeals in two lawsuits which have been consolidated. The first lawsuit involved an action on the alternative footing of contract and tort brought by V.K. Mason Construction Ltd. ("Mason") against the Bank of Nova Scotia ("the Bank"). The second action involved a claim by Mason under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, as amended, against Courtot Investments Ltd. ("Courtot") and the Bank. The claim against Courtot was settled but the claim against the Bank is before us.

The principal source of dispute in the case is on the facts. There is relatively little disagreement over the applicable legal principles and presentations of counsel were substantially directed to the application of those principles to the facts as they saw them. Fortunately, the Court has the advantage of a very thorough and competent judgment by the trial judge, Mr. Justice O'Leary. Despite this the parties, and particularly the Bank in the contract/tort action, spent considerable time referring us to the record in an attempt to undermine his findings of fact. I am satisfied, as was the Ontario Court of Appeal, that these findings are amply supported by the evidence and I therefore

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (dans l'action sur privilège) (1982), 39 O.R. (2d) 630, qui a accueilli l'appel de la Banque de Nouvelle-Écosse et modifié le jugement du juge O'Leary, et rejeté l'appel incident de V.K. Mason Construction Ltd. Pourvoi rejeté.

*John D. Brownlie, c.r., et James A. Hodgson,* pour l'appelante V.K. Mason Construction Ltd.

*John J. Robinette, c.r., John Sopinka, c.r., D.B. Houston, et Barry W. Earle,* pour l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

*John Sopinka, c.r., et Barry W. Earle, c.r.,* pour l'appelante la Banque de Nouvelle-Écosse.

*John D. Brownlie, c.r., et James A. Hodgson,* pour l'intimée V.K. Mason Construction Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—En l'espèce, la Cour doit se prononcer sur les pourvois dans deux actions qui ont été réunies. La première action constitue une poursuite en responsabilité contractuelle et subsidiairement en responsabilité délictuelle intentée par V.K. Mason Construction Ltd. («Mason») contre la Banque de Nouvelle-Écosse («la Banque»). La seconde comporte une poursuite par Mason en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, et modifications, contre Courtot Investments Ltd. («Courtot») et la Banque. L'action contre Courtot a fait l'objet d'un règlement, mais l'action contre la Banque nous est soumise.

En l'espèce le litige porte principalement sur les faits. Il y a relativement peu de désaccord sur les principes juridiques applicables et les plaidoiries des avocats ont surtout porté sur l'application de ces principes aux faits tels qu'ils les percevaient. La Cour a heureusement l'avantage de pouvoir s'appuyer sur un jugement très bien motivé et très complet du juge de première instance, le juge O'Leary. Malgré tout, les parties, notamment la Banque dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, ont consacré beaucoup de temps à nous renvoyer au dossier dans l'espoir d'ébranler ses conclusions de fait. Je suis convaincue, comme l'a été la Cour d'appel de l'Ontario,



approach the case on the basis of the facts as found by the learned trial judge.

### 1. The Facts

Both actions arose out of the financing and construction of an office and retail shopping complex in Toronto known as the "Courtot Centre". The owner and developer of the complex was Courtot, the general contractor in charge of construction was Mason and the Bank provided bridge financing for the construction, taking as part of its security a mortgage contained in a demand debenture on the property.

Courtot was a valued client of the Bank but was inexperienced in the field of property development. It was also shortsighted in its planning for financial contingencies and failed to obtain adequate funding to cope with rising interest rates and costly architectural changes implemented subsequent to the project's getting underway. As a consequence the litigation between Mason and the Bank took place in the aftermath of the commercial failure of the Courtot Centre project and the inability of Courtot to raise sufficient financing to meet its indebtedness to its general contractor.

The story commences in March 1972 when Mason submitted a tender for construction of the project containing the following stipulation:

Our tender and any contract entered into following acceptance of our tender are conditional upon production to us prior to execution of any construction contract, satisfactory evidence of the ability of the Owner to meet the payments as they become due under such contract.

By July 17, 1972 Mason was prepared to sign a fixed price construction contract with Courtot provided it was satisfied of Courtot's ability to meet the payments. Mason had begun construction before a contract was signed but Mr. Justice O'Leary expressly found at trial that it would not have signed the contract had it not been for assurances from the Bank. The reason for his conclusion on this point was that Mason's investment in the project up to the time of the signing of the contract was small enough that it would have been able, if

que la preuve justifie amplement ces conclusions et j'aborde l'affaire en considérant les faits établis selon les conclusions du juge de première instance.

### a 1. Les faits

b Les deux actions découlent du financement et de la construction d'un ensemble de bureaux et de boutiques à Toronto, appelé «Courtot Centre». Le propriétaire et promoteur de l'ensemble était Courtot, l'entrepreneur général chargé de la construction était Mason et la Banque fournissait le financement provisoire pour la construction, en prenant à titre de sûreté une hypothèque incluse dans une c débeture à vue.

d Courtot était une bonne cliente de la Banque, mais manquait d'expérience dans le domaine de l'aménagement immobilier. Elle a également mal planifié les aléas financiers et ne s'est pas procuré le financement nécessaire pour faire face à l'augmentation des taux d'intérêts et aux coûts des changements apportés après le début de la construction. Il s'en est suivi un procès entre Mason et e la Banque, après l'échec commercial du Courtot Centre et l'incapacité de Courtot de financer son endettement envers l'entrepreneur général.

f L'affaire a débuté en mars 1972 quand Mason a présenté, pour la construction de l'ensemble immobilier, une offre qui comportait la clause suivante:

[TRADUCTION] Notre offre et tout contrat qui pourra intervenir à la suite de son acceptation sont faits sous condition qu'on nous fournisse, avant la signature de tout contrat de construction, une preuve satisfaisante de la capacité du propriétaire d'effectuer les paiements au fur et à mesure qu'ils deviendront échus en vertu du contrat.

h Le 17 juillet 1972, Mason était prête à signer avec Courtot un contrat de construction à prix fixe à condition qu'elle soit convaincue de la capacité de Courtot de faire face aux paiements. Mason avait commencé la construction avant que le contrat soit signé, mais le juge O'Leary a expressément conclu, en première instance, qu'elle n'aurait pas signé le contrat n'eussent été les assurances de la Banque. La justification de sa conclusion à cet égard tient au fait que la mise de fonds de Mason dans l'entreprise à l'époque de la signature du

it had abandoned the project, to recover its investment from Courtot on a *quantum meruit* basis under *The Mechanics' Lien Act* or otherwise.

Courtot meanwhile had been trying to arrange financing for the project from the Bank. In October 1971 the Bank rejected his application for bridge financing and in January 1972 it turned down a further application for a loan of \$865,500 to cover pre-construction costs. In February 1972, however, the latter decision was reversed and by July 6, 1972 the Branch Manager, Mr. Hway, was prepared to recommend a loan of \$9,000,000 to provide bridge financing. By August the Bank decided to loan Courtot \$8,850,000 U.S., one of the bases for that decision being the fact that Courtot had been able to arrange a fixed price construction contract with Mason for \$6,100,000. The Bank's commitment to Courtot, expressed in the form of a letter approving the loan in principle, was conveyed to Mason but this was not sufficient to convince Mason of Courtot's ability to meet the payments.

The events of August 30 through September 12 are crucial to the case and are covered in detail by Mr. Justice O'Leary. Mason through its solicitor sought assurances from the Bank that Courtot had sufficient financing. There was an exchange of telephone conversations and, although the oral evidence is unclear about the outcome of these conversations, the documentary evidence indicates that as of September 7, 1972 Mason was still not satisfied that Courtot was able to pay the contract price. Mr. Justice O'Leary found that, if Mason had continued to be unsatisfied about Courtot's ability to pay, it would not have continued with the project. He further found that the Bank knew or ought to have known this and that it was apparent that further assurances would be necessary.

Mr. Hway, the Branch Manager, on September 8, 1972 drafted a letter to Mason giving those assurances. He did not send it immediately but discussed the wording of the letter with the Bank's solicitor on September 11 or 12. The solicitor did not recommend any changes and on September 12,

contrat était assez peu importante qu'elle aurait pu, si elle avait abandonné l'entreprise, la récupérer de Courtot sur une base *quantum meruit* en vertu de *The Mechanics' Lien Act* ou autrement.

Entre temps, Courtot négociait le financement de l'entreprise par la Banque. En octobre 1971, la Banque avait rejeté sa demande de financement provisoire et avait, en janvier 1972, rejeté une autre demande de prêt de 865 500 \$ pour couvrir les frais préalables à la construction. En février 1972, la Banque changeait d'avis et, le 6 juillet 1972, le directeur de la succursale, M. Hway, consentait à recommander un prêt de 9 000 000 \$ pour assurer le financement provisoire. En août, la Banque a décidé de prêter 8 850 000 \$ U.S. à Courtot; un des motifs de cette décision était que Courtot avait pu obtenir de Mason un contrat de construction à prix fixe de 6 100 000 \$. L'engagement de la Banque envers Courtot, énoncé dans une lettre d'approbation en principe du prêt, a été communiqué à Mason, mais cela n'a pas suffi pour convaincre Mason de la capacité de Courtot de faire face aux paiements.

Les événements survenus entre le 30 août et le 12 septembre sont cruciaux et sont analysés en détail par le juge O'Leary. Par l'entremise de son procureur, Mason a demandé à la Banque des assurances que Courtot avait des fonds suffisants. Il y a eu plusieurs conversations téléphoniques et, bien que les témoignages n'indiquent pas clairement le résultat de ces conversations, la preuve documentaire indique que le 7 septembre 1972 Mason n'était toujours pas convaincue que Courtot était en mesure de payer le prix du contrat. Le juge O'Leary a conclu que, si Mason n'avait pas été convaincue de la capacité de Courtot de payer, elle aurait abandonné l'entreprise. Il a de plus conclu que la Banque le savait ou aurait dû le savoir et qu'il était clair qu'il faudrait d'autres assurances.

Le 8 septembre 1972, M. Hway, le directeur de la succursale, a rédigé une lettre à l'intention de Mason pour donner ces assurances. Il ne l'a pas envoyée immédiatement, mais en a discuté la formulation avec le procureur de la Banque le 11 ou le 12 septembre. Ce dernier n'a conseillé aucun

1972 the letter was delivered to Mason. It read as follows:

We wish to advise that we have accorded Courtot Investments Limited interim financing sufficient to cover the construction of the subject complex. We shall therefore provide funds for your progress billings as they occur against architects' certificates (Bregman & Hamann) of work completed subject to the usual search for liens by our solicitor.

Acting upon the strength of this assurance, Mason signed the construction contract with Courtot on September 14, 1972. Construction went ahead and Mason performed its part of the bargain, substantially completing construction in August 1974. The completion of construction had originally been scheduled for December 31, 1973 but changes in the specifications by Courtot had both added to the cost of construction (which resulted in an agreed increase in the contract price) and delayed the completion date. Mr. Justice O'Leary expressly exonerated Mason from any responsibility for the construction delays.

By April 19, 1974 it had become apparent both to Courtot and to the Bank that the amount of the Bank's loan to Courtot would not cover the cost of construction. The Bank did not, however, offer to extend Courtot more money or agree to Courtot's request for an extension of the due date of the loan. By July 31, 1974 Courtot had called down \$8,413,000 U.S. of the \$8,850,000 U.S. which the Bank had agreed to lend it. Rather than call for the rest of the money in order to provide at least part payment to Mason, Courtot tried to find excuses in order to delay paying Mason and then engaged in vexatious litigation against Mason for this purpose. The Bank at no point informed Mason that Courtot had insufficient funds to cover the cost of construction.

By August 30, 1974 Mason had substantially completed construction and had not been paid on architects' certificates dating back as far as July 10, 1974. Mason took out mechanics' liens on the property for \$1,057,941.98 in work for which it had not been paid. In August 1975 the Bank

changement et le 12 septembre 1972 la lettre était livrée chez Mason. Elle est ainsi conçue:

[TRADUCTION] Nous désirons vous aviser que nous avons accordé à Courtot Investments Limited un financement provisoire suffisant pour couvrir la construction de l'ensemble immobilier en question. Nous débourse-rions donc les fonds d'après votre facturation selon l'avancement des travaux attesté par les architectes (Bregman & Hamann) sous réserve de la vérification habituelle par nos procureurs de l'existence de privilèges.

Fort de cette assurance, Mason a signé le contrat de construction avec Courtot le 14 septembre 1972. La construction s'est poursuivie et Mason a rempli sa part du marché, terminant l'ensemble de la construction en août 1974. La fin des travaux avait d'abord été prévue pour le 31 décembre 1973, mais des changements aux devis apportés par Courtot avaient ajouté au coût de construction (qui a amené une augmentation convenue du prix du contrat) et avaient retardé la fin des travaux. Le juge O'Leary a expressément exonéré Mason de toute responsabilité pour les retards de construction.

Le 19 avril 1974, tant Courtot que la Banque se sont rendus compte que le montant du prêt bancaire accordé à Courtot ne couvrirait pas le coût de construction. La Banque n'a cependant pas offert à Courtot de lui avancer plus d'argent et n'a pas accédé à la demande de cette dernière de reporter l'échéance du prêt. Le 31 juillet 1974, Courtot avait retiré 8 413 000 \$ U.S. des 8 850 000 \$ U.S. que la Banque avait convenu de lui prêter. Plus tôt que de retirer le solde de la somme en vue de payer au moins une partie du montant dû à Mason, Courtot a cherché des excuses pour retarder le paiement à Mason et s'est engagée dans des poursuites vexatoires contre Mason à cette fin. La Banque n'a jamais indiqué à Mason que Courtot n'avait pas suffisamment d'argent pour couvrir le coût de la construction.

Le 30 août 1974, Mason avait, à toutes fins utiles, terminé la construction et n'avait pas été payée pour les travaux attestés par les architectes depuis le 10 juillet 1974. Mason a enregistré des privilèges sur l'immeuble totalisant 1 057 941,98 \$ pour travaux impayés. En août 1975, la Banque a

demanded payment from Courtot on its loans and exercised its power of sale of the Courtot Centre as mortgagee under the demand debenture. On February 9, 1976 the complex was sold for \$11,000,000.

In December 1977 Mason settled its mechanics lien action against Courtot and Courtot acceded to the entry of judgment in favour of Mason in the amount of \$1,427,487.17. The Bank asserted its priority as mortgagee over the proceeds of the sale and, after it had been paid, there were insufficient funds to pay Mason in full. In the mechanics' lien action, therefore, Mason asserted that by virtue of s. 4 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, the Bank was limited to interest at the rate of 5 per cent. The learned trial judge agreed with this submission and the result was that, by reducing the amount of the Bank's claim, Mason would be enabled to have its claim satisfied out of the proceeds of the sale. Mason had also argued that the Bank was estopped from asserting its priority as mortgagee but, in light of his ruling on the *Interest Act* point, the learned trial judge did not find it necessary to make a ruling on this issue.

Returning to the contract and tort action, Mr. Justice O'Leary found on the facts as stated above that there was a contract between Mason and the Bank and that the Bank had breached that contract. He awarded damages in the amount of \$1,057,941.98. The trial judge also found that the Bank was liable to Mason on the alternative basis of negligent misrepresentation. Specifically, he found that the representation in the Bank's letter of September 8, 1972 was false in that the Bank had not committed itself to provide sufficient funds to Courtot to complete the project but only a specified sum of money toward the financing of the project. Furthermore, Mr. Justice O'Leary found that, even at the date the statement was made, the amount of the Bank's loan to Courtot was significantly less than the projected cost of the project, a fact known to the Bank. The learned trial judge awarded damages of \$897,941.98 for negligent misrepresentation, this sum being cal-

exigé de Courtot le remboursement de son prêt et a exercé son droit de faire vendre le Courtot Centre à titre de créancier hypothécaire en vertu de la débeture à vue. Le 9 février 1976, l'ensemble immobilier était vendu 11 000 000 \$.

En décembre 1977, Mason a réglé l'action sur privilège intentée à Courtot et celle-ci a consenti à l'inscription d'un jugement en faveur de Mason au montant de 1 427 487,17 \$. La Banque a exercé sa priorité à titre de créancier hypothécaire sur le produit de la vente et, après qu'elle eut été payée, il n'y avait plus suffisamment d'argent pour désintéresser complètement Mason. Dans l'action sur privilège, Mason a donc soutenu qu'en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, la Banque était limitée à un intérêt au taux de 5 pour 100. Le juge de première instance a fait droit à cette prétention et il en est résulté que, par la diminution du montant dû à la Banque, Mason pouvait obtenir le paiement de la totalité de sa réclamation sur le produit de la vente. Mason a aussi soutenu que la Banque était irrecevable à faire valoir sa priorité en tant que créancier hypothécaire, mais à cause de sa décision sur le point relatif à la *Loi sur l'intérêt*, le juge de première instance n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur ce point.

Pour ce qui est de l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, le juge O'Leary a conclu, vu les faits mentionnés ci-dessus, qu'un contrat était intervenu entre Mason et la Banque et que la Banque avait violé ce contrat. Il a accordé des dommages-intérêts de 1 057 941,98 \$. Le juge de première instance a également conclu que subsidiairement la Banque était responsable envers Mason en raison de la déclaration inexacte faite par négligence. Plus précisément, il a conclu que la déclaration contenue dans la lettre de la Banque du 8 septembre 1972 était fautive en ce sens que la Banque ne s'était pas engagée à avancer suffisamment d'argent à Courtot pour qu'elle termine le centre, mais seulement une somme précise pour le financer. De plus, le juge O'Leary a conclu que, même à l'époque où la déclaration a été faite, le montant du prêt bancaire fait à Courtot était largement inférieur au coût projeté du centre et que la Banque le savait pertinemment. Le

culated by removing Mason's projected profit of \$160,000 from the value of the contract damages.

The Bank's appeal in both actions was heard by Houlden, Goodman and Cory JJ.A. At the conclusion of argument Houlden J.A. gave an oral judgment for the court. With respect to the contract/tort action, he dismissed the Bank's appeal with respect to the breach of contract claim and did not find it necessary to comment on the negligent misrepresentation issue. With respect to the mechanics' lien case, he allowed the Bank's appeal, holding that s. 4 of the *Interest Act* was inapplicable in this case because the Bank's loan was a mortgage on real estate and therefore expressly excluded from the operation of the section. He further held that the Bank was not estopped from asserting its priority as mortgagee over Mason under *The Mechanics' Lien Act*.

## 2. The Issues

The issues in the two actions may be conveniently dealt with under four main headings namely: (1) contract; (2) negligent misrepresentation; (3) s. 4 of the *Interest Act*; and (4) estoppel.

It might however be useful at the outset to put the case in perspective. This is not a simple situation in which a bank makes a representation about the creditworthiness of one of its clients to a third party. This is a case in which the Bank made a representation to a third party for the specific purpose of inducing the third party to enter into a contract with one of the Bank's own clients, thereby enabling that client to enter into a substantial loan transaction with the Bank. I do not think it is realistic to portray the Bank Manager, Mr. Hway, as an inexperienced person who had no motive or intention to mislead anyone. It is quite clear that Mr. Hway wished to check the letter with the Bank's solicitor precisely because he realized that

juge de première instance a accordé 897 941,98 \$ à titre de dommages-intérêts pour déclaration inexacte, cette somme étant établie en déduisant le profit projeté de 160 000 \$ du montant des dommages-intérêts dans l'action en responsabilité contractuelle.

L'appel de la Banque dans les deux actions a été entendu par les juge Houlden, Goodman et Cory. À la fin des plaidoiries, le juge Houlden a prononcé le jugement pour la cour à l'audience. Quant à l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle, il a rejeté l'appel de la Banque à l'égard de la réclamation pour rupture de contrat et n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Quant à l'action sur privilège, il a accueilli l'appel de la Banque, statuant que l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'appliquait pas en l'espèce parce que le prêt de la Banque constituait une hypothèque sur des biens-fonds et qu'en conséquence il était expressément exclu de l'application de l'article. Il a de plus conclu que la Banque n'était pas irrecevable à faire valoir sa priorité sur Mason à titre de créancier hypothécaire en vertu de *The Mechanics' Lien Act*.

## 2. Les questions en litige

Il y a lieu de procéder à l'analyse des questions en litige dans les deux actions en quatre chapitres: (1) le contrat; (2) la déclaration inexacte faite par négligence; (3) l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*; et (4) l'irrecevabilité.

Il serait cependant utile au début de situer l'affaire dans son contexte. Il ne s'agit pas d'une simple affaire dans laquelle une banque fait une déclaration à propos du crédit de l'un de ses clients à un tiers. Il s'agit d'un cas dans lequel la Banque a fait une déclaration à un tiers dans le but précis de l'amener à conclure un contrat avec un client de la Banque, permettant ainsi à ce client de contracter un prêt important auprès de la Banque. Je ne crois pas qu'il est réaliste de dire que le directeur de la Banque, M. Hway, était une personne sans expérience et qui n'avait pas l'intention d'induire qui que ce soit en erreur. Il est tout à fait manifeste que M. Hway a voulu soumettre la lettre au procureur de la Banque précisément parce qu'il se

the Bank was inducing Mason to enter into a contract and he wanted to avoid the prospect of the Bank's incurring a liability to Mason.

Mr. Hway, like Courtot, no doubt thought that the transaction would be a profitable one. Had Courtot been able to arrange permanent mortgage financing or find a buyer for the building there would have been no problem about the shortfall in the Bank's bridge financing. Unfortunately for all concerned, the market for commercial properties in that part of Toronto was soft at the time Courtot was looking for commercial tenants for the Centre. Also, Courtot was caught by having a floating interest loan at a time when interest rates were rising, thereby significantly increasing the amount of interest which it owed to the Bank. Furthermore, having taken out a loan in U.S. funds Courtot was hurt by currency fluctuations which resulted from the strength of the Canadian dollar as compared to the American dollar. Finally, Mr. Courtot was, as already mentioned, an inexperienced developer and he had not allowed himself sufficient flexibility by taking contingencies of this kind into account in arranging his financing. As a result the project, from Courtot's perspective at least, was a failure and the contest among the creditors was on.

### (1) Contract

Mr. Sopinka, counsel for the Bank, put forward three main lines of argument against the existence of a contract in this case namely: (1) absence of an intention on the part of the Bank and Mason to create legal relations between themselves; (2) absence of offer and acceptance; and (3) absence of consideration. He submitted, moreover, that even if there were a contract between Mason and the Bank there was no breach of it by the Bank.

It seems to me that if there were a contract in existence between these two parties it must be characterized, in terms of traditional contract analysis, as a unilateral contract. The Bank's letter to Mason would, on this analysis, be construed as

rendait compte que la Banque incitait Mason à conclure un contrat et qu'il voulait éviter la possibilité que la Banque encoure une responsabilité envers Mason.

<sup>a</sup> Il n'y a pas de doute que M. Hway, comme Courtot, a cru que l'opération serait rentable. Si Courtot avait pu obtenir le financement hypothécaire à long terme ou trouver un acheteur pour <sup>b</sup> l'ensemble immobilier, l'insuffisance du financement provisoire de la Banque n'aurait pas causé de problème. Malheureusement pour les intéressés, le marché de l'immeuble commercial dans ce secteur de Toronto était faible à l'époque où Courtot <sup>c</sup> cherchait des locataires commerciaux pour le centre. De plus, Courtot a été coïncée parce qu'elle avait contracté un prêt à taux d'intérêt variable à une époque où les taux d'intérêt étaient à la <sup>d</sup> hausse, ce qui a augmenté de façon importante les montants d'intérêt qu'elle devait à la Banque. De plus, ayant contracté un emprunt en dollars U.S., Courtot était désavantagée par la fluctuation des <sup>e</sup> changes qu'entraînait la fermeté du dollar canadien par rapport au dollar américain. Enfin, comme je l'ai déjà mentionné, Courtot n'avait pas d'expérience de promoteur immobilier et ne s'était pas laissée suffisamment de marge de manoeuvre pour tenir compte des aléas de ce genre en négociant son financement. En conséquence, l'entreprise a été, du moins du point de vue de Courtot, <sup>f</sup> un échec et les litiges entre les créanciers ont commencé.

### <sup>g</sup> 1) Le contrat

Le procureur de la Banque, M<sup>e</sup> Sopinka, a avancé trois catégories d'arguments à l'encontre de l'existence d'un contrat en l'espèce, savoir: (1) <sup>h</sup> l'absence d'intention de la part de la Banque et de Mason d'établir des liens juridiques entre eux; (2) l'absence d'offre et d'acceptation et (3) l'absence de contrepartie. Il a de plus prétendu que, même <sup>i</sup> s'il existait un contrat entre Mason et la Banque, celle-ci ne l'avait pas violé.

Il me semble que s'il existe un contrat entre ces deux parties, il s'agit, selon l'analyse classique des <sup>j</sup> contrats, d'un contrat unilatéral. Selon cette analyse, la lettre adressée par la Banque à Mason serait interprétée comme une offre selon laquelle,

an offer that, if Mason would sign a fixed price contract with Courtot, the Bank would supply Courtot with sufficient interim financing to complete the project. Mason was entitled to accept this offer either by communication or by performance, *i.e.* by signing the contract with Courtot; see *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.) The consideration which passed to the Bank would be that Mason had obligated itself to Courtot to enter into a fixed price contract, thereby giving the Bank the assurance that the project was sufficiently sound that it could lend money to Courtot.

The problem with this analysis is that it requires a great deal to be implied into the course of conduct of the parties. By implying a contract into this course of conduct one is left unsure of the exact nature of the Bank's obligations. Was the Bank obliged to advance money to Courtot so that Mason would be paid even if Courtot did not demand the money? The trial judge held, in effect, that it was, but I find it difficult to say that sophisticated business people, taking into account the course of conduct leading up to the Bank's statement, would construe the September 8, 1972 letter as imposing that kind of obligation. It is, of course, always a matter of judgment whether the requisite certainty of intention exists as a foundation for implying a contract out of a combination of documents and a course of conduct. I tend to view this as a case which falls on the far side of the line in the sense that I do not believe that reasonable business people would have construed the Bank's letter as an absolute and unqualified guarantee, which is what the courts below have effectively held.

Negligent misrepresentation is, in my view, the appropriate basis of liability in this case. The disadvantage in implying a contract in a commercial context like this is that much of the value of commercial contracts lies in their ability to produce certainty. Parties are enabled to regulate their relationship by means of words rather than by means of their understanding of what each other's actions are intended to imply. I think this is one reason why the common law imposes an objec-

si Mason passait un contrat à prix fixe avec Courtot, la Banque avancerait à Courtot le financement provisoire suffisant pour terminer le centre. Mason pouvait accepter cette offre soit expressément, soit par sa conduite, *c.-à-d.* en signant le contrat avec Courtot; voir *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.) La contrepartie dont aurait bénéficié la Banque serait que Mason s'est obligée envers Courtot à signer un contrat à prix fixe fournissant ainsi à la Banque l'assurance que l'entreprise était suffisamment saine pour qu'elle puisse prêter l'argent à Courtot.

Le problème que soulève cette analyse est qu'elle exige qu'on déduise beaucoup de choses de la conduite des parties. Conclure à l'existence d'un contrat d'après la conduite des parties renseigne très imparfaitement sur la nature exacte des obligations de la Banque. La Banque était-elle tenue d'avancer l'argent à Courtot de sorte que Mason soit payée même si Courtot ne demandait pas l'avance? Le juge de première instance a conclu qu'elle y était en effet tenue, mais je trouve difficile d'affirmer que des personnes rompues aux affaires, compte tenu de la conduite des parties qui a amené la Banque à faire la déclaration, verraient dans la lettre du 8 septembre 1972 l'imposition de ce genre d'obligation. C'est évidemment toujours une question d'opinion de savoir si un ensemble de pièces et la conduite des parties constituent une manifestation suffisamment certaine d'intention pour conclure à l'existence d'un contrat. Je suis portée à penser que cette affaire-ci est très loin du compte puisque je ne crois pas que des gens d'affaires raisonnables auraient interprété la lettre de la Banque comme une garantie absolue, ce que les cours d'instance inférieure ont en réalité conclu.

La responsabilité en l'espèce découle plutôt, quant à moi, de la déclaration inexacte faite par négligence. Conclure à l'existence d'un contrat dans une affaire commerciale comme celle-ci va à l'encontre de l'utilité principale des contrats commerciaux qui est de procurer une certitude. Les parties sont en mesure de déterminer leurs rapports au moyen d'écrits plutôt qu'en essayant de déchiffrer ce que l'autre a voulu signifier par ses actes. Je crois que c'est l'une des raisons pour

tive rather than a subjective test for the creation of an agreement. The objective test is important because it prevents parties from avoiding obligations which a reasonable person would assume they had undertaken, simply on the ground that there is no document embodying the precise nature of the obligation. On the other hand, if too broad a view is taken of what a reasonable person assumes will give rise to an agreement or obligation, the certainty which is one of the principal virtues of contract may be undermined. Obviously, there are circumstances in which a Bank's conduct could give rise to contractual liability as a guarantor, but I do not believe that this case falls into that category. I conclude therefore that there was no contractual relationship between the Bank and Mason.

## (2) Negligent Misrepresentation

It seems to me that a negligent misrepresentation analysis properly focusses attention on the gravamen of the cause of action in this case, namely the fact that the Bank's representation to Mason was false. The parties are in agreement that the applicable law is to be found in the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) Mr. Sopinka sums up the requirements for liability as follows: (a) there must be an untrue statement; (b) it must have been made negligently; (c) there must be a special relationship giving rise to a duty of care; and (d) there must be reliance which is foreseeable. His submission to the Court comprised a reconstruction of the facts to show that none of these prerequisites was present. His problem is that Mr. Justice O'Leary made very clear findings of fact against the Bank on all four requirements.

The main difficulty I have with Mr. Sopinka's approach to the facts is that he attempts to isolate them from their context when it is the context that gives them meaning. For example, with respect to the falsity of the September 8, 1972 letter Mr. Sopinka attempts to show that, on the basis of Courtot's estimates of total project costs minus soft costs, the Bank was justified in representing

laquelle la *common law* impose un critère objectif plutôt qu'un critère subjectif pour qu'il y ait formation d'un contrat. Le critère objectif est important parce qu'il empêche les parties de se soustraire aux obligations que toute personne raisonnable croirait qu'elles ont assumées simplement parce qu'il n'y a pas d'écrit qui précise la nature exacte de l'obligation. D'autre part, si on adopte une opinion trop générale de ce qu'une personne raisonnable croit nécessaire pour qu'il y ait contrat ou obligation, la certitude, qui est un des avantages principaux des contrats, en souffrira. Manifestement il y a des circonstances dans lesquelles la conduite d'une banque peut donner lieu à une responsabilité contractuelle en tant que garant, mais je ne crois pas que l'espèce appartienne à cette catégorie. Je conclus donc qu'il n'y a pas de lien contractuel entre la Banque et Mason.

## d) 2) La déclaration inexacte faite par négligence

Il me semble qu'une analyse fondée sur la déclaration inexacte faite par négligence touche exactement le coeur de la cause d'action en l'espèce, savoir la fausseté de la déclaration faite par la Banque à Mason. Les parties sont d'accord pour dire que le droit applicable est énoncé dans l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) M<sup>e</sup> Sopinka résume les conditions de la responsabilité de la façon suivante: a) il doit y avoir une déclaration fautive, b) elle doit avoir été faite par négligence, c) il doit y avoir un lien spécial qui donne lieu à une obligation de diligence et d) il faut qu'il soit prévisible qu'on s'y fierait. Sa plaidoirie devant la Cour a comporté une reconstitution des faits qui démontre qu'aucune de ces conditions préalables n'était présente. Le problème qu'il rencontre est que le juge O'Leary est très précisément arrivé à des conclusions de fait défavorables à la Banque à l'égard des quatre conditions.

La difficulté principale que me pose l'analyse des faits proposée par M<sup>e</sup> Sopinka tient à ce qu'il tente de les isoler de leur contexte alors que c'est le contexte qui leur donne un sens. Par exemple, pour ce qui est de la fausseté de la lettre du 8 septembre 1972, M<sup>e</sup> Sopinka tente de démontrer que, d'après les estimations que Courtot a faites du coût total du centre moins les coûts accessoires, la Banque



that it was loaning Courtot sufficient money to complete the project. This seems to me to completely overlook the fact that what Mason was seeking was an assurance that Courtot would have sufficient funds at a time when Mason already knew the basic terms of the Bank's loan to Courtot. In other words, the September 8, 1972 letter would, as the Bank knew, be construed as an assurance of something over and above the terms of the loan, yet the Bank went ahead and gave that assurance relying solely on the terms of the loan and Courtot's cost estimates. Mr. Hway may have felt at the time that he was justified in his hope that the soft costs would not materialize before permanent financing had been secured, but he was not justified in assuring Mason that there would be sufficient funds without informing them that his assurance was based on the assumption that soft costs would not be incurred.

The same general comment can be made with respect to Mr. Sopinka's submissions on negligence, particularly in relation to special relationship and reliance. The Bank had a special relationship with Mason because it was inducing Mason to sign a contract with Courtot in reliance on the Bank's assurance of adequate financing. The statement was negligent because it was made without revealing that the Bank was giving an assurance based solely on a loan arrangement which Mason had already said was insufficient assurance to it of the existence of adequate financing.

Not only was the Bank's misrepresentation made negligently but it is clear from the finding of fact of Mr. Justice O'Leary that Mason relied on it and that such reliance was foreseeable by the Bank. I believe therefore that all the requirements for negligent misrepresentation are met in this case.

One of the interesting legal issues with respect to negligent misrepresentation is the issue of damages. Mason cross-appealed on this issue. The Bank concedes that in principle the proper aim of a damage award is to restore the plaintiff to the

était justifiée de déclarer qu'elle prêtait à Courtot suffisamment d'argent pour terminer le projet. Cela me semble ne pas tenir compte du tout du fait que Mason cherchait à obtenir l'assurance que Courtot aurait suffisamment d'argent à une époque où Mason connaissait déjà les conditions essentielles du prêt fait par la Banque à Courtot. En d'autres termes, la lettre du 8 septembre 1972 allait être interprétée, et la Banque le savait, comme une assurance de quelque chose qui dépassait les conditions du prêt, ce qui n'a pas empêché la Banque de donner cette assurance en fonction des seules conditions du prêt et des estimations de coûts de Courtot. M. Hway peut avoir cru à l'époque qu'il était justifié d'espérer que les coûts accessoires ne se concrétiseraient pas avant qu'on puisse obtenir le financement permanent, mais il n'était pas justifié de garantir à Mason qu'il y aurait suffisamment d'argent sans lui dire que sa garantie reposait sur l'hypothèse qu'il n'y aurait pas de coûts accessoires.

On peut faire le même genre de commentaire à l'égard des prétentions de M<sup>e</sup> Sopinka relatives à la négligence, plus précisément quant au lien spécial et au fait d'avoir ajouté foi à la déclaration. La Banque avait un lien spécial avec Mason parce qu'elle l'incitait à signer un contrat avec Courtot en l'assurant qu'il y avait un financement suffisant. La déclaration a été faite avec négligence parce que la Banque n'a pas révélé qu'elle donnait cette assurance en fonction des seules conditions du prêt que Mason avait déjà considérées comme une garantie insuffisante de l'existence d'un financement adéquat.

Non seulement la déclaration inexacte de la Banque a été faite par négligence, mais il ressort clairement des conclusions de fait du juge O'Leary que Mason s'y est fiée et que la Banque pouvait prévoir qu'elle s'y fierait. En conséquence, je crois que toutes les conditions nécessaires à l'existence de la déclaration inexacte faite par négligence sont réunies en l'espèce.

Une des questions juridiques intéressantes soulevée par la déclaration inexacte faite par négligence est celle des dommages-intérêts. Mason a formé un pourvoi incident sur cette question. La Banque admet qu'en principe le but des dommages-intérêts

position in which he would have been if the negligent misrepresentation had never been made: see *McGregor on Damages* (14th ed., 1980), at p. 996. The Bank argues that Mason would have lost money in any event even if the misrepresentation had not been made because it would have lost money in severing its relationship with Courtot. The problem with this submission is that the trial judge made an express finding to the contrary. What we have to assume, I believe, is that but for the misrepresentation Mason would have ceased work for Courtot, recovered its expenses for work already done and found another construction project to work on.

The learned trial judge awarded damages for misrepresentation on the basis that they were equal to contract damages minus Mason's anticipated profit. Counsel for Mason submits that the trial judge was wrong in subtracting the anticipated profit because damages in contract and tort are the same. He also submitted that interest should have been awarded on the damages at 12 per cent from the completion of the project on October 7, 1974. While I tend to the view that there is a conceptual difference between damages in contract and in tort, I believe that in many instances the same quantum will be arrived at, albeit by somewhat different routes.

I agree with the submission of counsel for Mason that the trial judge was wrong in subtracting profit. I believe that in principle one is entitled to assume that Mason would have found a profitable means of employing itself had it not been induced to work on the Courtot project by the Bank's misrepresentation. This in my view is a reasonably foreseeable head of damage: see *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44 (Ont. C.A.) In equating Mason's lost profit with the profit estimated on the Courtot project we are simply saying that this is a reasonable estimate of what

est de rétablir le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé sans la déclaration inexacte faite par négligence: voir *McGregor on Damages* (14th ed., 1980), à la p. 996. La Banque soutient que Mason aurait perdu de l'argent de toute façon, même si la déclaration inexacte n'avait pas été faite, parce qu'elle aurait subi des pertes en mettant fin à ses relations avec Courtot. Le problème que présente cette prétention est que le juge de première instance a expressément conclu le contraire. Nous devons donc présumer, je crois, que sans la déclaration inexacte, Mason aurait mis fin à ses travaux pour Courtot, aurait recouvré ses frais pour les travaux déjà faits et aurait trouvé un autre chantier de construction.

Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts pour déclaration inexacte et les a calculés en soustrayant du montant des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle les profits espérés par Mason. L'avocat de Mason a prétendu que le juge de première instance avait commis une erreur en soustrayant les profits espérés parce que les dommages-intérêts sont les mêmes en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle. Il a aussi prétendu qu'il aurait fallu accorder un intérêt sur le montant accordé au taux de 12 pour 100 à compter du 7 octobre 1974, date de l'achèvement du centre. Bien que je sois portée à penser qu'il y a une différence de concept entre des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle et ceux pour responsabilité délictuelle, je crois que dans nombre de cas le montant auquel on arrive est le même, quoiqu'on y arrive par des moyens quelque peu différents.

J'accepte l'argument de l'avocat de Mason selon lequel le juge de première instance a eu tort de soustraire les profits. Je crois qu'en principe on doit estimer que Mason aurait trouvé une activité profitable, si elle n'avait pas été amenée à construire le centre Courtot par la déclaration inexacte de la Banque. C'est à mon sens une cause raisonnablement prévisible de préjudice: voir *Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 44 (C.A. Ont.) En considérant que le manque à gagner est égal au profit anticipé dans le centre Courtot, nous disons simplement qu'il s'agit d'une appréciation raisonnable de ce que Mason

Mason would have been likely to have made if it had decided to abandon the Courtot project and find other work. That is to say, the lost profit on this contract represents the lost opportunity for profit on any contract. If Mason had made an exceptional profit on the Courtot project it might be disentitled to an award of the entire amount of that profit in tort damages, but this would be so only because it was not reasonably foreseeable that it would have made a similarly exceptional profit on some other contract.

On the basis of the same reasoning it seems to me that Mason ought to be entitled to prejudgment interest as of the date of completion of the project. In other words, to put Mason in the position it would have been in absent the misrepresentation we must assume that it would have in hand at the time it completed the project that amount of outlay and anticipated profit which it lost in completing the project. It seems to me to be only reasonable to assume that it would have been able to put that money to profitable use. Interest is the court's way of compensating Mason for the loss of the opportunity to invest that money.

I note that in connection with the issue of negligent misrepresentation the learned trial judge found that the Bank had a duty to warn Mason in April 1974 that Courtot did not have enough money to complete the project. This, in my view, is a separate (although related) head of liability. However, because the original negligent misrepresentation encompasses a greater liability than the duty to warn I do not consider it necessary to deal with this aspect of the case.

### (3) Section 4 of the Interest Act

I do not believe there is any merit in Mason's appeal on this issue. As Mr. Robinette points out, it would be elevating form over substance to characterize the transaction between the Bank and Courtot as something other than a mortgage on real estate simply because the Bank took other security in addition to the mortgage contained in the demand debenture. Throughout its pleadings

aurait vraisemblablement réalisé comme profit si elle avait décidé d'abandonner le projet Courtot et de s'occuper d'un autre chantier. C'est dire que le manque à gagner sur ce contrat représente l'occasion manquée de tirer un profit de tout autre contrat. Si Mason avait tiré un profit exceptionnel du centre Courtot, elle pourrait ne pas avoir droit au montant complet de ce profit à titre de dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle, mais ce ne serait le cas que parce qu'il n'était pas raisonnablement prévisible qu'elle fasse un profit exceptionnel semblable sur un autre contrat.

Dans la même ligne de pensée, il me semble que Mason devrait avoir droit aux intérêts avant jugement depuis la date de l'achèvement du centre. En d'autres termes, pour remettre Mason dans la situation où elle aurait été sans la déclaration inexacte, nous devons estimer qu'elle aurait eu en mains à l'époque de l'achèvement du centre le montant des dépenses et des profits espérés qu'elle a perdu en achevant le centre. Il me semble seulement raisonnable de penser qu'elle aurait pu utiliser cet argent de façon profitable. L'intérêt est le moyen utilisé par la cour pour indemniser Mason relativement à la possibilité perdue d'investir cet argent.

Je note, à l'égard de la déclaration inexacte faite par négligence, que le juge de première instance a conclu que la Banque avait une obligation d'avertir Mason, en avril 1974, que Courtot n'avait pas suffisamment de fonds pour compléter le centre. C'est à mon sens un chef de responsabilité distinct, même s'il est apparenté. Cependant comme la première déclaration inexacte faite par négligence comporte une responsabilité plus grande que celle découlant de l'obligation d'avertir, je n'estime pas nécessaire d'aborder cet aspect de l'affaire.

### 3) L'article 4 de la Loi sur l'intérêt

Je ne crois pas que la prétention de Mason à ce sujet soit fondée. Comme M<sup>e</sup> Robinette le souligne, ce serait faire passer la forme avant le fond que de considérer l'opération intervenue entre la Banque et Courtot comme autre chose qu'une hypothèque sur des biens-fonds simplement parce que la Banque a exigé d'autres sûretés en plus de l'hypothèque incluse dans la débenture à vue. Tout

and argument Mason concedes that the Bank is a mortgagee but it is attempting to suggest that the meaning of a "mortgage on real estate" in s. 4 of the *Interest Act* is somehow different from its meaning in any other context. I cannot accept this.

Furthermore, I believe that the Bank's interpretation of s. 4 is much more in accord with the legislative purpose of the *Interest Act*. Section 4 is consumer protection law in the sense that, with respect to loans other than real estate mortgages, consumers are entitled to know the annual rate of interest they are paying. A sophisticated commercial borrower like Courtot, who in this case was borrowing at a floating rate of interest, is in scant need of protection by being informed of his rate of interest at the annual, rather than the 360 day, rate. More to the point, as Mr. Robinette points out, since the section allows a borrower to escape from what would otherwise be a valid arm's length financial transaction, it is unfair to adopt a construction which does not take account of the legitimate interests of the lender. I do not think that either the letter or the policy of the law supports the interpretation urged on the court by Mason and I would affirm the Court of Appeal's decision on this issue.

#### (4) Estoppel

This issue was not pursued in great depth by the parties. I believe, however, that this is not a case for the application of promissory estoppel simply on the ground that the Bank never represented that it would not rely on its priority as mortgagee: see *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (Ont. H.C.) Accordingly, I do not see how Mason could make out a case of detrimental reliance with respect to its mechanics' lien.

While the case of *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241 (Ont. S.C.), seems to support Mason, the weight of appellate authority appears to be in the other direction. This

au long de ses actes de procédure et de ses plaidoiries, Mason reconnaît que la Banque est un créancier hypothécaire, mais elle soutient que le sens de l'expression «hypothèque sur les biens-fonds», à l'art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*, est différent de celui qu'elle a dans un autre contexte. Je ne puis accepter cette prétention.

De plus, je crois que l'interprétation donnée par la Banque à l'art. 4 est beaucoup plus conforme à l'objet de la *Loi sur l'intérêt*. L'article 4 est une disposition de protection du consommateur dans le sens qu'à l'égard des prêts autres que les hypothèques immobilières, le consommateur a le droit de connaître le taux d'intérêt annuel qu'il paie. Un emprunteur commercial rompu aux affaires comme Courtot, qui en l'espèce a emprunté à un taux d'intérêt variable, a fort peu besoin d'être protégé en étant avisé du taux d'intérêt annuel plutôt que du taux d'intérêt à 360 jours. Plutôt, comme M<sup>e</sup> Robinette le souligne, puisque l'article permet à un emprunteur de se dégager de ce qui serait par ailleurs une opération financière sans lien de dépendance et valide, il est injuste d'adopter une interprétation qui ne tient pas compte des intérêts légitimes du prêteur. Je crois que ni la lettre ni l'esprit de la loi ne favorisent l'interprétation proposée à la Cour par Mason et je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point.

#### 4) L'irrecevabilité

Les parties n'ont pas débattu de cette question de façon très approfondie. Je crois cependant qu'il ne s'agit pas d'une affaire où l'irrecevabilité fondée sur une promesse puisse s'appliquer simplement parce que la Banque n'a jamais déclaré qu'elle ne ferait pas valoir sa priorité comme créancier hypothécaire: voir *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (H.C. Ont.) En conséquence, je ne vois pas comment Mason pourrait démontrer avoir agi à son détriment sur la foi d'une promesse à l'égard de son privilège de constructeur.

Bien que l'affaire *Elmvale Lumber Co. v. Laurin* (1977), 16 O.R. (2d) 241 (C.S. Ont.), semble donner raison à Mason, le poids de la jurisprudence des cours d'appel paraît aller dans

may represent less of an anomaly than one might think since I suspect that someone in Mason's position will often be able to recoup its losses in damages for negligent misrepresentation from the mortgagee and that this protection will be more comprehensive than an estoppel with respect to a mechanics' lien. The reason for this is that in a mechanics' lien action the mechanic can only call on his share of the proceeds of the sale of the property and then only on a *pro rata* basis with other lien claimants. Postponement of the mortgagee's priority on the lien gives him a better chance of being paid in full but it is no assurance. In a negligent misrepresentation action, however, the mechanic can call on the full assets of the mortgagee (including the proceeds of the exercise of the mortgagee's priority on the sale of the property) and he does not have to compete with other lien claimants unless, of course, they also have a cause of action for negligent misrepresentation. Accordingly, I think the Court of Appeal was correct on this issue.

### 3. Conclusions

(1) The Bank is not liable to Mason in contract but is liable in negligent misrepresentation.

(2) Although damages for negligent misrepresentation would normally be assessed in terms of actual loss, including lost opportunity, rather than loss of anticipated profit, in this case the commercial context in which the parties operated dictates that Mason's loss should be calculated in the same way in tort as it would be in contract. Mason is accordingly entitled to damages in the sum of \$1,138,151.63, being the entire balance outstanding under its contract with Courtot, plus interest on this amount at the rate of 9 per cent per annum from October 7, 1974 to March 21, 1980.

l'autre sens. C'est peut-être moins anormal qu'on pourrait le penser puisque je soupçonne que quelqu'un dans la situation de Mason sera souvent en mesure d'obtenir du créancier hypothécaire une indemnisation de ses pertes sous forme de dommages-intérêts pour déclaration inexacte faite par négligence et que cette protection sera plus complète qu'une irrecevabilité vis-à-vis d'un privilège de constructeur. La raison en est que le constructeur, dans l'action sur privilège, ne peut réclamer que sa part du produit de la vente de la propriété, et il ne peut le faire qu'au *pro rata* avec les autres créanciers privilégiés. Si le créancier hypothécaire perd sa priorité, cela lui donne une meilleure chance d'être remboursé au complet mais ne lui en donne pas l'assurance. Dans une action en déclaration inexacte faite par négligence, le constructeur peut exercer sa créance sur tous les biens du créancier hypothécaire (y compris le produit de la vente du bien hypothéqué sur lequel le créancier a été payé en priorité) et il n'a pas à concourir avec les autres créanciers privilégiés, à moins bien sûr qu'ils aient eux aussi une cause d'action pour déclaration inexacte faite par négligence. En conséquence, j'estime que la Cour d'appel a eu raison sur ce point.

### f 3. Conclusions

1) La Banque n'a pas de responsabilité contractuelle envers Mason, mais elle est responsable vu la déclaration inexacte faite par négligence.

2) Bien que les dommages-intérêt pour déclaration inexacte faite par négligence soient normalement calculés en fonction de la perte réelle, y compris la perte de possibilité de profit, plutôt qu'en fonction de la perte de profits espérés, le contexte commercial dans lequel se trouvaient les parties en l'espèce commande que la perte de Mason soit calculée de la même façon en fonction de la responsabilité délictuelle que s'il s'était agi de responsabilité contractuelle. Mason a donc droit à des dommages-intérêts de 1 138 151,63 \$, soit le solde complet dû en vertu du contrat intervenu avec Courtot, plus l'intérêt au taux annuel de 9 pour 100 du 7 octobre 1974 au 21 mars 1980.

(3) The Bank's claim to interest is not limited by s. 4 of the *Interest Act* since the Bank's loan constitutes a mortgage on real estate.

(4) The Bank is not estopped from asserting its priority over Mason's lien since it made no representation that it would not assert such priority.

#### 4. Disposition

In accordance with the foregoing reasons I would dismiss the appeal of the Bank in the contract/tort action. I would allow the cross-appeal of Mason and vary the judgment of the Court of Appeal to award Mason pre-judgment interest at the rate of 9 per cent per annum from October 7, 1974 to March 21 1980. I would award no costs of the appeal or cross-appeal.

I would dismiss the appeal in the mechanics' lien action with costs.

*Appeal dismissed and cross-appeal allowed (in the contract/tort action); appeal dismissed with costs (in the mechanics' lien action).*

*Solicitors for V.K. Mason Construction Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the Bank of Nova Scotia: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.*

3) La réclamation de la Banque relativement à l'intérêt n'est pas limitée par l'art. 4 de la Loi sur l'intérêt puisque le prêt de la Banque est une hypothèque sur un bien-fonds.

<sup>a</sup> 4) La Banque n'est pas irrecevable à faire valoir sa priorité par rapport au privilège de Mason puisqu'elle n'a jamais déclaré qu'elle ne ferait pas valoir cette priorité.

#### <sup>b</sup> 4. Disposition du pourvoi

Conformément aux motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de la Banque dans l'action fondée sur la responsabilité contractuelle et délictuelle. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident de Mason et de modifier l'arrêt de la Cour d'appel de façon à accorder à Mason un intérêt avant jugement au taux annuel de 9 pour 100 du 7 octobre 1974 au 21 mars 1980. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens dans le pourvoi et le pourvoi incident.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi dans l'action en privilège avec dépens.

<sup>e</sup> *Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli (dans l'action en responsabilité contractuelle et délictuelle); pourvoi rejeté avec dépens (dans l'action sur privilège).*

<sup>f</sup> *Procureurs de V.K. Mason Construction Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de la Banque de Nouvelle-Écosse: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.*

**In the bankruptcy of Pacific Mobile Corporation**

**Gérald Robitaille, Trustee** *Appellant*;

and

**American Biltrite (Canada) Ltd.** *Respondent*.

File No.: 17286.

1985: March 27, 28; 1985: April 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

*Bankruptcy — Fraudulent preferences — Late payment — Validity of payment dependent on whether made in “ordinary course of business” — “Ordinary course of business” to be considered in circumstances of each case, taking into account business relationship between debtor and creditor and industry standard — Late payment normal between companies involved and standard for their industry — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73.*

**Cases Cited**

*Hudson v. Benallack*, [1976] 2 S.C.R. 168, distinguished.

**Statutes and Regulations Cited**

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 501, 44 C.B.R. (N.S.) 190, allowing an appeal from a judgment of Jacques J. (1979), 34 C.B.R. (N.S.) 8, maintaining the application of the trustee in bankruptcy to annul a payment. Appeal dismissed.

*Louis Dorion and Claude Fontaine*, for the appellant.

*David B. Campbell and Gaétan Dumas*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal raises two narrow questions in the area of bankruptcy law. First, what is meant by the term “ordinary course of business” in the context of s. 73 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. Second, was the overdue

**Dans l'affaire de la faillite de Pacific Mobile Corporation**

**Gérald Robitaille, syndic** *Appelant*;

<sup>a</sup> et

**American Biltrite (Canada) Ltée** *Intimée*.

N° du greffe: 17286.

<sup>b</sup> 1985: 27, 28 mars; 1985: 4 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Faillite — Paiement préférentiel — Paiement tardif — Paiement valide s'il est fait dans «le cours ordinaire des affaires» — «Le cours ordinaire des affaires» doit être analysé selon les circonstances de chaque cas, compte tenu des relations d'affaire entre le débiteur et le créancier et des normes de l'industrie — Paiement tardif normal entre les sociétés en cause et habituel dans leur industrie — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 73.*

**Jurisprudence**

Distinction faite avec l'arrêt: *Hudson c. Benallack*, [1976] 2 R.C.S. 168.

<sup>f</sup> **Lois et règlements cités**

*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 73.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 501, 44 C.B.R. (N.S.) 190, qui a accueilli un appel à l'encontre du jugement du juge Jacques (1979), 34 C.B.R. (N.S.) 8, qui avait accueilli la requête du syndic de la faillite visant l'annulation du paiement. Pourvoi rejeté.

<sup>h</sup> *Louis Dorion et Claude Fontaine*, pour l'appellant.

*David B. Campbell et Gaétan Dumas*, pour l'intimée.

<sup>i</sup>

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Le pourvoi soulève deux questions limitées relevant du domaine du droit de la faillite. Premièrement, que signifie l'expression dans «le cours ordinaire des affaires» dans le contexte de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970,

payment in this case made in the “ordinary course of business”.

We are all of the view, for the reasons set out by Monet J.A. of the Quebec Court of Appeal (reported at (1983), 44 C.B.R. (N.S.) 190), that this appeal must fail.

It is not wise to attempt to give a comprehensive definition of the term “ordinary course of business” for all transactions. Rather, it is best to consider the circumstances of each case and to take into account the type of business carried on between the debtor and creditor.

We approve of the following passage from Monet J.A.’s reasons discussing the phrase “ordinary course of business” at p. 205:

It is apparent from these authorities, it seems to me, that the concept we are concerned with is an abstract one and that it is the function of the courts to consider the circumstances of each case in order to determine how to *characterize* a given transaction. This in effect reflects the constant interplay between law and fact. With all due respect, however, I do not think that it can be said that a payment that is not made when due cannot be regarded as having been made in the ordinary course of business.

In this case, it is clear, based on the evidence adduced, that the payment was made in the ordinary course of business. The late payment by Pacific Mobile to American Biltrite was not only normal in the context of their business relationship, but was also standard for their particular industry.

In his factum, as well as in oral argument, the appellant relied upon this Court’s decision in *Hudson v. Benallack*, [1976] 2 S.C.R. 168, to interpret the term “ordinary course of business”. He placed particular emphasis on the following passage at pp. 175-76:

The object of the bankruptcy law is to ensure the division of the property of the debtor rateably among all his creditors in the event of his bankruptcy. Section 112 of the Act provides that, subject to the Act, all claims proved in the bankruptcy shall be paid *pari passu*. The Act is intended to put all creditors upon an equal footing. Generally, until a debtor is insolvent or has an act of bankruptcy in contemplation, he is quite free to

chap. B-3? Deuxièmement, le paiement en souffrance en l’espèce a-t-il été fait dans «le cours ordinaire des affaires»?

a Nous sommes tous d’avis que pour les motifs énoncés par le juge Monet de la Cour d’appel du Québec (publiés à (1983), 44 C.B.R. (N.S.) 190), ce pourvoi doit être rejeté.

b Il n’est pas sage de tenter de donner une définition exhaustive de l’expression dans «le cours ordinaire des affaires» applicable à tous les cas. Il est préférable de considérer les circonstances de chaque cas et de tenir compte du genre d’affaires c que font le débiteur et le créancier.

Nous approuvons le passage suivant tiré des motifs du juge Monet où il discute de l’expression dans «le cours ordinaire des affaires» à la p. 205:

d Il ressort de ces autorités, me semble-t-il, que, d’une part, la notion qui nous concerne est une notion abstraite et que, d’autre part, les tribunaux ont pour mission d’apprécier les circonstances propres à chaque espèce afin de déterminer la *qualification* d’une transaction e donnée. C’est, en somme, le va-et-vient perpétuel entre le droit et le fait. Mais, avec égards, je crois qu’on ne peut pas affirmer qu’un paiement qui n’est pas fait à échéance ne peut être considéré comme ayant été fait dans le cours ordinaire des affaires.

f En l’espèce, il est clair, vu les éléments de preuve produite, que le paiement a été fait dans le cours ordinaire des affaires. Le paiement tardif de Pacific Mobile à American Biltrite était non seulement normal dans le contexte de leurs relations g d’affaire, mais c’était aussi habituel dans leur industrie particulière.

h Dans son mémoire, de même que dans sa plaidoirie, l’appellant s’est appuyé sur l’arrêt de cette Cour, *Hudson c. Benallack*, [1976] 2 R.C.S. 168, pour interpréter l’expression dans «le cours ordinaire des affaires». Il a particulièrement insisté sur le passage suivant, aux pp. 175 et 176:

i La législation sur la faillite a pour objet de garantir le partage des biens du débiteur failli proportionnellement entre tous ses créanciers. L’article 112 de la Loi prévoit que, sous réserve des dispositions de la Loi, toutes les réclamations établies dans la faillite doivent être acquittées *pari passu*. La Loi vise à mettre tous les créanciers j sur un pied d’égalité. En général, jusqu’à ce qu’il soit insolvable ou projette de faire un acte de faillite, le



deal with his property as he wills and he may prefer one creditor over another but, upon becoming insolvent, he can no longer do any act out of the ordinary course of business which has the effect of preferring a particular creditor over other creditors. If one creditor receives a preference over other creditors as a result of the debtor acting intentionally and in fraud of the law, this defeats the equality of the bankruptcy laws.

In our view, the appellant has incorrectly interpreted the above passage. *Hudson, supra*, dealt with one point only: whether the words "with a view to giving such creditor a preference", contained in s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*, require an intention on the part of the insolvent debtor alone to prefer or a concurrent intent on the part of both the debtor and creditor. The Court held that only the intention of the debtor was relevant. That case did not, in any way, consider or determine the meaning of the term "ordinary course of business" and is, therefore, not helpful in the resolution of the issues at hand.

### Conclusion

For the reasons set out by Monet J.A. of the Quebec Court of Appeal, the payment made by Pacific Mobile to American Biltrite was a payment made in the "ordinary course of business". Therefore, the payment is not void as against the appellant under s. 73 of the *Bankruptcy Act*. The appeal is accordingly dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Louis Dorion, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Hackett, Campbell, Bouchard, Sherbrooke.*

débiteur est tout à fait libre d'administrer ses biens à sa guise et il peut préférer l'un ou l'autre de ses créanciers. Toutefois, dès qu'il devient insolvable, il ne peut plus rien faire qui sorte du cours ordinaire des affaires et ait pour effet de procurer une préférence à un créancier sur les autres. Si un créancier reçoit une préférence sur les autres par suite d'un acte délibéré et frauduleux du débiteur, le principe de l'égalité à la base de la législation sur la faillite est mis en échec.

À notre avis, l'appelant a mal interprété le passage ci-dessus. L'affaire *Hudson*, précitée, traitait d'un seul point: savoir si l'expression «en vue de procurer à ce créancier une préférence» contenue dans le par. 73(1) de la *Loi sur la faillite* ne vise que l'intention du débiteur insolvable d'accorder une préférence ou si elle exige l'intention commune du débiteur et du créancier. La Cour a conclu que seule l'intention du débiteur importait. Cette affaire-là n'a en aucune façon examiné ou déterminé le sens de l'expression dans «le cours ordinaire des affaires» et n'est par conséquent d'aucun secours pour résoudre les questions en litige.

### Conclusion

Pour les motifs exposés par le juge Monet de la Cour d'appel du Québec, le paiement versé par Pacific Mobile à American Biltrite était un paiement effectué dans «le cours ordinaire des affaires». Le paiement n'est donc pas nul à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: Louis Dorion, Québec.*

*Procureurs de l'intimée: Hackett, Campbell, Bouchard, Sherbrooke.*

**Ronald Arthur Franklin** *Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 17484.

1985: March 14; 1985: April 4.

Present: Dickson C.J. and Estey, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Courts — Jurisdiction — Court of General Sessions of the Peace — Trial not proceeding at sessions for which trial fixed — Jurisdiction over indictment not lost.*

**Cases Cited**

*R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, considered; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 40 O.R. (2d) 647, 2 C.C.C. (3d) 232, allowing the Crown's appeal from a judgment of Hughes J. (1982), 37 O.R. (2d) 454, 67 C.C.C. (2d) 483, allowing the accused's application for prohibition. Appeal dismissed.

*John A. Howlett*, for the appellant.

*Michael R. Dambrot*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that this appeal should fail. The decision of this Court in *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, is applicable for trials held by magistrates sitting under Parts XVI or XXIV of the *Criminal Code*.

We do not agree, however, with the Ontario Court of Appeal's characterization of the setting of trial dates as administrative in nature. As this Court noted in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, reasonable procedural latitude is desirable in proceedings pursuant to indictment. There will be no loss of jurisdiction when a trial court, acting on an indictment, fails to proceed at the time set for

**Ronald Arthur Franklin** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17484.

1985: 14 mars; 1985: 4 avril.

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

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

*Droit criminel — Tribunaux — Compétence — Cour des sessions générales de la paix — Procès non instruit lors des assises auxquelles il avait été fixé — Compétence sur l'acte d'accusation non perdue.*

**Jurisprudence**

<sup>d</sup> Arrêt examiné: *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; arrêt mentionné: *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985.

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 40 O.R. (2d) 647, 2 C.C.C. (3d) 232, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement du juge Hughes (1982), 37 O.R. (2d) 454, 67 C.C.C. (2d) 483, qui avait accueilli la demande de prohibition de l'accusé. Pourvoi rejeté.

*John A. Howlett*, pour l'appelant.

*Michael R. Dambrot*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement rendu par

<sup>h</sup> LA COUR—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit échouer. L'arrêt de cette Cour *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, s'applique aux procès tenus par des magistrats siégeant en vertu des parties XVI ou XXIV du *Code criminel*.

<sup>i</sup> Cependant, nous ne sommes pas d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario qui a qualifié de procédure administrative la fixation des dates de procès. Comme le souligne cette Cour dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, une latitude raisonnable sur le plan de la procédure est souhaitable dans les instances qui font suite à un acte d'accusation. À défaut de conduite inconstitution-

trial, absent unconstitutional conduct.

The appeal is accordingly dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: John A. Howlett,  
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

nelle, il n'y aura pas de perte de compétence si une cour de première instance, agissant par suite d'un acte d'accusation, n'instruit pas le procès au moment fixé.

<sup>a</sup> Le pourvoi est donc rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: John A. Howlett,  
b Toronto.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant;*

and

**Big M Drug Mart Ltd.** *Respondent;*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of New Brunswick and the  
Attorney General of Saskatchewan**  
*Intervenants.*

File No.: 18125.

1984: March 6, 7; 1985: April 24.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre,  
Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Freedom of conscience and religion — Lord's Day Act and Sunday observance — Whether or not Lord's Day Act in violation of Charter guarantee of freedom of conscience and religion — Whether or not Act a reasonable limit demonstrably justifiable in a free and democratic society — Whether or not Act enacted pursuant to criminal law power — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 93 — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.*

The respondent, Big M Drug Mart Ltd., was charged with unlawfully carrying on the sale of goods on a Sunday contrary to the *Lord's Day Act*. Respondent was acquitted at trial. The Court of Appeal dismissed the appeal. The constitutional questions before this Court were whether the *Lord's Day Act*, and especially s. 4, (i) infringed the right to freedom of conscience and religion guaranteed in the *Charter*; (ii) were justified by s. 1 of the *Charter*; and (iii) were enacted pursuant to the criminal law power (s. 91(27)) of the *Constitution Act, 1867*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Respondent is entitled to challenge the validity of the *Lord's Day Act* on the basis that it violates the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion. Recourse to s. 24 is unnecessary where the chal-

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante;*

et

**Big M Drug Mart Ltd.** *Intimée;*

<sup>a</sup>

et

**Le procureur général du Canada, le procureur  
général du Nouveau-Brunswick et le  
procureur général de la Saskatchewan**  
<sup>b</sup> *Intervenants.*

N° du greffe: 18125.

1984: 6, 7 mars; 1985: 24 avril.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre,  
Chouinard, Lamer et Wilson.

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

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Liberté de conscience et de religion — Loi sur le dimanche et observance du dimanche — La Loi sur le dimanche viole-t-elle la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte? — La Loi constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? — La Loi a-t-elle été adoptée conformément à la compétence en matière de droit criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 93 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.*

Big M Drug Mart Ltd. a été accusée de s'être livrée illégalement à la vente de marchandises le dimanche contrairement à la *Loi sur le dimanche*. L'intimée a été acquittée en première instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel. Les questions constitutionnelles dont est saisie la Cour consistent à déterminer si la *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, (i) empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*, (ii) si elle est justifiée compte tenu de l'art. 1 de la *Charte* et (iii) si elle relève du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

<sup>i</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>j</sup> Les juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer: L'intimée a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*. Lorsque la contestation est fondée sur l'inconsti-

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

lenge is based on the unconstitutionality of the legislation. The supremacy of the Constitution declared in s. 52 dictates that no one can be convicted under an unconstitutional law. Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing the constitutional invalidity of the law under which the charge is brought.

The initial test of constitutionality must be whether or not the legislation's purpose is valid; the legislation's effects need only be considered when the law under review has passed the purpose test. The effects test can never be relied on to save legislation with an invalid purpose.

The *Lord's Day Act* cannot be found to have a secular purpose on the basis of changed social conditions. Legislative purpose is the function of the intent of those who draft and then enact the legislation at the time and not of any shifting variable.

Since the acknowledged purpose of the *Lord's Day Act*, on long-standing and consistently maintained authority, is the compulsion of religious observance, that Act offends freedom of religion and it is unnecessary to consider the actual impact of Sunday closing upon religious freedom. Legislation whose purpose is found to violate the *Charter* cannot be saved even if its effects were found to be inoffensive. *Robertson and Rosetanni*, which considered freedom of religion under s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, is of no assistance since the application and not the constitutionality of the legislation was in issue.

The *Lord's Day Act* to the extent that it binds all to a sectarian Christian ideal, works a form of coercion inimical to the spirit of the *Charter*. The Act gives the appearance of discrimination against non-Christian Canadians. Religious values rooted in Christian morality are translated into a positive law binding on believers and non-believers alike. Non-Christians are prohibited for religious reasons from carrying out otherwise lawful, moral and normal activities. Any law, purely religious in purpose, which denies non-Christians the right to work on Sunday denies them the right to practise their religion and infringes their religious freedom. The protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports a disparate impact destructive of the religious freedom of society.

tionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24. La suprématie de la Constitution énoncée à l'art. 52 prescrit que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

Le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité doit consister à se demander si l'objet de la loi est valable; les effets de la loi ne doivent être pris en considération que lorsque la loi examinée satisfait au critère de l'objet. Le critère des effets ne peut jamais être invoqué pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Il n'est pas possible de conclure que la *Loi sur le dimanche* a un objet laïque en raison d'un changement des conditions sociales. L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Puisque, d'après une jurisprudence établie depuis longtemps et constamment confirmée, la *Loi sur le dimanche* a pour objet reconnu de rendre obligatoire l'observance religieuse, cette loi porte atteinte à la liberté de religion et il n'est pas nécessaire d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Une loi dont on a conclu que l'objet viole la *Charte* ne peut être sauvée même si ses effets sont jugés inoffensifs. L'arrêt *Robertson and Rosetanni*, où l'on a examiné la liberté de religion au sens de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, n'est d'aucune utilité étant donné que ce qui y était en cause était non pas la constitutionnalité de la loi mais son application.

Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la *Charte*. La Loi paraît discriminatoire à l'égard des Canadiens non chrétiens. Des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne sont transformées en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. Toute loi ayant un objet purement religieux qui prive les non-chrétiens du droit de travailler le dimanche les prive du droit de pratiquer leur religion et porte atteinte à leur liberté de religion. Protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société.

The power to compel, on religious grounds, the universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multi-cultural heritage of Canadians recognized in s. 27 of the *Charter*.

The appellant did not establish that the *Lord's Day Act* constituted a reasonable limit, demonstrably justifiable in a free and democratic society and therefore it cannot be saved pursuant to s. 1 of the *Charter*.

The *Lord's Day Act* is enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It compels the observance of a religious duty by means of prohibitions and penalties, and is therefore directed towards the maintenance of public order and the safeguarding of public morality.

*Per Wilson J.*: The approach of the courts to the constitutional validity of legislation in alleged violation of the *Charter* is different from the approach to the constitutional validity of legislation impugned under the division of powers. Since the *Charter* is first and foremost an effects-oriented document, the first stage of any analysis must be to inquire whether the legislation has the effect of violating an entrenched right. If it has, then it is not necessary to consider the purpose behind the enactment at this stage.

Section 1, however, will entail an analysis and evaluation of the purpose underlying the impugned legislation if the government seeks to justify a limitation on the citizen's right under that section. The government policy objective must then be assessed and a determination made as to whether this interest is sufficiently important to override a *Charter* right and whether the means chosen to achieve that objective were reasonable. The objective asserted as a reasonable limit under s. 1 will necessarily reflect the purpose of the enactment in the 'division of powers' analysis.

#### Cases Cited

*Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 S.C.R. 502; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] S.C.R. 799; *Hamilton (City of) v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 640; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, considered; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld*

Le pouvoir d'imposer, pour des motifs religieux, l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, reconnu à l'art. 27 de la *Charte*.

L'appelante n'a pas établi que la *Loi sur le dimanche* impose une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et, par conséquent, cette loi ne peut être sauvée en vertu de l'art. 1 de la *Charte*.

La *Loi sur le dimanche* a été adoptée conformément au pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle rend obligatoire l'observance d'une prescription religieuse au moyen d'interdictions et de peines et vise donc à préserver l'ordre et la moralité publics.

*Le juge Wilson*: La façon dont les tribunaux doivent aborder la constitutionnalité d'une loi dans le cas d'une prétendue violation de la *Charte* est différente de la façon dont ils doivent aborder la constitutionnalité d'une loi attaquée en vertu du partage des compétences. Étant donné que la *Charte* est d'abord et avant tout un document axé sur les effets, la première étape de toute analyse doit consister à se demander si une loi a pour effet de violer un droit enchâssé dans la Constitution. Si tel est son effet, il n'est pas nécessaire, à cette étape, d'examiner l'objet qui sous-tend son adoption.

Toutefois, l'art. 1 exige une analyse et une évaluation de l'objet fondamental de la loi attaquée si le gouvernement cherche à justifier une limitation d'un droit individuel en vertu de cet article. L'objectif de la politique du gouvernement doit alors être évalué et il doit être déterminé si cet intérêt gouvernemental est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et si les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables. L'objectif dont on dit qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'art. 1 reflète nécessairement l'objet de la loi dans une analyse fondée sur le partage des compétences.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 R.C.S. 502; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799; *Hamilton (Ville de) c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 640; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; distinction faite avec les arrêts: *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S.

v. *Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961), distinguished; *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1973] 1 W.W.R. 190, reversing [1972] 6 W.W.R. 1, leave to appeal denied [1972] S.C.R. ix; *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 S.C.R. 581; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 S.C.R. 157; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643; *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 S.C.R. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87; *Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970); *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act Against Papists*, 35 Eliz. 1, c. 2.  
*Act Against Sectaries*, 35 Eliz. 1, c. 1.  
*Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday*, 1 Car. 1, c. 1.  
*Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [Sunday Observance Act]*, 29 Car. 2, c. 7.  
*Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday*, 3 Car. 1, c. 2.

651; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961); arrêts mentionnés: *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1973] 1 W.W.R. 190, infirmant [1972] 6 W.W.R. 1, autorisation de pourvoi refusée [1972] R.C.S. ix; *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 R.C.S. 581; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 R.C.S. 157; *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Lieberman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 643; *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 R.C.S. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87; *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970); *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326.

#### Lois et règlements cités

*Act Against Papists*, 35 Eliz. 1, chap. 2.  
*Act Against Sectaries*, 35 Eliz. 1, chap. 1.  
*Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday*, 1 Car. 1, chap. 1.  
*Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [Sunday Observance Act]*, 29 Car. 2, chap. 7.  
*Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday*, 3 Car. 1, chap. 2.

- Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, c. 3.
- Act of Uniformity*, 5 & 6 Edw. 6, c. 1.
- Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, c. 2.
- Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), c. 45.
- Act to Repeal an Act as related to Rectories*, (Imp.), 14 & 15 Vict., c. 175.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1).
- Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11.
- Colonial Laws Validity Act* (Imp.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 93.
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-24, s. 762.
- Lord's Day Act*, 1906 (Can.), c. 27.
- Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.
- Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, c. 253.
- Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, c. L-34.
- Statute of Westminster, 1931*, R.S.C. 1970, App. II, s. 7(1).
- The Sunday Fairs Act*, 27 Hen. 6, c. 5.
- Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, chap. 3.
- Act of Uniformity*, 5 & 6 Edw. 6, chap. 1.
- Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, chap. 2.
- Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), chap. 45.
- Act to Repeal an Act as related to Rectories*, (Imp.), 14 & 15 Vict., chap. 175.
- Actè concernant l'observance du dimanche*, 1906 (Can.), chap. 27.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1).
- Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 762.
- Colonial Laws Validity Act* (Imp.), 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 2.
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 93.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.
- Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, chap. 253.
- Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, chap. L-34.
- Statut de Westminster de 1931*, S.R.C. 1970, app. II, art. 7(1).
- The Sunday Fairs Act*, 27 Hen. 6, chap. 5.

#### Authors Cited

- Barron, J.A. "Sunday in North America" (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, 42-54.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, (Lewis ed.), Philadelphia, Rees Welsh & Co., 1900.
- Canada, Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance*, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1978.
- Cotler, Irwin. "Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Finkelstein, Neil. "The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication" (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267, 267-286.
- Gibson, Dale. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Canada Act, 1982, Annotated*, Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell Co., 1977.
- Barron, J.A. «Sunday in North America» (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, 42-54.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, (Lewis ed.), Philadelphia, Rees Welsh & Co., 1900.
- Canada, Commission de réforme du droit. *Rapport sur l'Observance du dimanche*, Ottawa, ministre des Approvisionnement et Services, 1978.
- Cotler, Irwin. «Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion» dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Finkelstein, Neil. «The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication» (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267, 267-286.
- Gibson, Dale. «Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Canada Act, 1982, Annotated*, Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell Co., 1977.

#### Doctrine citée



Krishnaswami, Arcot. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, United Nations, 1960.

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed., Toronto, Carswell Co., 1966.

Laskin, Bora. "Freedom of Religion and the Lord's Day Act" (1964), 42 *Can. Bar Rev.* 147, 147-156.

Ontario, Ontario Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*, Toronto, Department of Justice, 1970.

Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*, Mineola, New York, Foundation Press, Inc., 1978.

Walker, D.M. *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1984] 1 W.W.R. 625; (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, dismissing an appeal from a judgment of Stevenson Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*William Henkel, Q.C.*, and *Inge Freund*, for the appellant.

*Jim J. Boyle* and *William S. Klym*, for the respondent.

*Julius A. Isaac, Q.C.*, and *Virginia L. Davies*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Richard Speight*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*James C. MacPherson*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

The judgment of Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—Big M Drug Mart Ltd. was charged with unlawfully carrying on the sale of goods, on Sunday, May 30, 1982 in the City of Calgary, Alberta, contrary to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.

Big M has challenged the constitutionality of the *Lord's Day Act*, both in terms of the division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such challenge places in issue before this Court, for the first time, one of the fundamental freedoms protected by the *Charter*, the guarantee of "freedom of conscience and religion" entrenched in s. 2.

Krishnaswami, Arcot. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, United Nations, 1960.

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed., Toronto, Carswell Co., 1966.

<sup>a</sup> Laskin, Bora. «Freedom of Religion and the Lord's Day Act» (1964), 42 *R. du B. can.* 147, 147-156.

Ontario, Ontario Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*, Toronto, Department of Justice, 1970.

<sup>b</sup> Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*, Mineola, New York, Foundation Press, Inc., 1978.

Walker, D.M. *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1984] 1 W.W.R. 625; (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Stevenson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup> *William Henkel, c.r.*, et *Inge Freund*, pour l'appelante.

*Jim J. Boyle* et *William S. Klym*, pour l'intimée.

<sup>e</sup> *Julius A. Isaac, c.r.*, et *Virginia L. Davies*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>f</sup> *Richard Speight*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*James C. MacPherson*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

<sup>g</sup> Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

<sup>h</sup> LE JUGE DICKSON—Big M Drug Mart Ltd. a été accusée de s'être livrée illégalement à la vente de marchandises le dimanche 30 mai 1982, à Calgary (Alberta), contrairement à la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13.

<sup>i</sup> Big M conteste la constitutionnalité de la *Loi sur le dimanche* en fonction de la division des pouvoirs et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette Cour se trouve ainsi saisie pour la première fois d'une question portant sur l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, savoir la «liberté de conscience et de religion» enchâssée à l'art. 2.

The constitutional validity of Sunday observance legislation has in the past been tested largely through the division of powers provided in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Freedom of religion has been seen to be a matter falling within federal legislative competence. Today, following the advent of the *Constitution Act, 1982*, we must address squarely the fundamental issues raised by individual rights and freedoms enshrined in the *Charter*, as well as those concerned with legislative powers.

## I

The Facts and the Legislation

On Sunday, May 30, 1982, police officers of the City of Calgary attended at premises owned by Big M and open to the public. They witnessed several transactions including the sale of groceries, plastic cups and a bicycle lock. Big M was charged with a violation of s. 4 of the *Lord's Day Act*.

A. The Lord's Day Act

An understanding of the scheme of that Act and its basic purpose and effect is integral to any analysis of its constitutional validity. Section 2 defines, *inter alia*, the Lord's Day:

2. ...

"Lord's Day" means the period of time that begins at midnight on Saturday night and ends at midnight on the following night;

Section 4 contains the basic prohibition against any work or commercial activity upon the Lord's Day:

4. It is not lawful for any person on the Lord's Day, except as provided herein, or in any provincial Act or law in force on or after the 1st day of March 1907, to sell or offer for sale or purchase any goods, chattels, or other personal property, or any real estate, or to carry on or transact any business of his ordinary calling, or in connection with such calling, or for gain to do, or employ any other person to do, on that day, any work, business, or labour.

Section 5 provides that any worker, required to work by an employer operating on Sunday in conformity with the Act, be given a substitute day

Par le passé, on s'est fondé surtout sur le partage des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour contester la constitutionnalité des lois portant sur l'observance du dimanche. La liberté de religion a été considérée comme un chef de compétence législative fédérale. Aujourd'hui, par suite de l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous devons aborder carrément les questions fondamentales que soulèvent les droits et libertés individuels garantis par la *Charte*, de même que celles concernant les pouvoirs législatifs.

## I

Les faits et les textes législatifs

Le dimanche 30 mai 1982, des policiers de la ville de Calgary, qui se trouvaient dans des locaux appartenant à Big M et ouverts au public, ont été témoins de plusieurs opérations dont la vente de produits d'alimentation, de gobelets en plastique et d'un cadenas de bicyclette. Big M a été accusée d'avoir enfreint l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche*.

A. La Loi sur le dimanche

La compréhension de l'économie de cette loi, de son objet fondamental et de son effet fait partie intégrante de l'analyse de sa constitutionnalité. L'article 2 définit notamment le mot dimanche:

2. ...

«dimanche» signifie la période de temps qui commence à minuit le samedi soir, et finit à minuit le soir suivant;

## g

C'est l'article 4 qui contient les dispositions fondamentales interdisant le travail ou l'activité commerciale le dimanche. En voici le texte:

4. Sauf les dispositions de la présente loi et les dispositions des lois provinciales en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1907 ou après cette date, nul ne peut légalement le dimanche, vendre, offrir en vente ou acheter des marchandises, des effets, ou autres biens meubles ou des immeubles, exercer ou poursuivre une besogne de son état ordinaire ou quelque besogne accessoire de cet état, ou, pour quelque gain, exécuter, au cours de cette journée, un travail, une besogne ou un ouvrage, ou y employer une autre personne.

L'article 5 prévoit que l'employé, qui doit travailler le dimanche à la demande d'un employeur qui exerce ses activités ce jour-là conformément à la

of rest; s. 6 prohibits any games or performances where an admission fee is charged; s. 7 prohibits any transportation operated for pleasure where a fee is charged; s. 8 prohibits any advertisement of anything prohibited by the Act; s. 9 prohibits any shooting of firearms; s. 10 prohibits any sale or distribution of a foreign newspaper.

It is important to note that any person may be exempted from the operation of ss. 4, 6, and 7 by provincial legislation or municipal charter. The following exemptions are also contained in the legislation: s. 3—the railways may be operated for passenger traffic; s. 11—any person may do any work of necessity or mercy which covers a broad range of activities listed in subs. (a) to (x).

The Act makes it an offence punishable on summary conviction for: any person to violate the Act (s. 12); any employer to direct any violation of the Act (s. 13); any corporation to authorize, direct or permit any violation of the Act (s. 14).

Section 16 requires the Attorney General's fiat before any prosecution may be commenced for a violation of the Act. The Attorney General of Alberta granted his fiat before commencement of proceedings against Big M.

### B. The Charter

Section 2 of the *Charter* contains the basic guarantee of religious freedom:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:  
 (a) freedom of conscience and religion . . .

Various provisions of the *Charter* must also be considered when analyzing the nature of the guarantee contained in s. 2. The preamble states:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law . . .

Section 27 makes the multicultural heritage of Canada an interpretive guideline for the *Charter*:

Loi, doit se voir accorder un autre jour de repos; l'art. 6 interdit les jeux ou les spectacles pour lesquels un prix d'entrée est exigé; l'art. 7 interdit tout transport à des fins d'agrément pour lequel une rétribution est exigée; l'art. 8 interdit d'annoncer de quelque manière que ce soit toute chose interdite par la Loi; l'art. 9 interdit toute décharge d'armes à feu; l'art. 10 interdit la vente ou la distribution de journaux étrangers.

Il importe de noter qu'une personne peut être exemptée de l'application des art. 4, 6 et 7 par une loi provinciale ou une charte municipale. La Loi prévoit également les exceptions suivantes: l'art. 3 autorise l'exploitation des chemins de fer pour le transport des voyageurs; l'art. 11 permet à une personne d'exécuter des travaux nécessaires ou de se livrer à des œuvres de charité, ce qui comprend toute une gamme d'activités qui sont énumérées aux al. a) à x).

Aux termes de la Loi, commet une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité quiconque enfreint la Loi (art. 12), tout employeur qui ordonne d'enfreindre la Loi (art. 13) et toute personne morale qui permet ou ordonne d'enfreindre la Loi (art. 14).

L'article 16 prévoit qu'il ne peut être intenté de poursuites pour une contravention à la Loi qu'avec la permission du procureur général. Le procureur général de l'Alberta a accordé sa permission avant l'introduction de l'instance contre Big M.

### <sup>8</sup> B. La Charte

La garantie fondamentale de la liberté de religion est énoncée à l'art. 2 de la *Charte*:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:  
 a) liberté de conscience et de religion; . . .

Diverses dispositions de la *Charte* doivent également être examinées en analysant la nature de la garantie énoncée à l'art. 2. Il est déclaré dans le préambule:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit . . .

L'article 27 fait du patrimoine multiculturel du Canada un élément à prendre en considération en interprétant la *Charte*:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Section 29 preserves the rights of denominational schools guaranteed under s. 93 of the *Constitution Act, 1867* :

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

The following provisions of the *Constitution Act, 1982* of general application are relevant as well:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and . . .

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

## II

### Alberta Courts

#### (A) Provincial Court

At trial, in a decision reported at [1983] 4 W.W.R. 54, Stevenson Prov. Ct. J. found on the evidence that Big M had offered items for sale on a Sunday contrary to s. 4 of the *Lord's Day Act* and that such items did not fall within the exceptions set out in s. 11 of the Act. Big M was nonetheless acquitted on two grounds: (i) the *Lord's Day Act* could no longer be justified on the basis of Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, and (ii) the *Lord's Day Act* infringed freedom of religion guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

L'article 29 maintient les droits des écoles confessionnelles garantis par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Sont aussi pertinentes les dispositions générales suivantes de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest; . . .

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

## II

### Les tribunaux albertains

#### (A) Cour provinciale

En première instance, dans une décision publiée à [1983] 4 W.W.R. 54, le juge Stevenson de la Cour provinciale a conclu que, d'après la preuve, Big M avait enfreint l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* en offrant des articles en vente le dimanche et que ces articles n'étaient pas visés par les exceptions énumérées à l'art. 11 de la Loi. Big M a néanmoins été acquittée pour deux motifs: (i) la *Loi sur le dimanche* ne peut plus être justifiée par le pouvoir en matière de droit criminel que confère au Parlement le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et (ii) la *Loi sur le dimanche* empiète sur la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

Judge Stevenson summarized his reasons for concluding the *Lord's Day Act* no longer fell within federal competence at pp. 71-72:

1. In Canada, following Confederation in 1867, it was generally believed that legislative authority over Sunday observance was committed to the provincial legislatures under s. 92 of the B.N.A. Act;

2. This situation was changed by the *Hamilton Street Ry.* reference [[1903] A.C. 524] in 1902, when the Judicial Committee held that Sunday observance legislation was "criminal law in its widest sense";

3. Courts in Canada have "religiously" followed the *Hamilton Street Ry.* ratio to the present day, with the exception of Riley J. in the 1972 Alberta *Boardwalk Merchandise Mart Ltd.* case [[1972] 6 W.W.R. 1];

4. The scope of the definition of the criminal law power as set out in the *Hamilton Street Ry.* case has been substantially narrowed in Canada;

5. There is serious doubt that Christianity was ever part of the common law of the realm;

6. Adoption of this precept in subsequent decisions (to the *Hamilton Street Ry.* case) may, as a result, bring their conclusions into question;

7. Even if Christianity was at one time part of the common law of the realm, its influence on the criminal law has been virtually eliminated by changed social conditions and attitudes, and by statutes; and

8. Without the moral grounds that the common law may have provided, there is no public purpose, nor is there any evil or menace to suppress. Therefore, there can no longer be any valid reason for the Lord's Day Act to be upheld as valid criminal law. As Riley J. held in *Boardwalk Merchandise Mart Ltd.*, supra, at p. 20: "It is deprived of its constitutional underpinnings". . . .

The judgment upon which Judge Stevenson relied, that of Riley J. in *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1972] 6 W.W.R. 1 was reversed by the Alberta Court of Appeal ([1973] 1 W.W.R. 190), without calling upon counsel for the appellant. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied: [1972] S.C.R. ix.

Aux pages 71 et 72, le juge Stevenson résume ses raisons de conclure que la *Loi sur le dimanche* ne relève plus de la compétence fédérale:

[TRADUCTION] 1. L'avis général au Canada après la Confédération en 1867 était qu'en vertu de l'art. 92 de l'A.A.N.B. la compétence législative en matière d'observance du dimanche relevait des législatures provinciales;

2. Cela a changé en 1902 par suite du renvoi *Hamilton Street Ry.* [[1903] A.C. 524] où le Comité judiciaire a conclu que la législation en matière d'observance du dimanche constituait «du droit criminel au sens le plus large»;

3. Abstraction faite de la décision albertaine *Boardwalk Merchandise Mart Ltd.* [[1972] 6 W.W.R. 1] rendue par le juge Riley en 1972, les tribunaux canadiens ont «religieusement» suivi l'arrêt *Hamilton Street Ry.* jusqu'à ce jour;

4. La portée de la définition du pouvoir en matière de droit criminel formulée dans l'arrêt *Hamilton Street Ry.* a été considérablement restreinte au Canada;

5. On doute sérieusement que le christianisme ait jamais fait partie de la *common law* du royaume;

6. L'adoption de ce précepte dans des décisions postérieures (à l'arrêt *Hamilton Street Ry.*) risque, en conséquence, de mettre en doute leurs conclusions;

7. Même si le christianisme a déjà fait partie de la *common law* du royaume, son influence sur le droit criminel a été pratiquement réduite à néant par l'évolution des conditions sociales et des attitudes et aussi par voie législative; et

8. Sans le fondement moral qu'a pu fournir la *common law*, il n'y a aucun intérêt public à servir, ni aucun mal ou aucune menace à supprimer. Par conséquent, il n'y a plus aucun motif valable de conclure que la *Loi sur le dimanche* est une loi valide en matière criminelle. Comme l'a conclu le juge Riley dans la décision *Boardwalk Merchandise Mart Ltd.*, précitée, à la p. 20: «Elle est privée de son fondement constitutionnel» . . .

La Cour d'appel de l'Alberta ([1973] 1 W.W.R. 190) a infirmé, sans entendre l'avocat de l'appelante, la décision du juge Riley *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1972] 6 W.W.R. 1, sur laquelle le juge Stevenson s'était fondé. L'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada a été refusée: [1972] R.C.S. ix.

The second main point taken by Judge Stevenson was that s. 4 of the *Lord's Day Act* represented an infringement of "freedom of religion" guaranteed under the *Charter* which must be struck down. With respect to *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, the judge made several comments at p. 75:

The first is that the Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, is not an *entrenched* Bill of Rights and therefore does not necessarily attract the same broad and liberal interpretation principles. Secondly, the Bill of Rights is couched in much narrower terms than is the *Charter*. Finally, implicitly, at least, the Court in the *Robertson* case acknowledged that the "purpose" of the *Lord's Day Act* *could* amount to an "abrogation, abridgment or infringement of religious freedom". That was a unique case in that the "purpose" of the legislation was given little consideration by the courts.

Ritchie J., speaking for the majority in the *Robertson* case said (at p. 657) the effect of s. 4 of the *Lord's Day Act* was "purely secular and financial" on non-Christians. He does not mention that there are Christians who do not observe Sunday as a day of worship, such as Seventh Day Adventists and others.

Judge Stevenson adverted, at p. 76, to the preamble of the *Charter*:

A purpose of the *Lord's Day Act* is to recognize Sunday as the day of rest for certain Christian denominations. If one now turns to the preamble of the *Charter* we see that, "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God". Bearing in mind that the preamble may not carry the force of law, it still shows that the *Charter* does not recognize any particular denomination, and (noticeable by its absence) it does not refer to a *Christian* God. The preamble surely is intended to reflect the multicultural and multi-denominational make-up of Canada. If, then, a law which in any way adversely affects the religious freedoms of Canadians is in conflict with the *Charter*, it must be struck down in accordance with s. 52 of the *Charter*.

Stevenson Prov. Ct. J. concluded, at p. 78, that the appropriate remedies were:

... a dismissal of charges against the corporate accused under s. 24(1) of the *Charter* and a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act*, 1982, that s. 4 of the

Le second point de vue principal adopté par le juge Stevenson était que l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* constitue un empiétement sur la «liberté de religion» garantie par la *Charte*, qu'il faut supprimer. Le juge formule, à la p. 75, plusieurs observations au sujet de l'arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651:

[TRADUCTION] En premier lieu, la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, n'est pas une déclaration de droits *enchâssée* dans la Constitution et elle n'appelle donc pas nécessairement l'application des mêmes principes d'interprétation large et libérale. En deuxième lieu, la Déclaration des droits est rédigée en termes beaucoup plus restreints que la *Charte*. Enfin, dans l'arrêt *Robertson*, la Cour a, du moins implicitement, reconnu que de par son «objet» la *Loi sur le dimanche* *pouvait* être de nature à «supprimer, restreindre ou enfreindre la liberté de religion». Il s'agit là d'un cas unique en ce sens que les tribunaux n'ont attaché que peu d'importance à l'«objet» de la loi.

Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson*, affirme (à la p. 657) que l'effet qu'a l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* sur les non-chrétiens est «purement laïque et financier». Il ne mentionne pas le fait qu'il y a des chrétiens, comme les Adventistes du septième jour, pour qui le dimanche n'est pas un jour consacré au culte divin.

Le juge Stevenson se réfère, à la p. 76, au préambule de la *Charte*:

[TRADUCTION] La *Loi sur le dimanche* a notamment pour objet de reconnaître le dimanche comme jour de repos pour certaines confessions chrétiennes. Or, on peut lire dans le préambule de la *Charte* que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu». Tout en ayant à l'esprit que le préambule peut ne pas avoir force de loi, il en ressort néanmoins que la *Charte* ne reconnaît aucune confession particulière et (ce qui est remarquable) il ne parle pas d'un Dieu *chrétien*. Le préambule vise sûrement à refléter la diversité du Canada sur les plans culturel et religieux. Alors si une loi qui porte atteinte de quelque façon à la liberté de religion des Canadiens est incompatible avec la *Charte*, cette loi doit être déclarée inopérante conformément à l'art. 52 de la *Charte*.

Le juge Stevenson conclut, à la p. 78, qu'il y a lieu:

[TRADUCTION] ... de rejeter, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, les accusations portées contre la personne morale accusée et de déclarer, conformément au par.

Lord's Day Act is of no force or effect as being inconsistent with the Charter.

(B) The Alberta Court of Appeal

The Attorney General of Alberta appealed the acquittal by stated case pursuant to s. 762 of the *Criminal Code*. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal: now reported at [1984] 1 W.W.R. 625. All five judges held the *Lord's Day Act* to be valid federal legislation under the criminal law power. On the *Charter*, the court divided. The two judgments delivered reflect, with clarity, the conflicting values, concerns and interests raised in this litigation. It is difficult to do justice to the judgments in brief compass.

Mr. Justice Laycraft, Harradence and Stevenson JJ.A. concurring, delivered the majority judgment. Laycraft J.A. began with a consideration of the *Lord's Day Act* and its characterization. For division of powers purposes he found it to be *intra vires* by virtue of Parliament's criminal law powers. In reference to the "seventh reason" of Stevenson Prov. Ct. J. respecting a shifting purpose, Laycraft J.A. said at pp. 632-33:

In my view, however, the Charter did not intend to effect a redistribution of legislative powers in Canada. Indeed, s. 31 of the Charter expressly so provides: "Nothing in this charter extends the legislative powers of any body or authority". Moreover, s. 33 provides that Parliament or a legislature may override the Charter. Thus if a legislative power had been transferred by the Charter either Parliament or a provincial legislature could retransfer it by its unilateral action. That would be an odd result of enactment of the Charter. In my view the Charter of Rights did not remove Sunday observance legislation from the field of criminal law.

52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, que l'art. 4 de la Loi sur le dimanche est inopérant pour cause d'incompatibilité avec la Charte.

*a* (B) Cour d'appel de l'Alberta

*b* Le procureur général de l'Alberta a porté l'acquiescement en appel par voie d'exposé de cause conformément à l'art. 762 du *Code criminel*. Dans un arrêt maintenant publié à [1984] 1 W.W.R. 625, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. Les cinq juges ont tous conclu que la *Loi sur le dimanche* constitue un exercice valide de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel. Toutefois, il n'y a pas eu unanimité sur la question de la *Charte*. En effet, les motifs des juges formant la majorité et ceux des juges dissidents traduisent clairement les valeurs, les préoccupations et les intérêts opposés que soulève ce litige. Il est difficile d'en communiquer brièvement toute la portée.

*e* Le juge Laycraft, aux motifs duquel ont souscrit les juges Harradence et Stevenson, a rédigé les motifs de la majorité. Le juge Laycraft a commencé par analyser et caractériser la *Loi sur le dimanche*. Sur le plan du partage des pouvoirs, il a conclu qu'elle est constitutionnelle en vertu des pouvoirs que possède le Parlement en matière de droit criminel. En ce qui concerne le [TRADUCTION] «septième point» du juge Stevenson de la Cour provinciale, qui porte sur l'objet changeant de la loi, le juge Laycraft déclare, aux pp. 632 et 633:

*f* [TRADUCTION] Mais, à mon avis, la Charte ne vise pas à effectuer une redistribution des pouvoirs législatifs au Canada. C'est d'ailleurs ce qui ressort de son art. 31 qui prévoit expressément: «La présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit.» De plus, l'art. 33 dispose que le Parlement ou la législature d'une province peut déroger à la Charte. Donc, si la Charte opérait le transfert d'un pouvoir législatif, le Parlement ou une législature, selon le cas, pourrait unilatéralement annuler ce transfert. Ce serait bien curieux si une telle conséquence devait découler de l'adoption de la Charte. Alors, selon moi, la Charte des droits n'a pas écarté du domaine du droit criminel la législation en matière d'observance du dimanche.

Even assuming for the purpose of argument that changing public perceptions or attitudes could render ultra vires a statute found repeatedly by the courts over three quarters of a century to be within federal powers, nothing demonstrates the profound change in public attitudes in the last six years which would be required to warrant the conclusion reached. In my opinion the Lord's Day Act is valid federal legislation under the criminal law power specified in s. 91(27) of the Constitution Act, 1867.

In the present case, all five judges in the Alberta Court of Appeal rejected the division of powers argument. Even the respondent, in its submissions before this Court, did not seek to support the trial judge's conclusions on this point, but rather acceded to the Crown's submissions that the *Lord's Day Act* was within the federal Parliament's legislative jurisdiction pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Having concluded that the *Lord's Day Act* is a statute with a religious purpose, Justice Laycraft went on to consider whether the Act infringed the fundamental freedom of conscience and religion. He concluded that it did. He contrasted the majority judgment of this Court in *Robertson and Rosetanni, supra*, with the view expressed by Brennan J. in the Supreme Court of the United States in a case decided in the same year: *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

In that case the appellant held religious beliefs which required her to observe the Sabbath on Saturday. She lost her job in consequence of her refusal to work on Saturday and was subsequently denied benefits under state unemployment legislation on the ground that she was "not available" to work. Brennan J. stated, at p. 404, in holding that the denial of benefits infringed the First Amendment to the Constitution:

The ruling forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such a choice puts the same

Même en supposant, aux fins du débat, que l'évolution des perceptions ou des attitudes du public puisse rendre inconstitutionnelle une loi qui, d'après ce que les tribunaux n'ont pas cessé de conclure pendant trois quarts de siècle, relève de la compétence fédérale, rien ne démontre qu'au cours des six dernières années il s'est produit dans les attitudes du public le genre de changement profond qui serait nécessaire pour justifier la conclusion qui a été tirée. À mon avis, la Loi sur le dimanche est une loi fédérale valide en vertu du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867.

En l'espèce, les cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont tous rejeté l'argument fondé sur le partage des pouvoirs. Même l'intimée n'a pas essayé en cette Cour de défendre les conclusions du juge de première instance sur ce point; au contraire, elle a accepté les arguments de la poursuite selon lesquels la *Loi sur le dimanche* relève de la compétence législative en matière de droit criminel dont le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le Parlement du Canada.

Ayant conclu que la *Loi sur le dimanche* a un objet d'ordre religieux, le juge Laycraft s'est penché sur la question de savoir si cette loi empiète sur la liberté fondamentale de conscience et de religion. Il a conclu par l'affirmative. Il a mis en contraste l'opinion majoritaire de cette Cour dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, et le point de vue exprimé par le juge Brennan de la Cour suprême des États-Unis dans un arrêt rendu la même année: *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

Dans cette affaire, les croyances religieuses de l'appelante exigeaient qu'elle observe le samedi comme jour de sabbat. Congédiée par suite de son refus de travailler le samedi, elle n'a pu toucher les prestations d'assurance-chômage prévues par la loi de son État parce qu'elle n'était pas [TRADUCTION] «disponible» pour travailler. Le juge Brennan a conclu que le refus de verser des prestations constituait une violation du Premier amendement de la Constitution. Il affirme, à la p. 404:

[TRADUCTION] Cette décision l'oblige à choisir entre l'observance des préceptes de sa religion et la perte des prestations d'une part et, d'autre part, l'inobservance d'une prescription de sa religion afin de pouvoir accepter un emploi. L'imposition d'un tel choix par le gouverne-



kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship.

Laycraft J.A. expressed himself as being in agreement with the dissenting judgment of Cartwright J. in *Robertson and Rosetanni*, *supra*. He concluded that *Robertson and Rosetanni* did not preclude a finding that the *Lord's Day Act* infringed freedom of religion and conscience under the *Charter*.

The first difference between the *Bill* [*Canadian Bill of Rights*, [R.S.C. 1970, App. III] and the *Charter* was, in his view, that the *Bill* is declaratory. He noted that the declaratory language, "It is hereby recognized and declared . . .", was the foundation of this Court's decision in *Robertson and Rosetanni*.

Thus the declaratory language of s. 1 of the Canadian Bill of Rights had a double effect; the right itself is defined by the state of the law in 1960 and the protection afforded is limited by the same definition [at p. 645].

The most fundamental difference between the *Charter* and the *Bill*, in the opinion of Laycraft J.A., was the enhanced status of the *Charter* as part of "the supreme law of Canada" (s. 52(1)); it was not merely a declaration of existing law or a tool for use in statutory construction. The status of the *Charter* as well as the declaratory language in which the *Bill* was expressed required the conclusion that *Robertson and Rosetanni* did not apply to *Charter* cases.

Belzil J.A., McGillivray C.J.A. concurring, began by noting the "startling departure from settled authority" of the judge of first instance, in finding at p. 650, that:

... had these previous decisions been considered in the light of today's social conditions, they would not have been the same and are therefore not binding on him.

Belzil J.A., at p. 650, referred to this as:

... a novel but erroneous proposition in law. The vires of legislation is determined as at the date of the passing of

ment entrave la liberté de pratiquer une religion de la même façon que le ferait l'imposition d'une amende à l'appelante pour sa célébration du culte le samedi.

Le juge Laycraft s'est dit d'accord avec la dissidence du juge Cartwright dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité. Il a conclu que ce dernier arrêt n'empêche pas de conclure que la *Loi sur le dimanche* empiète sur la liberté de religion et de conscience garantie par la *Charte*.

À son avis, la *Déclaration canadienne des droits*, [S.R.C. 1970, app. III] se distingue de la *Charte* d'abord par son caractère déclaratoire. Il fait remarquer que l'arrêt *Robertson and Rosetanni* de cette Cour repose sur les termes déclaratoires «Il est par les présentes reconnu et déclaré . . . »:

[TRADUCTION] L'effet des termes déclaratoires de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* est donc double; le droit lui-même est défini en fonction de la situation juridique qui existait en 1960 et d'étendue de la protection accordée est limitée par cette définition [à la p. 645].

Selon le juge Laycraft, la différence la plus fondamentale entre la *Déclaration* et la *Charte* tient au statut plus important qu'a la *Charte* en tant que partie de «la loi suprême du Canada» (par. 52(1)); elle ne constitue pas simplement une déclaration des principes de droit existants ou encore un outil d'interprétation législative. Le statut de la *Charte* et le caractère déclaratoire de la *Déclaration* amènent nécessairement à conclure que l'arrêt *Robertson and Rosetanni* ne s'applique pas aux affaires relatives à la *Charte*.

Le juge Belzil, à l'avis duquel a souscrit le juge en chef McGillivray, commence par souligner la [TRADUCTION] «dérogation étonnante à la jurisprudence établie» que commet le juge de première instance en concluant, à la p. 650, que:

[TRADUCTION] . . . si ces affaires antérieures avaient été examinées dans le contexte des conditions sociales actuelles, les décisions rendues auraient été différentes; par conséquent, il n'est pas lié par ces décisions.

À la page 650, le juge Belzil, mentionne cela comme:

[TRADUCTION] . . . un principe de droit nouveau mais erroné. La validité d'une loi se détermine au moment de

the legislation, and does not thereafter fluctuate with social change.

Mr. Justice Belzil referred *inter alia* to art. 18 of the *Universal Declaration of Human Rights* G.A. Res. 217A, 3 U.N. GAOR., pt. 1, U.N. Doc. A-810 (1948), adopted by the General Assembly of the United Nations on December 10, 1948; to art. 9 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, (Nov. 4, 1950), 213 U.N.T.S. 221, signed on November 4, 1950, coming into force on September 3, 1953; and to art. 18 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* G.A. Res. 2200A, 21 U.N. GAOR., Supp. No. 16, U.N. Doc. A-6316 (1966), adopted by the General Assembly on December 16, 1966 and which entered into force on March 23, 1976. Canada acceded to the Covenant May 19, 1976 and it came into force for Canada on August 19, 1976.

Mr. Justice Belzil then said at p. 655:

Thus it can be seen that the Canadian Charter was not conceived and born in isolation. I agree. It is part of the universal human rights movement. It guarantees that the power of government in Canada shall not be used to abridge or abrogate the fundamental rights to which every Canadian, as well as every other human being in the world, is entitled by birth.

In the view of Belzil J.A. the effect of the *Lord's Day Act* upon religious freedom had been effectively and authoritatively settled in *Robertson and Rosetanni*, *supra*, and the distinction made in the nature of the right to freedom of religion secured by the *Canadian Bill of Rights* is not valid. The judge said at p. 659:

The Charter does not purport to change the meaning of words and in particular the meaning of "freedom of conscience and religion" as traditionally and universally understood and earlier defined as the birthright of every human being. The "freedom of religion" declared and secured by the Canadian Bill of Rights in 1960 and considered by the Supreme Court of Canada in *Robertson* has the same meaning as the "freedom of conscience and religion" guaranteed by the Charter of Rights in

son adoption et ne change pas, par la suite, en fonction de l'évolution de la société.

Le juge Belzil renvoie notamment à l'art. 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, résolution 217A de l'Assemblée générale, 3 Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations unies, partie 1, document A-810 (1948), adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, à l'art. 9 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (4 nov. 1950), 213 U.N.T.S. 221, signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, et à l'art. 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, résolution 2200A de l'Assemblée générale, 21 Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations unies, supp. n° 16, document A-6316 (1966), adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale et entré en vigueur le 23 mars 1976. Le Canada a adhéré à ce pacte le 19 mai 1976 et est devenu exécutoire pour notre pays le 19 août 1976.

Le juge Belzil ajoute, à la p. 655:

[TRADUCTION] On voit donc que la Charte canadienne n'est pas un phénomène isolé, ce que j'accepte. Elle s'inscrit dans le cadre du mouvement universel visant à promouvoir le respect des droits de la personne. Elle garantit qu'aucun gouvernement au Canada ne devra exercer son pouvoir de manière à restreindre ou à supprimer les droits fondamentaux que les Canadiens, au même titre que tous les autres habitants de la terre, acquièrent dès leur naissance.

Le juge Belzil estime que l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, tranche de manière définitive la question de l'effet de la *Loi sur le dimanche* sur la liberté de religion et que la distinction fondée sur la nature du droit à la liberté de religion garanti par la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas valable. Le juge affirme, à la p. 659:

[TRADUCTION] La Charte n'a pas pour objet de modifier le sens des mots et, en particulier, le sens traditionnellement et universellement donné à l'expression «liberté de conscience et de religion», déjà définie comme un droit que chaque être humain acquiert en naissant. La «liberté de religion» qui a été proclamée et garantie par la *Déclaration canadienne des droits* en 1960 et qui a fait l'objet d'un examen par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Robertson*, a le même sens que la

1981 [sic]. The effect of the Lord's Day Act upon that same freedom of conscience and religion has been decided in *Robertson*. While it may be technically true that this court is not bound in this case by *Robertson* because the two cases deal with different documents, yet the interpretation by the Supreme Court of Canada of the same provision of the Lord's Day Act and the same fundamental right of freedom of conscience and religion is compelling.

Later, alluding to the dissenting judgment of Cartwright J. in *Robertson and Rosetanni*, he said at p. 659:

... it is inaccurate to say that the Lord's Day Act compels the observance of Sunday as a *religious holy day* by all the inhabitants of Canada. The Lord's Day Act does no such thing; it compels neither Christian nor non-Christian to observe Sunday as a *religious holy day*. A distinction must be made between mere observance of Sunday as a day of rest by observing the prohibitions in the Act and the observance of Sunday as a *religious holy day*. While the legislation was undoubtedly religiously motivated to conform to the desires of the large Christian majority of the day its purpose was not compulsion or interference with the religions of others.

The judge continued at p. 660:

Nor does the Lord's Day Act have the effect of compelling observance of Sunday as a *religious holy day*. The compulsion to attend church services found in predecessor English statutes has been removed. The sale of goods or the performance of labour are, per se, void of religious significance, and so is the abstention from the activities.

Mr. Justice Belzil said it was realistic to recognize that the Canadian nation is part of "Western" or "European" civilization, moulded in and impressed with Christian values and traditions, and that these remain a strong constituent element in the basic fabric of our society. The judge quoted a passage from *The Oxford Companion to Law* (1980) expatiating on the extent of the influence of Christianity on our legal and social systems and then appears the *cri du cœur* central to the judgment at pp. 663-64:

«liberté de conscience et de religion» qui a été garantie par la Charte des droits en 1981 (sic). L'arrêt *Robertson* a déterminé l'effet qu'a la Loi sur le dimanche sur cette même liberté de conscience et de religion. Bien qu'il puisse être vrai en principe que cet arrêt ne lie pas cette cour en l'espèce parce qu'il ne porte pas sur le même document, il reste que l'interprétation donnée par la Cour suprême du Canada à la même disposition de la Loi sur le dimanche et au même droit fondamental à la liberté de conscience et de religion a force obligatoire.

Puis, au sujet de la dissidence du juge Cartwright dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, il affirme, à la p. 659:

[TRADUCTION] ... il est inexact de dire que la Loi sur le dimanche oblige tous les habitants du Canada à observer le dimanche comme *jour de fête religieuse*. La Loi sur le dimanche ne fait rien de tel; elle n'astreint ni les chrétiens ni les non-chrétiens à observer le dimanche comme *jour de fête religieuse*. On doit faire une distinction entre la simple observance du dimanche comme jour de repos conformément à la Loi et l'observance du dimanche comme *jour de fête religieuse*. Bien que la Loi ait sans aucun doute été motivée par des considérations d'ordre religieux de manière à respecter la volonté de la grande majorité chrétienne de l'époque, elle n'avait pas pour objet d'être coercitive ou de porter atteinte à la religion d'autrui.

Le juge poursuit, à la p. 660:

[TRADUCTION] La Loi sur le dimanche n'a pas non plus pour effet de rendre obligatoire l'observance du dimanche comme *jour de fête religieuse*. On n'y trouve plus l'obligation d'assister aux offices religieux qu'imposaient les lois anglaises qui l'ont précédée. La vente de marchandises et l'exécution de travaux n'ont en soi aucune signification religieuse, pas plus que l'abstention d'exercer ces activités.

Le juge Belzil a affirmé qu'il est réaliste de reconnaître que le peuple canadien fait partie d'une civilisation «occidentale» ou «européenne» profondément empreinte de valeurs et de traditions chrétiennes et que celles-ci continuent d'être une composante importante de la structure fondamentale de notre société. Il cite ensuite un extrait de *The Oxford Companion to Law* (1980) où on traite de l'étendue de l'influence du christianisme sur nos systèmes juridique et social. Puis il lance ce *cri du cœur* qui est le point fondamental de ses motifs (aux pp. 663 et 664):

I do not believe that the political sponsors of the Charter intended to confer upon the courts the task of stripping away all vestiges of those values and traditions, and the courts should be most loath to assume that role. With the Lord's Day Act eliminated, will not all reference in the statutes to Christmas, Easter, or Thanksgiving be next? What of the use of the Gregorian Calendar? Such interpretation would make of the Charter an instrument for the repression of the majority at the instance of every dissident and result in an amorphous, rootless and godless nation contrary to the recognition of the supremacy of God declared in the preamble. The "living tree" will wither if planted in sterilized soil.

Two further passages should be quoted from the judgment, at pp. 664 and 665, respectively:

As much as it may be desirable and fair that all religious preferences be treated equally, there are times when that is not possible. The Lord's Day Act is an example. Civil authority, while bowing to pressure from religious groups, recognized the moral value of a day of rest. That it should have selected the day of the week regarded as holy by the great majority of Canadians is not inconsistent with the basic principles of democracy. That is political reality. Majority rule is restricted by the Charter only when it abridges or abrogates the guaranteed rights of others.

and:

What the Canadian Charter, the United Nations Covenant and the European Convention have in common is a guarantee that no person shall be subjected to oppression or repression on religious grounds, or be compelled to conform to religious cult, doctrine or belief. The Lord's Day Act does not offend that guarantee.

I hope that I have fairly presented the position, strongly held and expressed, of the dissenting justices.

### III

#### The Constitutional Questions

The constitutional questions stated by this Court are:

1. Does the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13 and especially s. 4 thereof infringe upon the freedom of

[TRADUCTION] Je ne crois pas que les promoteurs politiques de la Charte ont voulu charger les tribunaux de faire disparaître tous vestiges de ces valeurs et traditions, et les tribunaux devraient se montrer très réticents à assumer ce rôle. Si la Loi sur le dimanche était supprimée, toutes les mentions dans les lois des jours de Noël, de Pâques ou d'Action de grâces ne disparaîtraient-elles pas à leur tour? Et qu'en serait-il du calendrier grégorien? Une telle interprétation de la Charte permettrait à n'importe quel dissident de s'en servir pour réprimer la majorité. Ce serait là nier la suprématie de Dieu reconnue dans le préambule et faire du Canada une nation amorphe, sans racines et sans foi. L'«arbre vivant» planté dans un sol stérile ne pourra que s'atrophier.

Il convient de reproduire deux autres passages que l'on trouve aux pp. 664 et 665 respectivement:

[TRADUCTION] Quoi qu'il puisse être souhaitable et juste d'accorder un traitement égal à toutes les préférences religieuses, cela n'est pas toujours possible. La Loi sur le dimanche en est un exemple. Tout en cédant aux pressions de groupes religieux, les autorités civiles reconnaissent la valeur morale d'un jour de repos. Que ce jour soit celui que la grande majorité des Canadiens considèrent comme un jour sacré ne constitue aucunement une entorse aux principes fondamentaux de la démocratie. C'est là une réalité politique. L'application de la règle de la majorité n'est limitée par la Charte que si elle a pour effet de restreindre ou de supprimer les droits garantis à autrui.

Puis:

[TRADUCTION] La Charte canadienne, le pacte des Nations unies et la convention européenne ont ceci de commun qu'ils garantissent que nul ne doit être soumis à l'oppression ou à la répression fondées sur des motifs religieux ni être tenu à l'observance d'un culte, d'une doctrine ou de croyances religieuses. La Loi sur le dimanche ne viole aucunement cette garantie.

J'espère que j'ai su exposer fidèlement le point de vue si énergiquement exprimé par les juges dissidents.

### III

#### Les questions constitutionnelles

Voici les questions constitutionnelles formulées par cette Cour:

1. La *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, et en particulier son art. 4, empiète-t-elle sur la liberté de

conscience and religion guaranteed in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Is the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13 and especially s. 4 thereof justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Is the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13 and especially s. 4 thereof enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

The Attorney General of Canada and the Attorneys General of New Brunswick and of Saskatchewan have intervened in support of the appellant Attorney General of Alberta.

#### IV

##### Standing and Jurisdiction

As a preliminary issue the Attorney General for Alberta challenges the standing of Big M to raise the question of a possible infringement of the guarantee of freedom of conscience and religion and the jurisdiction of the Provincial Court to declare the *Lord's Day Act* inoperative.

As best I understand the first submission, the assertion is that Big M is not entitled to any relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It is urged that freedom of religion is a personal freedom and that a corporation, being a statutory creation, cannot be said to have a conscience or hold a religious belief. It cannot, therefore, be protected by s. 2(a) of the *Charter*, nor can its rights and freedoms have been infringed or denied under s. 24(1); Big M's application under that section must consequently fail.

The second preliminary submission of the Attorney General for Alberta is that the provincial court judge lacked jurisdiction to make any form of declaration under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In oral argument the Attorney General did not press this point. In his factum, however, it was his submission that prior to the enactment of the *Constitution Act, 1982*, any tribunal was competent to find a statute *ultra vires* under s. 2 of the *Colonial Laws Validity Act, 28 & 29 Vict., c. 63*, and s. 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931*, R.S.C. 1970, App. II, No. 26. These provisions

conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. La *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, et en particulier son art. 4, est-elle justifiée compte tenu de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. La *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, et en particulier son art. 4, relève-t-elle du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Les procureurs généraux du Canada, du Nouveau-Brunswick et de la Saskatchewan sont intervenus en faveur du procureur général de l'Alberta.

#### IV

##### Qualité pour agir et compétence

Comme moyen préliminaire, le procureur général de l'Alberta conteste, d'une part, la qualité de Big M pour soulever la question de la possibilité d'un empiétement sur la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte* et, d'autre part, la compétence de la Cour provinciale pour déclarer inopérante la *Loi sur le dimanche*.

Si je comprends bien, on allègue dans ce premier moyen que Big M n'a droit à aucun redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. On fait valoir que la liberté de religion est une liberté individuelle et qu'on ne peut pas dire qu'une personne morale, en tant qu'entité créée par la loi, a une conscience ou des croyances religieuses. Elle ne peut donc pas jouir de la protection de l'al. 2a) de la *Charte* et il ne peut y avoir eu violation ou négation de ses droits et libertés au sens du par. 24(1). Par conséquent, la demande de Big M fondée sur ce paragraphe doit être rejetée.

Le second moyen préliminaire du procureur général de l'Alberta porte que le juge de la Cour provinciale n'avait pas compétence pour faire une déclaration en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au cours des plaidoiries, le procureur général n'a pas insisté sur ce point. Dans son mémoire toutefois, il soutient qu'avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'importe quel tribunal avait compétence pour déclarer une loi inconstitutionnelle en vertu de l'art. 2 de la *Colonial Laws Validity Act, 28 & 29 Vict., chap. 63*, et du par. 7(1) du *Statut de Westminster de*

have, however, been repealed and they have been replaced by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The Attorney General submitted that only a court of superior jurisdiction has the prerogative powers to make a declaratory order under s. 52.

Standing and jurisdiction to challenge the validity of a law pursuant to which one is being prosecuted is the same regardless of whether that challenge is with respect to ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* or with respect to the limits imposed on the legislatures by the *Constitution Act, 1982*.

Section 24(1) sets out a remedy for individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations) whose rights under the *Charter* have been infringed. It is not, however, the only recourse in the face of unconstitutional legislation. Where, as here, the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant.

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law. The respondent did not come to court voluntarily as an interested citizen asking for a prerogative declaration that a statute is unconstitutional. If it had been engaged in such "public interest litigation" it would have had to fulfill the status requirements laid down by this Court in the trilogy of "standing" cases (*Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575) but that was not the reason for its appearance in Court.

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitu-

1931, S.R.C. 1970, app. II, n° 26. Cependant, ces dispositions ont été abrogées et remplacées par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon le procureur général, seule une cour de a juridiction supérieure a le pouvoir de rendre une ordonnance déclaratoire en vertu de l'art. 52.

Lorsqu'il s'agit de contester la validité d'une loi en vertu de laquelle on fait l'objet de poursuites, il b est sans importance, en ce qui concerne la qualité pour agir et la compétence du tribunal, que la contestation soit fondée sur les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou sur les restrictions imposées aux corps législatifs par la *Loi c constitutionnelle de 1982*.

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits d qui leurs sont garantis par la *Charte*. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la contestation est fondée sur e l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance.

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Ce n'est g pas volontairement, à titre de citoyen intéressé qui demande qu'une loi soit déclarée inconstitutionnelle, que l'intimée se trouve devant les tribunaux. S'il s'était agi de ce genre de «litige d'intérêt public», elle aurait eu à satisfaire aux exigences h relatives à la qualité pour agir que cette Cour a établies dans les trois arrêts suivants: *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 et *Ministre de la Justice du i Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. Toutefois, ce n'est pas la raison pour laquelle elle s'est présentée en Cour.

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou j une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu

tionally invalid. Big M is urging that the law under which it has been charged is inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, it is of no force or effect.

Whether a corporation can enjoy or exercise freedom of religion is therefore irrelevant. The respondent is arguing that the legislation is constitutionally invalid because it impairs freedom of religion—if the law impairs freedom of religion it does not matter whether the company can possess religious belief. An accused atheist would be equally entitled to resist a charge under the Act. The only way this question might be relevant would be if s. 2(a) were interpreted as limited to protecting only those persons who could prove a genuinely held religious belief. I can see no basis to so limit the breadth of s. 2(a) in this case.

The argument that the respondent, by reason of being a corporation, is incapable of holding religious belief and therefore incapable of claiming rights under s. 2(a) of the *Charter*, confuses the nature of this appeal. A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation. It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue. As Mr. Justice Laycraft observed in the Alberta Court of Appeal at p. 636:

The task of the court is to see whether all or part of the Lord's Day Act is inconsistent with freedom of conscience and religion and therefore of no force or effect. It does not affect that task that a person charged has no religion or even that he has no feelings of conscience.

Mr. Justice Cartwright, dissenting in *Robertson and Rosetanni, supra*, though not in conflict with the majority of the Court on this point, stated at p. 661:

It was argued that, in any event, in the case at bar the appeal must fail because there is no evidence that the

de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. Big M soutient que la loi en vertu de laquelle elle est accusée est incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et qu'elle est inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La question de savoir si une personne morale peut jouir de la liberté de religion est donc sans importance. L'intimée soutient que la loi en cause est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la liberté de religion—si cette loi porte atteinte à la liberté de religion, il n'importe pas de se demander si la compagnie peut avoir des croyances religieuses. Un athée pourrait tout autant contester une accusation portée en vertu de la Loi. Cette question ne pourrait être pertinente que si l'al. 2a) était interprété comme ne protégeant que les personnes qui peuvent démontrer qu'elles ont véritablement des croyances religieuses. Je ne vois rien qui permet de limiter ainsi la portée de l'al. 2a) en l'espèce.

L'argument portant que l'intimée, parce qu'elle est une personne morale, est incapable d'avoir des croyances religieuses et, par conséquent, incapable d'invoquer des droits en vertu de l'al. 2a) de la *Charte* a pour effet de brouiller la nature de ce pourvoi. La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question. Comme le fait remarquer le juge Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta, à la p. 636:

[TRADUCTION] La cour a pour tâche de déterminer si la Loi sur le dimanche est en totalité ou en partie incompatible avec la liberté de conscience et de religion et, partant, inopérante. Le fait que l'accusé n'ait pas de religion ni même de conscience ne change rien à cette tâche.

Le juge Cartwright, qui a exprimé une opinion dissidente dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, quoique non incompatible avec celle de la Cour à la majorité sur ce point, affirme à la p. 661:

[TRADUCTION] On a fait valoir qu'en tout cas il fallait rejeter l'appel dans la présente affaire car il n'y a

appellants do not hold the religious belief that they are under no obligation to observe Sunday. In my view such evidence would be irrelevant. The task of the Court is to determine whether s. 4 of the Act infringes freedom of religion. This does not depend on the religious persuasion, if any, of the individual prosecuted but on the nature of the law. To give an extreme example, a law providing that every person in Canada should, on pain of fine or imprisonment, attend divine service in an Anglican church on at least one Sunday in every month would, in my opinion, infringe the religious freedom of every Anglican as well as that of every other citizen.

As the respondent submits, if the legislation under review had a secular purpose and the accused was claiming that it interfered with his religious freedom, the status of the accused and the nature of his belief might be relevant: it is one thing to claim that the legislation is itself unconstitutional, it is quite another to claim a "constitutional exemption" from otherwise valid legislation, which offends one's religious tenets.

In my view there can be no question that the respondent is entitled to challenge the validity of the *Lord's Day Act* on the basis that it violates the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion.

The second objection is to the jurisdiction of the Provincial Court regarding the exercise of a prerogative power to declare legislation invalid. It must also be rejected. There are two prevailing views as to the meaning of "court of competent jurisdiction" in s. 24(1) of the *Charter*. On one view, the competent court in which to bring a constitutional challenge is the court with jurisdiction over the remedy sought: Gibson, "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Tarnopolsky and Beaudoin, eds., (Toronto 1982), at p. 500. In contrast is the view that the competent court is that which has jurisdiction over the subject matter being litigated: Hogg, *Canada Act, 1982, Annotated* (Toronto, 1982), at p. 65.

Advancing the first view, the Crown argues that Big M should not have been able to bring a s. 52

aucune preuve portant que les appelants n'ont pas la conviction religieuse, qu'ils n'ont pas l'obligation d'observer le dimanche. À mon avis, aucune preuve de ce genre ne serait pertinente. Le devoir de la Cour est de décider si l'art. 4 de la Loi enfreint la liberté de religion. Ceci ne dépend pas de la conviction religieuse, s'il en est, de la personne poursuivie, mais de la nature de la loi en cause. Donnons un exemple extrême: une loi prévoyant que tout le monde au Canada doit, sous peine d'amende ou d'emprisonnement, assister au service religieux dans une église anglicane au moins un dimanche par mois enfreindrait, à mon avis, la liberté de religion de chaque anglican aussi bien que celle de tous les autres citoyens.

Comme le soutient l'intimée, si la loi examinée avait un objet laïque et si l'accusé faisait valoir qu'elle porte atteinte à sa liberté de religion, le statut de l'accusé et la nature de ses croyances religieuses pourraient peut-être alors être pertinents: c'est une chose que de prétendre que la loi est elle-même inconstitutionnelle, mais c'est tout autre chose que de réclamer une «exemption constitutionnelle» de l'application d'une loi par ailleurs valide qui va à l'encontre de ses principes religieux.

À mon avis, il ne fait pas de doute que l'intimée a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*.

Le second moyen soulevé porte sur la compétence de la Cour provinciale pour déclarer une loi invalide. Ce moyen doit aussi être rejeté. Il existe deux points de vue dominants quant au sens des mots «tribunal compétent» que l'on trouve au par. 24(1) de la *Charte*. Selon un point de vue, lorsqu'il s'agit de contester la constitutionnalité d'une loi, le tribunal compétent est celui qui a le pouvoir d'accorder le redressement demandé: Gibson, «Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Tarnopolsky et Beaudoin (eds.), (Toronto 1982), à la p. 500. Selon l'autre point de vue par contre, le tribunal compétent est celui qui a compétence sur l'objet du litige: Hogg, *Canada Act, 1982, Annotated* (Toronto, 1982), à la p. 65.

Le ministère public a adopté le premier point de vue en faisant valoir que Big M n'aurait pas dû



application in a provincial court because it does not have prerogative powers. Even under the Crown's interpretation of "court of competent jurisdiction" the majority of the Alberta Court of Appeal held that the Provincial Court has independent jurisdiction, aside from the *Charter*, in the case at bar.

The appellant overlooks the fact that it has always been open to provincial courts to declare legislation invalid in criminal cases. No one may be convicted of an offence under an invalid statute.

The respondent Big M was commanded by Her Majesty The Queen to face prosecution for a violation of an Act of Parliament. It came to court, not for the purpose of having the Act declared unconstitutional, but in order to secure a dismissal of the charges against it. The Provincial Court Judge was not called upon to make either a prerogative declaration or a s. 24(1) order. He simply was asked to prevent a violation of the fundamental principle of constitutional law embodied in s. 52(1) by dismissing the charges.

## V

### The Characterization of the *Lord's Day Act*

#### (A) The Problem

There are obviously two possible ways to characterize the purpose of Lord's Day legislation, the one religious, namely securing public observance of the Christian institution of the Sabbath and the other secular, namely providing a uniform day of rest from labour. It is undoubtedly true that both elements may be present in any given enactment, indeed it is almost inevitable that they will be, considering that such laws combine a prohibition of ordinary employment for one day out of seven with a specification that this day of rest shall be the Christian Sabbath—Sunday. In the Anglo-Canadian tradition this intertwining is to be seen as far back as early Saxon times in such laws as that promulgated by Ine, King of Wessex from 688-725:

être en mesure de saisir la Cour provinciale d'une demande fondée sur l'art. 52 parce que celle-ci n'a pas le pouvoir d'accorder le redressement demandé. Malgré cette interprétation du ministère public quant à ce qui constitue un «tribunal compétent», la Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu qu'en l'espèce la Cour provinciale a compétence indépendamment de la *Charte*.

L'appelante ne tient pas compte du fait que les cours provinciales ont toujours eu la possibilité de déclarer une loi invalide dans des affaires criminelles. Nul ne peut être reconnu coupable d'infraction à une loi invalide.

L'intimée Big M a été poursuivie par Sa Majesté La Reine pour avoir enfreint une loi fédérale. Elle s'est présentée en cour non pas en vue de faire déclarer la Loi inconstitutionnelle, mais en vue d'obtenir le rejet des accusations portées contre elle. Le juge de la Cour provinciale n'était pas appelé à exercer la prérogative de la cour et à faire une déclaration ni à rendre une ordonnance en vertu du par. 24(1). On lui a simplement demandé de rejeter les accusations afin d'empêcher la violation du principe fondamental du droit constitutionnel énoncé au par. 52(1).

## V

### La caractérisation de la *Loi sur le dimanche*

#### (A) Le problème

Il y a évidemment deux façons possibles de caractériser l'objet d'une loi sur le dimanche; son objet peut être d'ordre religieux en ce sens qu'elle vise l'observance par le public de l'institution chrétienne du sabbat et, d'autre part, il peut être d'ordre laïque en ce sens qu'elle prescrit un jour de repos uniforme. Il ne fait pas de doute que ces deux éléments peuvent coexister dans une loi donnée et, en fait, cela est presque inévitable si on considère que de telles lois ordonnent aux gens de s'abstenir de vaquer à leur emploi habituel pendant un jour sur sept, en précisant en même temps que ce jour de repos doit être le sabbat chrétien, c'est-à-dire le dimanche. Selon la tradition anglo-canadienne, cet entrecroisement remonte au début de l'ère saxonne et se retrouve dans des lois comme celle promulguée par Ine, roi de Wessex de 688 à 725:

If a theowman (slave) work on Sunday by his lord's command, let him be free; and let the lord pay thirty shillings as a fine. But if the theow work without his knowledge, let him suffer in his hide, or in hide-gild (money paid in lieu of corporal punishment). But if a freeman work on that day without his lord's command, let him forfeit his freedom, or sixty shillings; and be a priest doubly liable. [Ontario Law Reform Commission, *Report on Sunday Observance Legislation*, (Toronto 1970), Appendix II, p. 389.]

The presence of both secular and religious elements in Sunday observance legislation was noted by Blackstone, *Commentaries*, Book 4, (1897 Lewis ed.), at p. 63:

... besides the notorious indecency and scandal of permitting any secular business to be publicly transacted on that day in a country professing Christianity, and the corruption of morals which usually follows its profanation, the keeping one day in the seven holy, as a time of relaxation and refreshment as well as for public worship, is of admirable service to a state, considered merely as a civil institution. It humanizes, by the help of conversation and society, the manners of the lower classes, which would otherwise degenerate into a sordid ferocity and savage selfishness of spirit; it enables the industrious workman to pursue his occupation in the ensuing week with health and cheerfulness; it imprints on the minds of the people that sense of their duty to God so necessary to make them good citizens, but which yet would be worn out and defaced by an unremitted continuance of labour, without any stated times of recalling them to the worship of their Maker.

Despite this inevitable intertwining, it is necessary to identify the "matter" in relation to which such legislation is enacted and thereby to decide within which of the heads of s. 91 or s. 92 of the *Constitution Act, 1867* such legislation falls.

### (B) The Historic Underpinnings

Historically, there seems little doubt that it was religious purpose which underlay the enactment of English Lord's Day legislation. From early times the moral exhortation found in the Fourth Commandment (Exodus 20: 8-11) "Remember the Sabbath day, to keep it holy" increasingly became a legislative imperative. The first major piece of legislation, *The Sunday Fairs Act*, 27 Hen. 6, c. 5,

[TRADUCTION] Si un esclave travaille le dimanche sur l'ordre de son seigneur, il sera affranchi et le seigneur sera passible d'une amende de trente shillings. Toutefois, l'esclave qui travaille à l'insu de son seigneur sera passible d'un châtement corporel ou d'une amende en tenant lieu. Mais, si un homme libre travaille le dimanche sans en avoir reçu l'ordre de son seigneur, il perdra sa liberté ou sera passible d'une amende de soixante shillings; s'il s'agit d'un prêtre, il sera doublement responsable. [Ontario Law Reform Commission, *Report on Sunday Observance Legislation*, (Toronto 1970), Appendix II, p. 389.]

Le caractère à la fois laïque et religieux des lois sur l'observance du dimanche a été constaté par Blackstone, *Commentaries*, Book 4, (1897, Lewis ed.), à la p. 63:

[TRADUCTION] ... [O]utre le fait qu'il est tout à fait inconvenant et scandaleux de permettre que, dans un pays qui se veut chrétien, l'on fasse publiquement des affaires séculières le dimanche, sans compter la corruption des mœurs qui résulte habituellement de la profanation de ce jour, le fait de sanctifier un jour sur sept à des fins de détente, de repos et de culte public rend un service admirable à l'État pris simplement comme institution civile. Il permet d'humaniser par la conversation et la socialisation, les manières des classes inférieures qui, sans cela, dégénéraient en férocité sordide et en égoïsme sauvage; il permet à l'ouvrier laborieux de reprendre, en bonne forme et avec entrain, son travail la semaine qui suit; il contribue à imprimer dans l'esprit des gens ce sens du devoir envers Dieu qui est si nécessaire pour en faire de bons citoyens, mais qu'estomperait un travail ininterrompu, sans période de temps prévue pour l'adoration de leur Créateur.

Malgré cet entrecroisement inévitable, il est nécessaire d'identifier la «matière» sur laquelle porte une telle loi et, par ce moyen, de décider duquel des chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* elle relève.

### (B) Le fondement historique

Sur le plan historique, il semble peu douteux que la législation anglaise relative au dimanche a été adoptée à des fins religieuses. Depuis le tout début, l'exhortation morale du Quatrième commandement (Exode 20: 8 à 11) «Souviens-toi du jour du repos, pour le sanctifier» est devenue de plus en plus un impératif législatif. La première loi d'importance dans ce domaine, *The Sunday Fairs Act*,

prefaced its prohibition of fairs and markets on Sunday with a recital of "abominable injuries and offences done to Almighty God and to his Saints" because of bodily labour, deceitful bargaining, drunkenness and religious non-observance associated with fairs. Following the Reformation under Henry VIII, religious observance acquired an added political significance and a number of statutes aimed at securing religious conformity were promulgated, including the *Act of Uniformity*, 5 & 6 Edw. 6, c. 1, the *Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, c. 3, and the *Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, c. 2. All these Acts contained provisions making Sunday worship and observance compulsory obligations, as did the later *Act Against Sectaries*, 35 Eliz. 1, c. 1 and *Act Against Papists*, 35 Eliz. 1, c. 2, which, as their names suggest, were designed not only to enforce mandatory religious observance as provided for by the Church of England, but also to prohibit religious observance as practised by other Christian denominations.

Under Charles I the first modern Sunday observance statutes were enacted and their religious purpose is reflected in their titles, *An Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday*, 1 Car. 1, c. 1 and *An Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday*, 3 Car. 1, c. 2. During the Commonwealth or Interregnum period, the Puritan Parliament passed strict laws prohibiting the profanation of the Lord's Day by any form of marketing, travel, worldly labour, sports or recourse to taverns, tobacco shops or restaurants. With the Restoration came *An Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday*, 29 Car. 2, c. 7, also known as the *Sunday Observance Act*. As its full title indicates, the primary object of this legislation, like that of its predecessors, was clearly religious rather than secular. It aimed at securing observance of the Lord's Day by prohibiting all persons from engaging on a Sunday in "any world-

27 Hen. 6, chap. 5, interdisait la tenue de foires et de marchés le dimanche, en donnant comme motif [TRADUCTION] «les affronts et les offenses abominables envers Dieu tout-puissant et Ses saints» que constituent le travail manuel, les marchés frauduleux, l'ivresse et l'inobservance des prescriptions religieuses qui accompagnent les foires. À la suite de la Réforme qui a eu lieu sous le règne d'Henri VIII, l'observance religieuse a acquis une importance politique accrue qui s'est traduite par l'adoption d'un certain nombre de lois visant à assurer le conformisme religieux, dont l'*Act of Uniformity*, 5-6 Edw. 6, chap. 1, l'*Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, chap. 3 et l'*Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, chap. 2. Toutes ces lois contenaient des dispositions rendant obligatoires l'observance du dimanche et la pratique religieuse ce jour-là, comme l'ont fait par la suite l'*Act Against Sectaries*, 35 Eliz. 1, chap. 1 et l'*Act Against Papists*, 35 Eliz. 1, chap. 2, qui, comme l'indiquent leurs titres, visaient non seulement à faire respecter l'observance religieuse imposée par l'Église anglicane, mais aussi à interdire l'observance religieuse pratiquée par d'autres confessions chrétiennes.

Sous le règne de Charles I<sup>er</sup> furent adoptées les premières lois modernes en matière d'observance du dimanche et leur objet se reflète dans leurs titres: *An Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday*, 1 Car. 1, chap. 1 et *An Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday*, 3 Car. 1, chap. 2. Au cours de la période du Commonwealth ou de l'Interregne, le Parlement puritain a adopté des lois sévères interdisant la profanation du jour du Seigneur par toute espèce d'activité commerciale, de voyage, de travail ou de sport ou par la fréquentation de tavernes, de débits de tabac ou de restaurants. La Restauration a amené une loi intitulée *An Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday*, 29 Car. 2, chap. 7, également connue sous le nom de *Sunday Observance Act*. Comme il ressort de son titre au complet, l'objet premier de cette loi, comme celui des lois qui l'ont précédée, était nettement religieux

ly labour or business or work of their ordinary calling" except "works of necessity or charity".

The *Sunday Observance Act* of 1677 served as a model for Canadian pre-Confederation legislation, especially *An Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), c. 45, which substantially re-enacted the English law with only minor alterations designed to suit it to the specific conditions and activities of Upper Canada. It was this statute, as re-enacted by the post-Confederation legislature of Ontario (R.S.O. 1897, c. 246), that the Privy Council found to be beyond the competence of the province to enact in *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, a decision which lay behind the passage in 1906 of the federal *Lord's Day Act*. Like the Ontario Act, the federal Act embodied the basic framework and much of the language of the English *Sunday Observance Act* of 1677. After four consolidations, it still exhibits these same essential characteristics in its present form.

#### (C) Canadian Case Law

From the time of Confederation until the Privy Council decision in 1903 in *Hamilton Street Railway*, *supra*, it was the widely-held view that Sunday observance legislation fell within provincial purview under the *Constitution Act, 1867* as being a matter falling under either s. 92(13), property and civil rights within the province, or s. 92(16), a matter of merely local or private nature in the Province. Several of the provinces passed laws prohibiting Sunday activities. In the *Hamilton Street Railway* case the Ontario statute fell to be considered. Aylesworth K.C. argued before the Privy Council that the primary object of the Act under consideration was the promotion of public order, safety and morals, and not the regulation of civil rights as between subject and subject. That view would seem to have prevailed, as their Lordships held that the Act as a whole was beyond the

plutôt que laïque. Elle visait à assurer l'observance du jour du Seigneur en interdisant à toute personne de s'adonner, le dimanche, [TRADUCTION] «à un travail, à une besogne ou à un ouvrage de son état ordinaire», «les travaux de nécessité et les œuvres de charité» étant exceptés.

Les lois canadiennes antérieures à la Confédération s'inspirent de la *Sunday Observance Act* de 1677. C'est notamment le cas de *An Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), chap. 45, qui, abstraction faite de certaines modifications mineures apportées pour qu'elle puisse répondre aux conditions et aux activités particulières du Haut-Canada, reprenait essentiellement les dispositions de la loi anglaise. Statuant sur cette loi, telle qu'adoptée par la législature de l'Ontario après la Confédération (R.S.O. 1897, chap. 246), le Conseil privé a conclu qu'elle outrepassait la compétence de la province dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, lequel arrêt a été suivi de l'acte concernant l'observance du dimanche. À l'instar de la loi ontarienne, la loi fédérale reproduisait les éléments de base et, dans une grande mesure, la formulation de la loi anglaise de 1677, savoir la *Sunday Observance Act*. C'est encore le cas aujourd'hui, même après quatre refontes.

#### (C) La jurisprudence canadienne

Depuis la Confédération jusqu'à l'arrêt du Conseil privé *Hamilton Street Railway*, précité, rendu en 1903, on était généralement d'avis qu'en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* c'était les provinces qui avaient compétence pour légiférer sur la question de l'observance du dimanche qui relevait soit du par. 92(13) concernant la propriété et les droits civils dans la province, soit du par. 92(16), à titre de matière d'une nature purement locale ou privée dans la province. Plusieurs provinces ont adopté des lois interdisant de s'adonner à certaines activités le dimanche. L'affaire *Hamilton Street Railway* portait sur la loi ontarienne. M<sup>e</sup> Aylesworth, c.r., a fait valoir devant le Conseil privé que cette loi avait pour objet premier de promouvoir l'ordre, la sécurité et les bonnes mœurs au sein de la collectivité plutôt que de réglementer les droits civils des particuliers. Ce

competence of the Ontario Legislature to enact. The Lord Chancellor stated, at pp. 528-29:

The question turns upon a very simple consideration. The reservation of the criminal law for the Dominion of Canada is given in clear and intelligible words which must be construed according to their natural and ordinary signification. Those words seem to their Lordships to require, and indeed to admit, of no plainer exposition than the language itself affords. Sect. 91, subs-s. 27, of the British North America Act, 1867, reserves for the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada "the criminal law, except the constitution of Courts of criminal jurisdiction." It is, therefore, the criminal law in its widest sense that is reserved, and it is impossible, notwithstanding the very protracted argument to which their Lordships have listened, to doubt that an infraction of the Act, which in its original form, without the amendment afterwards introduced, was in operation at the time of confederation, is an offence against the criminal law.

In a special case referred by the Governor General in Council to this Court for hearing two years after *Hamilton Street Railway*, the question was asked whether a province has jurisdiction to legislate prohibition or regulation of labour so as to prevent any work, business or labour from being performed within the province upon the first day of the week, commonly called "Sunday", subject to certain exemptions. The Court answered in *In re Legislation Respecting Abstention From Labour on Sunday* (1905), 35 S.C.R. 581 at p. 592:

... it appears to us that the day, commonly called Sunday, or the Sabbath, or the Lord's Day, is recognised in all Christian countries as an existing institution, and that legislation having for its object the compulsory observance of such day or the fixing of rules of conduct (with the usual sanctions) to be followed on that day, is legislation properly falling within the views expressed by the Judicial Committee in the *Hamilton Street Railway* reference before referred to and is within the jurisdiction of the Dominion Parliament.

The Parliament of Canada passed the federal *Lord's Day Act*, 1906 (Can.), c. 27, with what would appear to have been some degree of reluctance because, firstly, s. 14 provided that nothing

point de vue semble l'avoir emporté, car leurs Seigneuries ont conclu que la législature de l'Ontario n'avait pas compétence pour adopter la Loi dans son ensemble. Le Lord Chancelier affirme, aux pp. 528 et 529:

[TRADUCTION] La réponse est très simple. La compétence en matière de droit criminel est réservée au Parlement du Canada en des termes clairs et nets qui doivent être interprétés selon leur sens naturel et ordinaire. Ces termes, nous semble-t-il, sont on ne peut plus explicites. Le paragraphe 27 de l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, confère au Parlement du Canada le pouvoir exclusif de légiférer en ce qui concerne «le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle.» C'est donc le droit criminel au sens le plus large qui est réservé et on ne peut douter, malgré la très longue argumentation qu'on nous a présentée, qu'une infraction à la Loi qui, exception faite d'une modification subséquente, était en vigueur à l'époque de la Confédération, constitue une infraction au droit criminel.

Deux ans après l'arrêt *Hamilton Street Railway*, le gouverneur général en conseil a saisi cette Cour d'une affaire spéciale où il s'agissait de déterminer si une province a compétence pour adopter une loi interdisant ou réglementant le travail de manière à empêcher, sous réserve de certaines exceptions, l'exécution de tout travail et l'exploitation de tout commerce dans la province le premier jour de la semaine communément appelé «dimanche». Voici ce qu'a répondu la Cour dans l'arrêt *In re Legislation Respecting Abstention From Labour on Sunday* (1905), 35 R.C.S. 581, à la p. 592:

[TRADUCTION] ... il nous semble que le jour communément appelé dimanche, sabbat ou jour du Seigneur est reconnu dans tous les pays chrétiens comme une institution existante, que les opinions exprimées par le Comité judiciaire dans le renvoi *Hamilton Street Railway*, précité, s'appliquent à toute loi qui a pour objet de rendre obligatoire l'observance de ce jour ou d'établir des règles de conduite (accompagnées des sanctions habituelles) à suivre pendant ce jour et qu'une telle loi relève de la compétence du Parlement fédéral.

Le Parlement du Canada semblerait avoir été quelque peu réticent à adopter l'*Acte concernant l'observance du dimanche*, 1906 (Can.), chap. 27. Cette réticence se dégage d'abord de l'art. 14

in the Act should be construed to repeal or in any way affect "any provisions of any Act or law relating in any way to the observance of the Lord's Day in force in any province of Canada when this Act comes into force". Sunday observance legislation in force in a province at the time it entered Confederation was expressly preserved. Secondly, while the Act prohibited a very few activities unconditionally, such as shooting in such a manner as to disturb public worship or observance of the day, or selling foreign newspapers, the most important sections of the Act made other activities unlawful only to the extent that provincial legislation did not provide otherwise.

Acting under the authority of the federal *Lord's Day Act*, the provinces have enacted legislation such as the *Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, c. 253, and *The Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, c. L-34. Provincial legislation of this nature was upheld by the Judicial Committee of the Privy Council in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, and more recently by this Court in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497.

The next case is *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 S.C.R. 502. The Quebec statute there impugned professed to forbid certain acts calculated to interfere with the proper observance of Sunday. Ouimet was charged with having, for profit and without necessity or urgency, carried on a business and given theatrical representations on Sunday. The Chief Justice, Sir Charles Fitzpatrick, was of the opinion, at p. 507, that:

In the *Hamilton Street Railway Case* their Lordships hold, impliedly at least, that Christianity is part of the common law of the realm; that the observance of the Sabbath is a religious duty; and that a law which forbids any interference with that observance is, in its nature, criminal. [Emphasis added.]

He considered that the evident object of the legislation impugned was to conserve public morality

portant que rien dans cette loi n'est censé abroger ou modifier de quelque manière «les dispositions d'aucune loi concernant en quoi que ce soit l'observance du dimanche, en vigueur dans une province du Canada à la date de la mise en vigueur de la présente loi». Toute loi relative à l'observance du dimanche en vigueur dans une province lors de son entrée dans la Confédération était expressément préservée. En second lieu, même si la Loi n'interdisait formellement qu'un très petit nombre d'activités comme le tir de nature à déranger le service divin ou l'observance dominicale, ou encore la vente de journaux étrangers, les dispositions les plus importantes de la Loi ne rendaient d'autres activités illégales que dans la mesure où une loi provinciale ne prévoyait pas le contraire.

Agissant sous le régime de la *Loi sur le dimanche* fédérale, les provinces ont adopté des lois comme la *Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, chap. 253 et la *Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, chap. L-34. Des lois provinciales de ce genre ont été maintenues par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, et plus récemment par cette Cour dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497.

Cela nous amène à examiner l'arrêt *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 R.C.S. 502. La loi québécoise contestée dans cette affaire visait à interdire certains actes de nature à nuire à l'observance normale du dimanche. Ouimet était accusé d'avoir, dans un but lucratif et sans qu'il s'agisse d'un cas de nécessité ou d'urgence, exploité un commerce et donné des représentations théâtrales le dimanche. Le juge en chef, sir Charles Fitzpatrick, exprime l'opinion suivante à la p. 507:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Hamilton Street Railway*, leurs Seigneuries concluent, du moins implicitement, que le christianisme fait partie de la *common law* du royaume, que l'observance du sabbat est un devoir religieux et que, de par sa nature, la loi qui interdit de troubler de quelque manière cette observance relève du droit criminel. [C'est moi qui souligne.]

Il a estimé que la loi contestée visait manifestement à préserver la moralité publique et à pourvoir

and to provide for the peace and order of the public on the Lord's Day. He felt confirmed in this belief by the title of the Act, described as "A law concerning the observance of Sunday". Mr. Justice Duff was equally explicit, at p. 525:

The enactment appears to me, in effect, to treat the acts prohibited as constituting a profanation of the Christian institution of the Lord's Day and to declare them punishable as such. Such an enactment we are, in my opinion, bound to hold, on the authority of *The Attorney-General v. Hamilton Street Railway Co.*, to be an enactment dealing with the subject of the criminal law.

In *dictum*, Mr. Justice Duff used language which I would wish to adopt, at pp. 525-26:

It is perhaps needless to say that it does not follow from this that the whole subject of the regulation of the conduct of people on the first day of the week is exclusively committed to the Dominion Parliament. It is not at all necessary in this case to express any opinion upon the question, and I wish to reserve the question in the fullest degree of how far regulations enacted by a provincial legislature affecting the conduct of people on Sunday, but enacted solely with a view to promote some object having no relation to the religious character of the day would constitute an invasion of the jurisdiction reserved to the Dominion Parliament. But it may be noted that since the decision of the Judicial Committee [*sic*] in *Hodge v. The Queen* [(1883), 9 App. Cas. 117], it has never been doubted that the Sunday-closing provisions in force in most of the provinces affecting what is commonly called the "liquor trade" were entirely within the competence of the provinces to enact; and it is, of course, undisputed that for the purpose of making such enactments effective when within their competence the legislatures may exercise all the powers conferred by sub-section 15 of section 92 of the "British North America Act."

It is perhaps needless for me to say that if the *Lord's Day Act*, as presently drafted, falls because it is in conflict with the freedom of religion guaranteed by the *Charter* it does not ineluctably follow that the whole subject of a day of rest and recreation for Canadians is exclusively committed to the provincial legislatures. As Laycraft J.A. observed, however, it would be necessary for Parliament to demonstrate that any amending legislation had shed its sectarian robes and, further, that the "re-classified" law rested upon some constitu-

au maintien de la paix et de l'ordre publics pendant le jour du Seigneur. Il avait le sentiment que son opinion était confirmée par le titre même de la Loi, «Acte concernant l'observance du dimanche». <sup>a</sup> Le juge Duff a été tout aussi catégorique à la p. 525:

[TRADUCTION] En réalité, il me semble que la Loi considère les actes interdits comme une profanation de l'institution chrétienne du dimanche et les déclare passibles de sanction à ce titre. À mon avis, l'arrêt *The Attorney-General v. Hamilton Street Railway Co.* nous oblige à conclure qu'il s'agit d'une loi traitant de droit criminel.

<sup>c</sup> Je souscris à l'opinion incidente exprimée par le juge Duff aux pp. 525 et 526:

[TRADUCTION] Il n'est peut-être pas nécessaire de dire qu'il ne s'ensuit pas que toute la question de la réglementation de la conduite des gens, le premier jour de la semaine, est du ressort exclusif du Parlement du Canada. Il n'est aucunement nécessaire en l'espèce de se prononcer sur la question de savoir jusqu'à quel point les règlements édictés par une législature provinciale qui régissent la conduite des gens le dimanche, mais qui visent uniquement un certain objet qui n'a rien à voir avec le caractère religieux de ce jour, constitueraient un empiètement sur la compétence exclusive du Parlement du Canada, et je tiens à ce que cette question reste entière. Toutefois, on peut souligner que, depuis l'arrêt *Hodge v. The Queen* du Comité judiciaire [(1883), 9 App. Cas. 117], on n'a jamais mis en doute que les règlements de fermeture le dimanche, en vigueur dans la plupart des provinces et touchant ce qu'on appelle communément le «commerce des boissons alcoolisées», relevaient entièrement de la compétence des provinces. Et naturellement, on ne conteste pas que pour rendre efficaces de telles dispositions qui relèvent de leur compétence, les législatures provinciales peuvent exercer tous les pouvoirs qui leur sont conférés par le par. 92(15) de l'«Acte de l'Amérique du Nord Britannique».

<sup>h</sup> Il ne m'est peut-être pas nécessaire de dire que si la *Loi sur le dimanche*, telle que formulée actuellement, doit être déclarée invalide pour le motif qu'elle va à l'encontre de la liberté de religion garantie par la *Charte*, il ne s'ensuit pas inévitablement que toute la question d'un jour de repos et de détente pour les Canadiens est du ressort exclusif des législatures provinciales. Toutefois, comme l'a fait remarquer le juge Laycraft, <sup>i</sup> il serait nécessaire que le Parlement démontre <sup>j</sup> qu'une loi modificatrice a perdu son caractère

tional foundation within its competence. As Laycraft J.A. noted at p. 640, "we need not decide the feasibility of that course until it is attempted".

The *Ouimet* decision was said in *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 S.C.R. 157, at p. 160, to be founded upon the common notion of a peculiar sanctity found in religious observances, which leads to viewing their desecration with such abhorrence as to constitute something that is criminal in its nature and hence, legislation relative thereto as criminal in character.

Although the issue in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, was the validity of a by-law of the City of Quebec, attacked by a member of the Jehovah's Witnesses, forbidding distribution in the streets of any book or pamphlet without permission, the judgments in the case are wide-ranging. There is a passage in the judgment of Rand J. touching upon religious freedom, found at p. 327:

From 1760, therefore, to the present moment religious freedom has, in our legal system, been recognized as a principle of fundamental character; and although we have nothing in the nature of an established church, that the untrammelled affirmations of religious belief and its propagation, personal or institutional, remain as of the greatest constitutional significance throughout the Dominion is unquestionable.

In *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] S.C.R. 799, Mr. Justice Rand spoke again, of the recognitions and observances ordained by religious bodies and churches, saying at p. 812:

The Sabbath, the last day of the week, has been claimed by some teachers to be of Divine fiat and Sunday is, to most Christians, its present day equivalent.

and later, on the same page:

Their compelled observance by any means involves the acknowledgment of the authority of a church to ascribe to them their special character, and of a duty in

sectaire et que la loi «reclassifiée» repose sur un fondement constitutionnel qui relève de sa compétence. Comme le souligne le juge Laycraft à la p. 640, [TRADUCTION] «nous n'aurons à décider de la faisabilité de cette solution que si on tente de l'adopter».

Dans l'arrêt *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 R.C.S. 157, à la p. 160, on affirme que l'arrêt *Ouimet* repose sur la notion courante du caractère particulièrement sacré des observances religieuses, qui fait que l'on considère que leur profanation est répugnante au point de constituer quelque chose de criminel en soi et, par voie de conséquence, que toute loi y relative relève, de par sa nature, du droit criminel.

Bien que l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, porte sur la contestation, par un membre des témoins de Jéhovah, de la validité d'un règlement de la ville de Québec interdisant de distribuer sans permission des livres ou des brochures dans les rues, les motifs de jugement rédigés dans cette affaire sont de vaste portée. Ceux du juge Rand comprennent, à la p. 327, le passage suivant qui traite de la liberté de religion:

[TRADUCTION] Par conséquent, depuis 1760 et jusqu'à nos jours, la liberté de religion a été reconnue, dans notre régime juridique, comme un principe fondamental. Bien que nous n'ayons rien qui ressemble à une Église d'État, il est hors de doute que la possibilité d'affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager, à titre personnel ou grâce à des institutions, demeure, du point de vue constitutionnel, de la plus grande importance pour tout le Dominion.

Dans l'arrêt *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799, le juge Rand a de nouveau parlé des reconnaissances formelles et des observances prescrites par les groupements religieux et les Églises, affirmant à la p. 812:

[TRADUCTION] Certains maîtres ont soutenu que le sabbat, dernier jour de la semaine, était d'ordre divin; pour la plupart des chrétiens le dimanche en constitue actuellement l'équivalent.

Puis, à la même page, il ajoute:

[TRADUCTION] Leur observance obligatoire, obtenue par n'importe quel moyen, implique la reconnaissance tant de l'autorité qu'aurait une Église de leur conférer



relation to them. Being the creation of a church, under a secular legislature and in the circumstances here they possess no significance unless by positive legislative enactment; and such an enactment cannot be taken otherwise than as having that character and that duty as the reason and purpose for the enjoined observance.

In *Birks*, a Quebec Statute purporting to authorize municipal councils to pass by-laws for the closing of stores on certain feast days was in issue. The statute was struck down as infringing on criminal law and beyond provincial legislative competence. Rand J., at p. 813 spoke of the statute as "enacted in relation to religion; it prescribes what is in essence a religious obligation". Kellock J. said, at p. 818, "it is concerned with the observance of these days as holy days and not simply as holidays". And at p. 823:

While Sunday is often and popularly referred to as the Sabbath, the original Sabbath was, of course, not that day at all. Blackstone long ago pointed out (vol. 4, p. 63) that Sunday became a special object of the attention of Parliament not only because of its significance in the Christian religion but because the keeping of one day in seven "as a time of relaxation and refreshment as well as for public worship, is of admirable service to a state, considered merely as a civil institution". No such twofold significance attaches to any of the six days mentioned in the present legislation. Their significance is based entirely on their religious aspect. To citizens of a faith other than Christian or of no faith, they have no significance. Accordingly, the enforcement of their observance as such by legislation of the character here in question can only be from the standpoint of the religious faith of those citizens to whom they have such significance and legislation from that standpoint or for that purpose is, in my opinion, competent only to Parliament.

The decision in *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, contains a frequently quoted passage from the judgment of Taschereau J. at p. 840 [(1955), 1 D.L.R. (2d) 241, at 246]:

leur caractère spécial que d'un devoir relativement à ceux-ci. Puisqu'ils sont créés par une Église, ils n'ont, sous une législature laïque et compte tenu des circonstances de l'espèce, aucune portée, sauf par l'intermédiaire d'une disposition législative formelle; une telle disposition ne peut être interprétée autrement que comme ayant ce caractère et comportant cette obligation en raison des motifs et des buts de l'observance prescrite.

*b* Dans l'affaire *Birks*, le litige portait sur une loi québécoise qui avait pour objet d'autoriser les conseils municipaux à adopter des règlements prévoyant la fermeture des magasins certains jours fériés. La loi en question a été déclarée invalide pour le motif qu'elle empiétait sur le domaine du droit criminel et qu'elle outrepassait la compétence législative de la province. Le juge Rand affirme, à la p. 813, que cette loi [TRADUCTION] «a été adoptée à des fins religieuses; elle prescrit ce qui constitue essentiellement une obligation religieuse». À la page 818, le juge Kellock affirme: [TRADUCTION] «Elle concerne l'observance de ces jours comme jours sacrés et non pas simplement comme jours fériés.» À la p. 823, il poursuit:

[TRADUCTION] Bien que le dimanche soit communément appelé le jour du sabbat, il va sans dire qu'à l'origine le sabbat ne tombait pas ce jour-là. Il y a longtemps que Blackstone a souligné (vol. 4, à la p. 63) que le Parlement a porté au dimanche une attention spéciale non pas seulement en raison de son importance dans la religion chrétienne, mais encore parce que le fait de réserver un jour sur sept «à des fins de détente, de repos et de culte public rend un service admirable à l'État pris simplement comme institution civile». Or, les six jours mentionnés dans la loi présentement en cause ne présentent pas cette double importance. Leur importance se fonde entièrement sur leur aspect religieux. Pour les citoyens qui professent une foi autre que chrétienne ou qui n'ont pas de foi, ces jours sont sans importance. Par conséquent, une loi qui prescrit l'observance de ces jours, comme celle qui nous intéresse en l'espèce, est forcément une loi qui tient compte uniquement de la foi religieuse des citoyens pour qui les jours en question revêtent une telle importance et, à ce point de vue ou à ces fins, j'estime qu'elle est du ressort exclusif du Parlement.

On trouve à la p. 840 de l'arrêt *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834, un passage souvent cité des motifs de jugement du juge Taschereau [(1955), 1 D.L.R. (2d) 241, à la p. 246]:

[TRANSLATION] In our country there is no state religion. All religions are on an equal footing, and Catholics as well as Protestants, Jews, and other adherents to various religious denominations, enjoy the most complete liberty of thought. The conscience of each is a personal matter and the concern of nobody else. It would be distressing to think that a majority might impose its religious views upon a minority, and it would also be a shocking error to believe that one serves his country or his religion by denying in one Province, to a minority, the same rights which one rightly claims for oneself in another Province.

We come now to the case of *Robertson and Rosetanni*, *supra*, to which much attention was directed during argument. The appellants were convicted on a charge of operating a bowling alley on a Sunday, contrary to the *Lord's Day Act*. They contended that the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, had in effect repealed s. 4 of the *Lord's Day Act* or, in any event, rendered it inoperative. The Court, Cartwright J. dissenting, rejected the contention and dismissed the appeal.

By section 1 of the *Canadian Bill of Rights*, it is:

... recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(c) freedom of religion;

Ritchie J., writing for the majority, noted at the outset that "the *Canadian Bill of Rights* is not concerned with 'human rights and fundamental freedoms' in any abstract sense, but rather with such 'rights and freedoms' as they existed in Canada immediately before the statute was enacted." He then quoted from the passage in the decision of Taschereau J. in *Chaput v. Romain*, *supra*, reproduced above, and the passage from the judgment of Rand J. in *Saumur v. City of Quebec*, quoted earlier. Ritchie J. concluded from these passages "that 'complete liberty of religious thought' and 'the untrammelled affirmation of

Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité, et tous les catholiques comme d'ailleurs tous les protestants, les juifs, ou les autres adhérents des diverses dénominations religieuses, ont la plus entière liberté de penser comme ils le désirent. La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre. Il serait désolant de penser qu'une majorité puisse imposer ses vues religieuses à une minorité. Ce serait une erreur fâcheuse de croire qu'on sert son pays ou sa religion, en refusant dans une province, à une minorité, les mêmes droits que l'on revendique soi-même avec raison, dans une autre province.

Voilà qui nous amène à l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, dont il a été grandement question au cours des plaidoiries. Les appelants avaient été reconnus coupables d'avoir exploité une salle de quilles le dimanche, contrairement à la *Loi sur le dimanche*. Ils ont fait valoir que la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, avait eu pour effet d'abroger l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* ou, en tout cas, de le rendre inopérant. La Cour (le juge puîné Cartwright étant dissident) a repoussé cet argument et rejeté le pourvoi.

À l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est:

... reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

c) la liberté de religion;

Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, souligne au départ que «la *Déclaration canadienne des droits* vise non pas les «droits de l'homme et les libertés fondamentales» dans un sens abstrait, mais plutôt les «droits et libertés» qui existaient au Canada immédiatement avant l'adoption de la loi.» Puis il cite le passage, reproduit ci-haut, tiré des motifs du juge Taschereau dans l'arrêt *Chaput v. Romain*, précité, ainsi que l'extrait, déjà cité, des motifs du juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*. À partir de ces passages, le juge Ritchie a conclu qu'avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* et

'religious belief' and its propagation, personal or institutional' were recognized by this Court as existing in Canada before the *Canadian Bill of Rights* and notwithstanding the provisions of the *Lord's Day Act*."

Ritchie J. acknowledged that there had been statutes in this country since long before Confederation passed for the express purpose of safeguarding the sanctity of the Sabbath (Sunday), and since the decision in *Hamilton Street Railway, supra*, it had been accepted that such legislation and the penalties imposed for its breach, constituted a part of the criminal law in its widest sense and thus reserved to the Parliament of Canada by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

In response to the argument advanced on behalf of the appellants that freedom of religion means "freedom to enjoy the freedom which my own religion allows without being confined by restrictions imposed by Parliament for the purpose of enforcing the tenets of a faith to which I do not subscribe", Ritchie J. said, at pp. 657-58:

My own view is that the *effect* of the *Lord's Day Act* rather than its *purpose* must be looked to in order to determine whether its application involves the abrogation, abridgment or infringement of religious freedom, and I can see nothing in that statute which in any way affects the liberty of religious thought and practice of any citizen of this country. Nor is [*sic*]the "untrammelled affirmations of religious belief and its propagation" in any way curtailed.

The practical result of this law on those whose religion requires them to observe a day of rest other than Sunday, is a purely secular and financial one in that they are required to refrain from carrying on or conducting their business on Sunday as well as on their own day of rest. In some cases this is no doubt a business inconvenience, but it is neither an abrogation nor an abridgment nor an infringement of religious freedom, and the fact that it has been brought about by reason of the existence of a statute enacted for the purpose of preserving the sanctity of Sunday, cannot, in my view, be construed as attaching some religious significance to an effect which is purely secular in so far as non-Christians are concerned.

nonobstant les dispositions de la *Loi sur le dimanche*, cette Cour avait reconnu l'existence au Canada de [TRADUCTION] «la plus entière liberté de penser en matière religieuse» et de [TRADUCTION] «la possibilité d'affirmer sans contrainte sa croyance religieuse» et de la propager, à titre personnel ou grâce à des institutions».

Le juge Ritchie a reconnu que, bien avant la Confédération, on a adopté au Canada des lois visant expressément à préserver le caractère sacré du sabbat (dimanche), et que, depuis l'arrêt *Hamilton Street Railway*, précité, il était entendu que ce genre de loi, y compris les peines imposées en cas de violation, faisait partie du droit criminel au sens le plus large et relevait donc de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Répondant à l'argument avancé pour le compte des appelants selon lequel liberté de religion signifie [TRADUCTION] «la faculté de jouir de la liberté que m'accorde ma propre religion, sans être astreint aux restrictions qu'impose le Parlement pour faire observer la doctrine d'une foi à laquelle je n'adhère pas», le juge Ritchie affirme, aux pp. 657 et 658:

[TRADUCTION] Mon opinion est qu'il faut considérer l'*effet* de la *Loi sur le dimanche* plutôt que son *objet* pour déterminer si son application entraîne la suppression, la diminution ou la transgression de la liberté de religion. Je ne puis rien trouver dans cette loi qui porte atteinte à la liberté de croyance et de pratique religieuse d'aucun citoyen de ce pays. «La possibilité d'affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager» n'est d'aucune manière entravée.

Pour ceux à qui leur religion impose l'observance d'un jour de repos autre que le dimanche, l'effet pratique de cette loi est purement laïque et financier du fait qu'ils sont obligés de s'abstenir de travailler ou de faire des affaires le dimanche aussi bien que le jour de repos qu'ils observent. En certains cas, c'est sans doute un inconvénient dans les affaires, mais il n'y a ni suppression, ni diminution, ni transgression de la liberté de religion. Le fait que cette situation résulte d'une loi adoptée dans le but de maintenir le caractère sacré du dimanche ne peut, à mon avis, s'interpréter comme donnant une conséquence religieuse à un effet qui est purement laïque en autant qu'il concerne les non-chrétiens.

In a strong dissent, Cartwright J., at p. 660 wrote:

I can find no answer to the argument of counsel for the appellant, that the purpose and the effect of the *Lord's Day Act* are to compel, under the penal sanctions of the Criminal law, the observance of Sunday as a religious holy day by all the inhabitants of Canada; that this is an infringement of religious freedom I do not doubt.

and

In my opinion a law which compels a course of conduct, whether positive or negative, for a purely religious purpose infringes the freedom of religion.

Cartwright J. continued, on p. 661 (part of this passage has already been quoted at p. 310):

A law which, on solely religious grounds, forbids the pursuit on Sunday of an otherwise lawful activity differs in degree, perhaps, but not in kind from a law which commands a purely religious course of conduct on that day, such as for example, the attendance at least once at divine service in a specified church.

It was argued that, in any event, in the case at bar the appeal must fail because there is no evidence that the appellants do not hold the religious belief that they are under no obligation to observe Sunday. In my view such evidence would be irrelevant. The task of the Court is to determine whether s. 4 of the Act infringes freedom of religion. This does not depend on the religious persuasion, if any, of the individual prosecuted but on the nature of the law. To give an extreme example, a law providing that every person in Canada should, on pain of fine or imprisonment, attend divine service in an Anglican church on at least one Sunday in every month would, in my opinion, infringe the religious freedom of every Anglican as well as that of every other citizen.

I have reached the conclusion that construed by the ordinary rules of construction s. 4 of the *Lord's Day Act* is clear and unambiguous and does infringe the freedom of religion contemplated by the *Canadian Bill of Rights*.

In 1963 this Court rendered judgment in *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643. The judgment of the Court was delivered by Ritchie J. Lieberman, convicted for keeping a bowling alley open on Sunday, contrary to the provisions of a by-law of the City of Saint John, contended that s. 3 of the by-law was invalid as being an encroach-

Dans une dissidence énergique, le juge Cartwright écrit, à la p. 660:

[TRADUCTION] Je ne trouve rien à répondre à l'argument de l'avocat de l'appelant selon lequel l'objet et l'effet de la *Loi sur le dimanche* sont d'obliger tous les habitants du Canada, sous peine de sanctions pénales, à observer le dimanche en tant que jour saint et religieux. Je ne doute pas qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté de religion.

*b* Puis:

[TRADUCTION] À mon avis, une loi qui, pour un objet purement religieux, contraint à agir, en interdisant ou en obligeant, enfreint la liberté de religion.

*c* Le juge Cartwright poursuit, à la p. 661 (ce passage a déjà été cité en partie à la p. 310):

[TRADUCTION] Une loi qui, pour des motifs purement religieux, interdit de poursuivre le dimanche une activité permise par ailleurs, diffère peut-être selon le degré, mais non selon le genre, d'une loi qui ordonne une conduite purement religieuse ce jour-là, par exemple d'assister au moins à un service religieux dans une église donnée.

*e* On a fait valoir qu'en tout cas il fallait rejeter l'appel dans la présente affaire car il n'y a aucune preuve portant que les appelants n'ont pas la conviction religieuse, qu'ils n'ont pas l'obligation d'observer le dimanche. À mon avis, aucune preuve de ce genre ne serait pertinente. Le devoir de la Cour est de décider si l'article 4 de la Loi enfreint la liberté de religion. Ceci ne dépend pas de la conviction religieuse, s'il en est, de la personne poursuivie, mais de la nature de la loi en cause. Donnons un exemple extrême: une loi prévoyant que tout le monde au Canada doit, sous peine d'amende ou d'emprisonnement, assister au service religieux dans une église anglicane au moins un dimanche par mois enfreindrait, à mon avis, la liberté de religion de chaque anglican aussi bien que celle de tous les autres citoyens.

*h* Je conclus donc que si l'on interprète l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* conformément aux règles ordinaires, il est clair et sans ambiguïté et il enfreint effectivement la liberté de religion prévue à la *Déclaration canadienne des droits*.

*i* En 1963, cette Cour a rendu l'arrêt *Lieberman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 643. Dans cette affaire, le jugement de la Cour a été rendu par le juge Ritchie. Lieberman, qui avait été reconnu coupable d'avoir enfreint un règlement de la ville de Saint-Jean (N.-B.) en exploitant une salle de quilles le dimanche, a fait valoir que l'art. 3 du

ment on the field of criminal law. The Court thought otherwise. The conviction was affirmed on the ground that the by-law was primarily concerned with secular matters, that it had "for its true object, purpose, nature or character" the hours at which businesses of special classes should close, a matter of a merely private nature in the province.

The final case to which I would refer in this review of the Canadian authorities is a recent decision of this Court in *Hamilton (City of) v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 640. The respondent companies, common carriers operating a trucking service between Montreal and Vancouver, applied, in respect of their "long haul" operations, to the Canadian Transport Commission for exemption from the operation of the *Lord's Day Act*. The City of Hamilton intervened and sought to show that the operation of the carriers would cause congestion, noise and pollution and create safety problems. The C.T.C. excluded the evidence as irrelevant and this Court affirmed the correctness of that action. Martland J. for the Court said, at pp. 642-43:

This appeal involves a determination of the "object of the Act" to which the Commission must have regard in making its decision. It is necessary to consider the Act as a whole in order to make that determination. Its general purpose is to maintain Sunday observance, and it is because of that that its constitutional validity has been supported as being legislation in relation to criminal law under s. 91(27) of the *British North America Act*. That purpose is, however, sought to be achieved by preventing the transaction of business, the pursuing of a gainful calling, or the employment of any person to do work, business or labour on a Sunday.

And at page 644:

The Act does not purport to regulate the conduct of individuals so as to prevent their interfering with the sanctity of Sunday, or with Sunday observance by others. The provisions making it unlawful to provide or be present at public games or public performances on a Sunday apply only if the public game is for gain, prize or reward or a fee is charged for admission to the

règlement en question était invalide parce qu'il empiétait sur le domaine du droit criminel. La Cour a rejeté cet argument et confirmé la déclaration de culpabilité pour le motif que ledit règlement portait principalement sur des questions d'ordre laïque et que, [TRADUCTION] «de par son objet, son but, sa nature ou son caractère véritables», il visait les heures de fermeture de certaines catégories spéciales de commerces, une matière d'une nature purement privée dans la province.

Pour terminer cette analyse de la jurisprudence canadienne, je me réfère à l'arrêt récent de cette Cour *Hamilton (Ville de) c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 640. Les compagnies intimées, des transporteurs publics exploitant une entreprise de camionnage entre Montréal et Vancouver, ont demandé à la Commission canadienne des transports d'être exemptées, pour leurs opérations «longs trajets», de l'application de la *Loi sur le dimanche*. La ville de Hamilton est intervenue et a cherché à démontrer que ces opérations des transporteurs causeraient des embouteillages, du bruit et de la pollution et engendreraient des problèmes de sécurité. La C.C.T. a écarté cette preuve comme n'étant pas pertinente et cette Cour a confirmé la justesse de cette décision. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Martland affirme, aux pp. 642 et 643:

Ce pourvoi exige une détermination des «objets de la Loi» que la Commission doit prendre en considération quand elle prend une décision. Pour ce faire, il est nécessaire de considérer la Loi dans son ensemble. Elle vise globalement à assurer l'observance du dimanche et c'est la raison pour laquelle elle est constitutionnellement valide au titre de législation en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Toutefois la Loi cherche à atteindre ce but en interdisant de faire des affaires, de poursuivre une activité lucrative, ou d'employer une personne pour exécuter un travail, une besogne ou un ouvrage le dimanche.

À la page 644, il ajoute:

La Loi ne vise pas à réglementer la conduite des individus de façon à les empêcher de troubler le caractère sacré du dimanche, ou l'observance du dimanche par les autres. Les dispositions qui rendent illégal le fait d'organiser des jeux ou des spectacles publics un dimanche, d'y participer ou d'y assister, sont applicables uniquement si le jeu public est fait dans un but de gain, de

performance. Similarly with respect to Sunday excursions, it is only if they are operated for hire that they are forbidden. This emphasizes the fact that the purpose of the Act is not to protect Sunday observance from the conduct of others. The Act seeks to obtain Sunday observance by persons by prohibiting them from engaging in a gainful occupation or employment on that day.

#### (D) The American Authorities

The United States Supreme Court has sustained the constitutionality of Sunday observance legislation against First Amendment challenges: *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), *Gallagher v. Crown Koshher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961), and *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961). Despite the undoubted religious motivation of the state laws in question at the time of their passage and their clear origin in the religiously coercive statutes of Stuart England, Chief Justice Warren, writing for the majority, found that those statutes had evolved to become purely secular labour regulation. In his view, none of the impugned state statutes violated the First Amendment guarantee of freedom of religion. Whatever religious terminology still appeared in the legislation (such as the use of the term "Lord's Day" in the Maryland statute) was to be seen simply as a historical curiosity.

Frankfurter J., Harlan J. concurring, wrote a separate concurring opinion [at p. 459]. His reasons also focussed on the evolution of a civil institution of Sunday rest. The fact that such a civil institution harmonizes with religious doctrine could not, alone, justify a finding of unconstitutionality. Moreover, any violation of an individual right of free exercise was justified by an overriding state interest in securing a uniform day of rest.

In the *McGowan* case, the Maryland statute was found neither in its purpose nor in its effect to

prix ou de récompense ou qu'on exige un prix d'entrée pour le spectacle. De même, en ce qui concerne les excursions du dimanche, elles ne sont interdites que si elles sont organisées contre paiement d'un prix. Cela montre bien que le but de la Loi n'est pas de protéger l'observance du dimanche contre la conduite d'autrui. La Loi cherche à obtenir l'observance du dimanche en interdisant à quiconque de se livrer, ce jour-là, à une occupation ou à un emploi lucratif.

#### *b* (D) La jurisprudence américaine

Face à des contestations fondées sur le Premier amendement, la Cour suprême des États-Unis a confirmé la constitutionnalité des lois en matière d'observance du dimanche: *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), *Gallagher v. Crown Koshher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961) et *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961). Malgré les considérations incontestablement religieuses qui ont motivé l'adoption de chacune des lois en cause et malgré le fait qu'elles ont manifestement leur origine dans les lois coercitives en matière religieuse de l'Angleterre des Stuart, le juge en chef Warren a conclu, au nom de la majorité, que ces lois adoptées par les États sont devenues, avec le temps, de la réglementation purement laïque en matière de travail. Selon lui, aucune des lois contestées ne portait atteinte à la liberté de religion garantie par le Premier amendement. Quant aux termes religieux (comme l'expression «*Lord's Day*» employée dans la loi du Maryland) que l'on trouvait encore dans ces lois, il fallait les considérer simplement comme présentant un intérêt historique.

Le juge Frankfurter, à l'avis duquel a souscrit le juge Harlan, a rédigé des motifs concordants [à la p. 459]. Ses motifs ont également porté sur l'évolution du repos dominical comme institution civile. Le fait qu'une telle institution civile s'harmonise avec la doctrine religieuse ne permet pas à lui seul de conclure qu'elle est inconstitutionnelle. De plus, toute violation d'un droit individuel à la liberté d'exercice est justifiée par l'intérêt prépondérant qu'a l'État à garantir un jour uniforme de repos.

*j* Dans l'arrêt *McGowan*, on a conclu que la loi en vigueur au Maryland n'avait ni pour objet ni pour

enlist the aid of the State's coercive power to aid religion. Though the statute's origins were religious, it had lost that character. It had been substantially changed and re-enacted to prescribe the secular goals of rest and recreation for the citizens. In reaching this conclusion, the Court noted at p. 448 that numerous legislative changes since the original enactment had made "the air of the day . . . one of relaxation rather than one of religion".

In *Braunfeld v. Brown, supra*, the court held that the impugned Pennsylvania statute did not by its purpose nor by its direct effect impede the observance of one or all religions nor discriminate invidiously among religions. In the result the statutes impugned were held not to offend the First Amendment.

It is somewhat ironic that the United States courts upheld the validity of Sunday observance laws, characterizing them as secular in order not to run afoul of the religion clauses of the First Amendment, while in contrast, in *Robertson v. Rosetanni, supra*, the Court found in the same type of legislation, a religious purpose in order to sustain its *vires* as criminal law. At the same time it accorded to the legislation a secular effect in order not to bring it into conflict with the religious freedom recognized and declared in the *Canadian Bill of Rights*. The contrast between the United States and Canadian decisions has been cogently stated by J.A. Barron, in "Sunday in North America" (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, at p. 43:

In the United States, the religious purpose of Sunday legislation is denied as sternly as it is insisted upon in Canada. The legislation is declared to be today entirely secular in purpose, providing the citizenry with a uniform day of rest and recreation. If the United States Supreme Court had found a continuing religious purpose behind the Sunday legislation, the no-establishment principle would have commanded invalidation.

effet de mettre le pouvoir coercitif de l'État au service de la religion. Cette loi avait perdu le caractère religieux qu'elle revêtait à l'origine. Modifiée en profondeur, elle avait désormais des objectifs purement laïques de repos et de détente pour les citoyens. En tirant cette conclusion, la Cour fait remarquer, à la p. 448, que les nombreuses modifications apportées à la Loi depuis son adoption contribuent à faire du dimanche [TRANSDUCTION] «un jour où l'accent est mis sur la détente plutôt que sur la religion».

Dans l'arrêt *Braunfeld v. Brown*, précité, la Cour a jugé que la loi de la Pennsylvanie qui était en cause n'avait ni pour objet ni directement pour effet d'entraver la pratique de quelque religion que ce soit, ou de faire des distinctions injustes entre les religions. En définitive, on a conclu que les lois contestées ne violaient pas le Premier amendement.

Il est quelque peu ironique que les tribunaux des États-Unis, en confirmant la validité des lois en matière d'observance du dimanche, les aient qualifiées de laïques pour éviter tout conflit avec les dispositions en matière religieuse du Premier amendement, alors que, dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, cette Cour a reconnu à une loi du même genre un objet religieux afin de maintenir sa validité comme loi en matière criminelle. En même temps, elle a attribué à la loi en question un effet laïque pour éviter que celle-ci entre en conflit avec la liberté de religion reconnue et proclamée dans la *Déclaration canadienne des droits*. Dans «Sunday in North America» (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, à la p. 43, J.A. Barron fait ressortir de façon convaincante le contraste qui existe entre les décisions américaines et les décisions canadiennes:

[TRANSDUCTION] Autant le caractère religieux de l'objet des lois relatives au dimanche est affirmé au Canada, autant il est nié aux États-Unis. On dit que ces lois ont maintenant un objet purement laïque en ce sens qu'elles prescrivent pour l'ensemble de la population un même jour de repos et de détente. Si la Cour suprême des États-Unis avait conclu que les lois relatives au dimanche ont toujours un objet religieux, le principe du non-établissement d'une religion aurait exigé que ces lois soient déclarées inconstitutionnelles.

On the same page Professor Barron writes:

In Canada, Sunday legislation is frankly conceded to be religious in purpose; indeed, if it were otherwise the basis for federal jurisdiction would be questionable. But the Supreme Court of Canada claims purpose can be separated from effect, and the effect of the Canadian Sunday legislation is said to be entirely secular.

## VI

### Purpose and Effect of Legislation

A finding that the *Lord's Day Act* has a secular purpose is, on the authorities, simply not possible. Its religious purpose, in compelling sabbatical observance, has been long-established and consistently maintained by the courts of this country.

The Attorney General for Alberta concedes that the Act is characterized by this religious purpose. He contends, however, that it is not the purpose but the effects of the Act which are relevant. In his submission, *Robertson and Rosetanni, supra*, is support for the proposition that it is effects alone which must be assessed in determining whether legislation violates a constitutional guarantee of freedom of religion.

I cannot agree. In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legisla-

À la même page, le professeur Barron écrit:

[TRADUCTION] Au Canada, on reconnaît sans ambages un objet religieux à la législation relative au dimanche; en fait, s'il en était autrement, la compétence fédérale dans ce domaine serait douteuse. Mais, la Cour suprême du Canada affirme qu'il est possible de distinguer l'objet de l'effet et on dit que la loi canadienne relative au dimanche a un effet purement laïque.

## VI

### L'objet et l'effet de la Loi

D'après la jurisprudence, il n'est tout simplement pas possible de conclure que la *Loi sur le dimanche* a un objet laïque. L'objet religieux qu'elle poursuit, en rendant obligatoire l'observance du dimanche, est établi depuis longtemps et a été constamment confirmé par les tribunaux de notre pays.

Le procureur général de l'Alberta reconnaît que la Loi se caractérise par son objet religieux. Il soutient toutefois que c'est non pas l'objet de la Loi, mais son effet qui est important. Suivant son argument, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, étaye la proposition portant que ce sont uniquement les effets qui doivent être évalués pour déterminer si une loi viole la liberté de religion garantie par la Constitution.

Je ne puis être d'accord. À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssées dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compé-



ture's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

This approach to the relevance of purpose and effect is explicit in the American cases. In *McGowan v. Maryland*, *supra*, Chief Justice Warren stated at p. 453:

We do not hold that Sunday legislation may not be a violation of the "Establishment" Clause if it can be demonstrated that its purpose—evidenced either on the face of the legislation, in conjunction with its legislative history, or in its operative effect—is to use the State's coercive power to aid religion.

Similarly, in *Braunfeld v. Brown*, *supra*, he wrote at p. 607:

Of course, to hold unassailable all legislation regulating conduct which imposes solely an indirect burden on the observance of religion would be a gross oversimplification. If the purpose or effect of a law is to impede the observance of one or all religions or is to discriminate invidiously between religions, that law is constitutionally invalid even though the burden may be characterized as being only indirect. But if the State regulates conduct by enacting a general law within its power, the purpose and effect of which is to advance the State's secular goals, the statute is valid despite its indirect burden on religious observance unless the State may accomplish its purpose by means which do not impose such a burden.

I would note that this approach would seem to have been taken by this Court, in its unanimous decision in *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66. When the Court looked for an obvious example of legislation that constituted a total negation of a right guaranteed by the *Charter*, and

tence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Ce point de vue quant à l'importance de l'objet et de l'effet d'une loi est explicite dans la jurisprudence américaine. Dans l'arrêt *McGowan v. Maryland*, précité, le juge en chef Warren affirme, à la p. 453:

[TRADUCTION] Nous ne concluons pas qu'une loi relative au dimanche ne peut pas enfreindre la clause du «non-établissement d'une religion» s'il est possible de démontrer que son objet—peu importe qu'il ressorte de la lecture de la loi et de son historique législatif, ou encore de ses effets—est de mettre le pouvoir coercitif de l'État au service de la religion.

De même, il écrit à la p. 607 de l'arrêt *Braunfeld v. Brown*, précité:

[TRADUCTION] Bien sûr, il serait bien trop simpliste de mettre à l'abri de toute attaque l'ensemble des lois réglementant la conduite des gens lorsque celles-ci n'entravent qu'indirectement la pratique de la religion. Si une loi a pour objet ou pour effet d'entraver la pratique de quelque religion que ce soit, ou de faire des distinctions injustes entre les religions, cette loi est inconstitutionnelle même si l'entrave en question peut être qualifiée de purement indirecte. Mais, si l'État réglemente la conduite des gens par l'adoption d'une loi de portée générale relevant de sa compétence, qui a pour objet et pour effet de promouvoir les objectifs laïques de l'État, cette loi est valide même si elle entrave indirectement l'observance religieuse, à moins que l'État ne puisse réaliser son objet par des moyens qui ne comportent pas une telle entrave.

Je remarque que la Cour semble avoir adopté ce point de vue dans son arrêt unanime *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66. En cherchant un exemple clair d'une loi qui niait totalement un droit garanti par la *Charte* et à laquelle, par conséquent, la restriction énoncée à

therefore one to which the limitation in s. 1 of the *Charter* could not apply, it recited the following hypothetical at p. 88:

An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a State religion would be in direct conflict with s. 2(a) of the *Charter*, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by s. 1.

If the acknowledged purpose of the *Lord's Day Act*, namely, the compulsion of sabbatical observance, offends freedom of religion, it is then unnecessary to consider the actual impact of Sunday closing upon religious freedom. Even if such effects were found inoffensive, as the Attorney General of Alberta urges, this could not save legislation whose purpose has been found to violate the *Charter's* guarantees. In any event, I would find it difficult to conceive of legislation with an unconstitutional purpose, where the effects would not also be unconstitutional.

*Robertson and Rosetanni, supra*, cannot be of assistance for the simple reason that, in applying an interpretive standard of statutory weight, the application and not the constitutionality of the legislation was in issue. This was recognized by the majority when, at p. 657, it held that the effect rather than the purpose of legislation fell to be assessed, because it was testing not the *vires* of the legislation, but whether its "application" offended religious freedom.

Furthermore, the reliance upon effect to the exclusion of purpose in *Robertson and Rosetanni, supra*, has been severely criticized: see for example, Laskin, "Freedom of Religion and the Lord's Day Act" (1964), 42 *Can. Bar Rev.* 147; Finkelstein, "The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication" (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267; Cotler, "Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion", in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Tarnopolsky and Beaudoin eds., *supra*, 123, at pp. 201-207. Many of these criticisms are telling.

l'art. 1 de la *Charte* était inapplicable, elle a cité le cas hypothétique suivant, à la p. 88:

Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2a) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1.

Si l'objet reconnu de la *Loi sur le dimanche*, savoir rendre obligatoire l'observance du sabbat, porte atteinte à la liberté de religion, il n'est pas nécessaire alors d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Même si ces effets étaient jugés inoffensifs, comme le préconise le procureur général de l'Alberta, cela ne pourrait permettre de sauver une loi dont on a conclu que l'objet viole les garanties de la *Charte*. En tout état de cause, il me serait difficile de concevoir une loi qui aurait un objet inconstitutionnel et dont les effets ne seraient pas eux aussi inconstitutionnels.

L'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être utile pour la simple raison qu'en appliquant une norme d'interprétation de la portée d'une loi, ce qui est en cause est non pas la constitutionnalité de cette loi mais son application. La Cour à la majorité a reconnu cela lorsqu'elle a conclu, à la p. 657, que c'était l'effet de la loi plutôt que son objet qu'il fallait évaluer étant donné qu'elle vérifiait non pas la validité de cette loi, mais plutôt si son «application» portait atteinte à la liberté de religion.

De plus, l'importance attachée à l'effet au détriment de l'objet dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, a été vivement critiquée: voir par exemple, Laskin, «Freedom of Religion and the Lord's Day Act» (1964), 42 *R. du B. can.* 147; Finkelstein, «The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication» (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267; Cotler, «Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion», dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Tarnopolsky et Beaudoin eds., précité, 123, aux pp. 201 à 207. Un bon nombre de ces critiques sont révélatrices.

In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

A second related submission is made by the Attorney General of Saskatchewan with respect to the characterization of the *Lord's Day Act*. Both Stevenson, Prov. Ct. J., at trial, and the American Supreme Court, in its quartet on Sunday observance legislation, suggest that the purpose of legislation may shift, or be transformed over time by changing social conditions. This submission is related to the argument that the emphasis should be on "effects" rather than "purposes". It is urged that courts, in ignoring the religious motivation for the legislation as well as its religious terminology are implicitly assessing the legislation's effects rather than the purposes which originally underlay its enactment. (See, for example, Frankfurter J. in *McGowan v. Maryland*, *supra*, at p. 466.) A number of objections can be advanced to this "shifting purpose" argument.

First, there are the practical difficulties. No legislation would be safe from a revised judicial assessment of purpose. Laws assumed valid on the basis of persuasive and powerful authority could, at any time, be struck down as invalid. Not only would this create uncertainty in the law, but it would encourage re-litigation of the same issues and, it could be argued, provide the courts with a

Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Le procureur général de la Saskatchewan invoque un second argument connexe au sujet de cette caractérisation de la *Loi sur le dimanche*. Le juge Stevenson de la Cour provinciale, dans la décision qu'il a rendue en première instance, et la Cour suprême des États-Unis, dans ses quatre arrêts portant sur la législation relative à l'observance du dimanche, laissent tous les deux entendre que l'objet d'une loi peut changer ou se transformer avec le temps en fonction de l'évolution des conditions sociales. Cet argument s'apparente à celui portant qu'il faut mettre l'accent sur les «effets» plutôt que sur l'«objet». On fait valoir que les tribunaux, en faisant abstraction des motifs religieux qui sous-tendent la législation et de la terminologie religieuse qui y est utilisée, évaluent implicitement les effets de la législation plutôt que l'objet visé au moment de son adoption. (Voir, par exemple, le juge Frankfurter dans l'arrêt *McGowan v. Maryland*, précité, à la p. 466.) Un certain nombre d'objections peuvent être soulevées à l'encontre de cet argument de l'«objet changeant».

Tout d'abord, il se présente des difficultés d'ordre pratique. Aucune loi ne serait alors à l'abri d'une réévaluation de son objet par les tribunaux. Des lois dont la validité semblait incontestablement établie par la jurisprudence pourraient, à n'importe quel moment, être déclarées invalides. Sans compter l'incertitude qui en résulterait dans l'application de la loi, cela ouvrirait la voie à de

means by which to arrive at a result dictated by other than legal considerations. It could effectively end the doctrine of *stare decisis* in division of power cases. This concern underlay the judgment of Viscount Simon in *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193, at p. 206, wherein he refused to re-characterize the *Canada Temperance Act*, R.S.C. 1927, c. 196:

... on constitutional questions it must be seldom indeed that the Board would depart from a previous decision which it may be assumed will have been acted on both by governments and subjects. In the present case the decision now sought to be overruled has stood for over sixty years; the Act has been put into operation for varying periods in many places in the Dominion; under its provisions businesses must have been closed, fines and imprisonments for breaches of the Act have been imposed and suffered.

Furthermore, the theory of a shifting purpose stands in stark contrast to fundamental notions developed in our law concerning the nature of "Parliamentary intention". Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

As Laskin C.J. has suggested in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at p. 951, "new appreciations" and "re-assessments" may justify a re-interpretation of the scope of legislative power. While this may alter over time the breadth of the various heads of power and thereby affect the classification of legislation, it does not affect the characterization of the purpose of legislation, in this case the *Lord's Day Act*. As the Law Reform Commission of Canada observed in its *Report on Sunday Observance* (1978), at p. 42:

nouveaux litiges sur les mêmes questions et fournirait aux tribunaux, pourrait-on soutenir, un moyen de rendre des décisions fondées sur des considérations non juridiques. Cela pourrait, en réalité, mettre fin à l'application de la doctrine du *stare decisis* aux affaires portant sur le partage des pouvoirs. Cette préoccupation est à la base de l'arrêt rendu par le vicomte Simon dans l'affaire *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193, où il refuse, à la p. 206, d'attribuer un caractère différent à la *Loi de tempérance du Canada*, S.R.C. 1927, chap. 196:

[TRADUCTION] ... sur des questions d'ordre constitutionnel, il convient en vérité que la chambre ne s'écarte que très rarement d'une décision précédente, dont il est permis de supposer qu'elle a servi de fondement aux actes du gouvernement aussi bien qu'à ceux des sujets. En l'espèce, la décision à laquelle on voudrait aujourd'hui passer outre fait jurisprudence depuis plus de soixante ans; la loi a été mise en œuvre pendant diverses périodes dans nombre d'endroits du Dominion; des entreprises ont été contraintes de fermer leurs portes en vertu de ses dispositions, des amendes et des périodes d'emprisonnement ont été imposées en raison de la violation de cette loi et les sentences ont été exécutées.

De plus, la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de «l'intention du législateur». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Comme le laisse entendre le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, à la p. 951, l'«évolution et la «réévaluation» dues à de nouvelles situations sociales peuvent justifier une nouvelle interprétation de l'étendue du pouvoir législatif. Même si un tel phénomène peut, avec le temps, contribuer à modifier la portée des différents chefs de compétence et à changer ainsi la classification d'une loi, cela ne modifie aucunement la caractérisation de l'objet de la loi qui, en l'espèce, est la *Loi sur le dimanche*. Comme le souligne la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 50 de son *Rapport sur l'observance du dimanche* (1978):

While the Supreme Court has never said so explicitly, it would seem apparent that any recharacterization of the *Lord's Day Act* in a modern context so as to provide a clarification of the province's role with respect to Sunday legislation is a task the Parliament of Canada and the provincial legislatures will have to take up directly.

While the effect of such legislation as the *Lord's Day Act* may be more secular today than it was in 1677 or in 1906, such a finding cannot justify a conclusion that its purpose has similarly changed. In result, therefore, the *Lord's Day Act* must be characterized as it has always been, a law the primary purpose of which is the compulsion of sabbatical observance.

## VII

### Freedom of Religion

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit

Même si la Cour suprême ne l'a jamais dit expressément, il semblerait manifeste que toute nouvelle caractérisation de la *Loi sur le dimanche* dans un contexte moderne, de façon à clarifier le rôle des provinces relativement à la législation sur le dimanche, est une tâche que le Parlement du Canada et les législatures provinciales devraient prendre en main directement.

Bien que l'effet d'une loi comme la *Loi sur le dimanche* puisse être plus laïque aujourd'hui qu'il ne l'était en 1677 ou en 1906, cela ne peut permettre de conclure que son objet a changé pareillement. En définitive, la *Loi sur le dimanche* doit donc être qualifiée, comme elle l'a toujours été, de loi qui a principalement pour objet de rendre obligatoire l'observance du dimanche.

## VII

### La liberté de religion

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de

alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority".

To the extent that it binds all to a sectarian Christian ideal, the *Lord's Day Act* works a form of coercion inimical to the spirit of the *Charter* and the dignity of all non-Christians. In proclaiming the standards of the Christian faith, the Act creates a climate hostile to, and gives the appearance of discrimination against, non-Christian Canadians. It takes religious values rooted in Christian morality and, using the force of the state, translates them into a positive law binding on believers and non-believers alike. The theological content of the legislation remains as a subtle and constant reminder to religious minorities within the country of their differences with, and alienation from, the dominant religious culture.

Non-Christians are prohibited for religious reasons from carrying out activities which are otherwise lawful, moral and normal. The arm of the state requires all to remember the Lord's day of the Christians and to keep it holy. The protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity.

I agree with the submission of the respondent that to accept that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural

sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de «tyrannie de la majorité».

Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la *Charte* et à la dignité de tous les non-chrétiens. En retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. Elle fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'État, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Le contenu théologique de la Loi est un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante.

Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. L'État exige de tous qu'ils se souviennent du jour du Seigneur des chrétiens et qu'ils le sanctifient. Or, protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société.

Je suis d'accord avec l'argument de l'intimée qui porte que reconnaître au Parlement le droit d'imposer l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisa-

heritage of Canadians. To do so is contrary to the expressed provisions of s. 27, which as earlier noted reads:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

As Mr. Justice Laycraft wrote at p. 642:

Whatever the origins of the division of belief, it is indisputable that there can now be seen among Canadians different deeply held beliefs of religion and conscience on this subject. One group, probably the majority, accepts Sunday as the Lord's Day. Another group consisting of those of the Jewish faith, and Sabbatarians whose religious beliefs do not accept Sunday as the Lord's Day distinct from Sabbath on the seventh day of the week, believe in Saturday as their holy day. Canadians of the Muslim religion observe Friday as their holy day. Some Canadians who have no theistic belief, while perhaps accepting the concept of a day for rest and recreation, object to the enforcement of a Christian Sunday.

If I am a Jew or a Sabbatarian or a Muslim, the practice of my religion at least implies my right to work on a Sunday if I wish. It seems to me that any law purely religious in purpose, which denies me that right, must surely infringe my religious freedom.

Professor Barron, in the *Harvard Law Review* article to which I have referred, speaks at p. 53, of the dissent of Cartwright J. in *Robertson and Rosetanni*:

For the Justice, Sunday has a very special and ceremonial significance in our culture, because of the religious meaning that has historically attached to the day. It is enforced homage to that religious Sunday of history that constitutes a forced abandonment of one of the precepts of the Sabbatarian's religion: the belief that only the Sabbath is a day of rest proclaimed by God. It is this homage that constitutes a burden on the free exercise of his religion. The Sabbatarian, the agnostic, and the indifferent Christian may not be required to observe Sunday in church; neither should they be compelled to acknowledge that day as a religious idea. The legislature may be able to divorce the secular Sunday from the religious Sunday of history, but the Orthodox Jew, the Seventh Day Adventist, and the atheist cannot.

tion du patrimoine multiculturel des Canadiens. Cela est donc contraire aux dispositions expresses de l'art. 27 qui, comme nous l'avons déjà vu, est ainsi rédigé:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Comme l'affirme le juge Laycraft, à la p. 642:

[TRADUCTION] Quelles qu'en soient les origines, il est maintenant incontestable que, sur cette question, il existe chez les Canadiens des divergences d'opinions profondes fondées sur la religion et sur la conscience. Un groupe, qui constitue probablement la majorité, considère le dimanche comme le jour du Seigneur. Un autre groupe, composé des juifs et des sabbataires qui n'acceptent pas le dimanche comme jour du Seigneur distinct du sabbat célébré le septième jour de la semaine, observent le samedi comme jour sacré. Quant aux Canadiens de religion musulmane, leur jour sacré est le vendredi. Certains Canadiens athées acceptent peut-être le concept d'un jour de repos et de détente, mais s'opposent à ce que ce jour soit obligatoirement le dimanche des chrétiens.

Si je suis juif, sabbataire ou musulman, la pratique de ma religion implique à tout le moins le droit de travailler le dimanche si je le veux. Il me semble que toute loi ayant un objet purement religieux qui me prive de ce droit doit sûrement porter atteinte à ma liberté de religion.

À la page 53 de l'article publié dans le *Harvard Law Review*, que j'ai déjà mentionné, le professeur Barron parle de la dissidence du juge Cartwright dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*:

[TRADUCTION] Selon le juge, le dimanche revêt une importance cérémoniale toute particulière dans notre culture en raison du sens religieux qui a été historiquement attaché à ce jour. C'est l'observance obligatoire de ce dimanche religieux de l'histoire qui force le sabbataire à déroger à l'un des préceptes de sa religion, savoir que seul le sabbat est le jour de repos prescrit par Dieu. C'est cette observance qui constitue une entrave au libre exercice de sa religion. On ne peut obliger le sabbataire, l'agnostique et le chrétien non pratiquant à observer le dimanche à l'église; ils ne devraient pas être tenus non plus de reconnaître à ce jour un caractère religieux. Le législateur peut être en mesure de distinguer le dimanche laïque du dimanche religieux de l'histoire, mais ce n'est pas le cas pour le juif orthodoxe, l'adventiste du septième jour et l'athée.

The main submission of the Attorney General for Alberta, and the federal and provincial Attorneys General who intervened in his support, is that, regardless of the religious purpose of the *Lord's Day Act*, none of its provisions offends the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. This argument draws on several sources.

(i) The Absence of an "Establishment Clause"

Much of the argument before this Court on the issue of the meaning of freedom of conscience and religion was in terms of "free exercise" and "establishment". These categories derive from the guarantee of freedom of religion in the First Amendment to the Constitution of the United States. The relevant part of the First Amendment reads:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; . . .

It is the appellant's argument that unlike the American *Bill of Rights*, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include an "establishment clause". He urged therefore that the protection of freedom of conscience and religion extends only to the "free exercise" of religion. In the American cases to which I have referred *McGowan v. Maryland*; *Braunfeld v. Brown*; *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*; and *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley, supra*, Sunday observance legislation has been dealt with by a majority of the court as only presenting a potential violation of the anti-establishment principle. It is said to follow from the purported absence of such a principle in the *Charter* that the *Lord's Day Act* does not in any way affect the guarantee in s. 2(a).

In my view this recourse to categories from the American jurisprudence is not particularly helpful in defining the meaning of freedom of conscience and religion under the *Charter*. The adoption in the United States of the categories "establishment" and "free exercise" is perhaps an inevitable consequence of the wording of the First Amendment. The cases illustrate, however, that these are

Le procureur général de l'Alberta ainsi que les procureurs généraux fédéral et provinciaux qui sont intervenus pour l'appuyer font valoir principalement que, indépendamment de l'objet religieux de la *Loi sur le dimanche*, aucune de ses dispositions ne porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Cet argument comporte plusieurs volets.

(i) L'absence d'une «clause de non-établissement d'une religion»

En cette Cour, l'argumentation portant sur la question du sens de l'expression «liberté de conscience et de religion» a été axée en grande partie sur les questions du «libre exercice» et du «non-établissement d'une religion». Ces catégories découlent de la liberté de religion garantie dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis. Le Premier amendement porte notamment:

[TRADUCTION] Le Congrès ne pourra faire aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice . . .

L'appelante prétend qu'à la différence du *Bill of Rights* américain, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne contient pas de «clause de non-établissement d'une religion». Par conséquent, elle soutient que la protection de la liberté de conscience et de religion ne vise que le «libre exercice» de la religion. Dans les arrêts américains *McGowan v. Maryland*, *Braunfeld v. Brown*, *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.* et *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, précités, la Cour à la majorité a jugé que la législation relative à l'observance du dimanche ne constitue qu'une violation potentielle du principe de non-établissement d'une religion. On dit que, puisque ce principe semble absent de la *Charte*, la *Loi sur le dimanche* ne porte aucunement atteinte à la liberté garantie à l'al. 2a).

À mon avis, la jurisprudence américaine ne nous aide pas particulièrement à définir le sens de la liberté de conscience et de religion dans le contexte de la *Charte*. L'adoption aux États-Unis des catégories du «libre exercice» et du «non-établissement d'une religion» constitue peut-être une conséquence inévitable du libellé du Premier amendement. La jurisprudence démontre toutefois qu'il



not two totally separate and distinct categories, but rather, as the Supreme Court of the United States has frequently recognized, in specific instances “the two clauses may overlap”. Indeed, according to Professor Tribe in his leading text-book, *American Constitutional Law* (1978), at p. 815, Sunday closing cases are paradigmatic examples of such overlap. Perhaps even more important is the fact that neither “free exercise” nor “anti-establishment” is a homogeneous category; each contains a broad spectrum of heterogeneous principles. This heterogeneity is reflected in the not infrequent conflict that arises between the two clauses, evident in the opposing views of Harlan J. and Stewart J. in *Sherbert v. Verner*, *supra*. Another recent and particularly telling example of this conflict is *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

Thus while it is true that in its four Sunday closing cases the United States Supreme Court does categorize compulsory religious observance as a potential violation of the “anti-establishment” principle, more frequently and more typically these same words signify the very different principle of the prohibition of preferential treatment of, or state financial support to, particular religions or religious institutions.

In further support for this line of argument the appellant cites s. 29 of the *Charter* quoted earlier, and s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. These provisions were cited as proof of the non-existence of an anti-establishment principle because they guarantee existing rights to financial support from the state for denominational schools. The respondent replies that these express provisions constitute specific and limited exceptions to the general principle of religious freedom which would otherwise prohibit any support or preference to denominational schools. Subsequent cases will decide the extent to which the *Charter* allows for state financial support for, or preferential treatment of, par-

n'existe pas de cloison étanche entre ces deux catégories. Au contraire, la Cour suprême des États-Unis a reconnu à maintes reprises que, dans certains cas, [TRADUCTION] «les deux clauses peuvent se chevaucher». En fait, selon ce que dit le professeur Tribe à la p. 815 de son ouvrage de fond intitulé *American Constitutional Law* (1978), les affaires de fermeture le dimanche fournissent de bons exemples de ce chevauchement. Mais, ce qui est peut-être plus important encore, ni l'un ni l'autre du «libre exercice» et du «non-établissement d'une religion» ne constitue une catégorie homogène; chacun de ces concepts renferme une vaste gamme de principes hétérogènes. Cette hétérogénéité se traduit par la fréquence des conflits qui surgissent entre ces deux clauses, tel qu'il ressort des points de vue opposés exprimés par les juges Harlan et Stewart dans *Sherbert v. Verner*, précité. Un autre exemple récent et particulièrement éloquent de ce conflit est l'arrêt *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

Donc, même s'il est vrai que, dans ses quatre arrêts portant sur la fermeture le dimanche, la Cour suprême des États-Unis qualifie l'observance religieuse obligatoire de violation potentielle du principe de «non-établissement d'une religion», ces mêmes mots servent plus souvent et plus typiquement à désigner le principe tout à fait différent qui interdit à l'État d'accorder un traitement préférentiel à certaines religions ou institutions religieuses ou de les soutenir financièrement.

À l'appui de cet argument, l'appelante invoque en outre l'art. 29 de la *Charte*, précité, et l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On a soutenu que ces dispositions prouvent l'inexistence d'un principe de non-établissement d'une religion, du fait qu'elles garantissent le maintien du droit existant des écoles confessionnelles au soutien financier de l'État. L'intimée, pour sa part, fait valoir que ces dispositions expresses constituent des exceptions précises et de portée restreinte au principe général de la liberté de religion qui, par ailleurs, interdirait aux écoles confessionnelles de bénéficier de quelque soutien financier ou traitement préférentiel que ce soit. Il faudra attendre

tical religions or religious institutions. That issue is not before us in the present case.

Nonetheless, even assuming *arguendo* that the appellants were correct, it does not follow that s. 2(a) is not offended by Sunday observance laws. If I were to accept the notion that the sections cited are proof that there is no constitutional obstacle to such support or preference, that conclusion has no necessary implications for the question of whether the state may constitutionally compel religious behaviour or observance. The fact that both practices are prohibited by the American "anti-establishment" principle offers no support for the contention that the putative lack of prohibition of the one in the Canadian Constitution necessarily imports at the same time permission to do the other.

In my view the applicability of the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion does not depend on the presence or absence of an "anti-establishment principle" in the Canadian Constitution, a principle which can only further obfuscate an already difficult area of the law. The acceptability of legislation or governmental action which could be characterized as state aid for religion or religious activities will have to be determined on a case by case basis.

(ii) "Freedom of Religion" under the Canadian Bill of Rights

The Attorney General for Alberta draws support for his restrictive reading of freedom of conscience and religion from the majority judgment in *Robertson and Rosetanni, supra*. It was the view of Ritchie J. that the meaning of freedom of religion, as recognized by the *Canadian Bill of Rights*, was well described in two excerpts which he set forth, quoted earlier in these reasons, the first from the judgment of Taschereau J. in *Chaput v. Romain, supra*, the second from the judgment of Rand J. in *Saumur v. City of Quebec, supra*.

d'autres affaires pour décider dans quelle mesure la *Charte* permet à l'État de soutenir financièrement certaines religions ou institutions religieuses ou de leur accorder un traitement préférentiel.

<sup>a</sup> Nous ne sommes pas saisis de cette question en l'espèce.

Néanmoins, même à supposer, pour les fins de la discussion, que l'appelante ait raison, il ne s'ensuit pas que les lois relatives à l'observance du dimanche ne contreviennent pas à l'al. 2a). Si je devais accepter que les articles cités prouvent que la Constitution n'interdit pas ce genre de soutien ou de traitement préférentiel, cela ne serait pas nécessairement déterminant quant à la question de savoir si l'État peut constitutionnellement rendre obligatoire une conduite ou observance religieuse. Le fait qu'aux États-Unis le principe du «non-établissement d'une religion» interdit l'une et l'autre pratique n'est d'aucune utilité pour prétendre que la supposée absence d'interdiction de l'une dans la Constitution canadienne emporte nécessairement l'autorisation de se livrer à l'autre.

<sup>e</sup> Selon moi, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte* ne dépend nullement de la présence ou de l'absence dans la Constitution canadienne d'un «principe de non-établissement d'une religion» qui ne peut qu'obscurcir davantage un domaine déjà compliqué du droit. Quant à l'acceptabilité d'une loi ou d'une mesure gouvernementale qui pourrait être qualifiée de contribution de l'État en faveur de la religion ou des activités religieuses, cette question devra être tranchée en fonction de chaque cas particulier.

(ii) La «liberté de religion» selon la Déclaration canadienne des droits

<sup>h</sup> Le procureur général de l'Alberta fonde son interprétation restrictive de la liberté de conscience et de religion sur les motifs de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité. Le juge Ritchie a cité deux extraits, que nous avons déjà reproduits, le premier tiré des motifs du juge Taschereau dans l'arrêt *Chaput v. Romain*, précité, le second tiré des motifs du juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, qui selon lui, décrivaient bien le sens de la liberté de religion reconnue par la *Déclaration canadienne des droits*.

Ritchie J. was of opinion that it was this “complete liberty of religious thought” and “untrammelled affirmation of ‘religious belief’ and its propagation, personal or institutional” which the *Canadian Bill of Rights* recognized under the rubric of “freedom of religion”. On testing the provisions of the *Lord’s Day Act* against this definition he concluded at p. 657:

... I can see nothing in that statute which in any way affects the liberty of religious thought and practice of any citizen of this country. Nor is the “untrammelled affirmations of religious belief and its propagation” in any way curtailed.

It was his view therefore that the *Lord’s Day Act* did not abrogate, abridge or infringe “freedom of religion” as guaranteed by the *Canadian Bill of Rights*.

The appellant contends that “freedom of conscience and religion” as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* has the same meaning as “freedom of religion” as recognized by the *Canadian Bill of Rights* and that Ritchie J. was correct in restricting it to “liberty of religious thought” and untrammelled affirmations of religious belief and its propagation. It follows therefore, in the appellant’s submission, that the *Lord’s Day Act* no more violates the guarantee in s. 2(a) of the *Charter* than it did the analogous guarantee in the *Canadian Bill of Rights*.

I cannot agree with these submissions. In my view the meaning attributed by the majority in *Robertson and Rosetanni, supra*, to the concept of “freedom of religion” under the *Canadian Bill of Rights* depends on the majority’s view of the distinctive nature and status of that document. An examination of the reasoning that underlies the majority’s interpretation demonstrates that it cannot easily be transferred to a constitutional document like the *Charter* and the fundamental guarantees it enshrines.

The basis of the majority’s interpretation in *Robertson and Rosetanni, supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is

Le juge Ritchie s’est dit d’avis que ce que la *Déclaration canadienne des droits* reconnaissait sous la rubrique «liberté de religion» c’était [TRADUCTION] «la plus entière liberté de penser en matière religieuse» et [TRADUCTION] «la possibilité d’affirmer sans contrainte sa «croyance religieuse» et de la propager, à titre personnel ou grâce à des institutions». Se servant de cette définition comme critère pour juger de la validité des dispositions de la *Loi sur le dimanche*, il conclut, à la p. 657:

[TRADUCTION] Je ne puis rien trouver dans cette loi qui porte atteinte à la liberté de croyance et de pratique religieuse d’aucun citoyen de ce pays. «La possibilité d’affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager» n’est d’aucune manière entravée.

Par conséquent, selon le juge Ritchie, la *Loi sur le dimanche* n’avait pas pour effet de supprimer, de restreindre ou d’enfreindre la «liberté de religion» garantie par la *Déclaration canadienne des droits*.

L’appelante soutient que la «liberté de conscience et de religion» garantie par l’al. 2a) de la *Charte* a le même sens que la «liberté de religion» reconnue par la *Déclaration canadienne des droits* et que le juge Ritchie a eu raison d’en restreindre la portée à la «liberté de penser en matière religieuse» et à la possibilité d’affirmer sans contrainte sa croyance religieuse et de la propager. Il s’ensuit donc, selon l’argument de l’appelante, que la *Loi sur le dimanche* ne viole pas plus la liberté garantie à l’al. 2a) de la *Charte* qu’elle ne violait la liberté analogue reconnue dans la *Déclaration canadienne des droits*.

Je ne puis être d’accord avec ces arguments. À mon avis, le sens donné par la Cour à la majorité dans l’arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, au concept de la «liberté de religion» reconnue dans la *Déclaration canadienne des droits* tient à sa perception de la nature et du statut distinctifs de ce document. L’analyse du raisonnement sur lequel repose cette interprétation démontre qu’il peut difficilement s’appliquer à un document constitutionnel comme la *Charte* et aux garanties fondamentales qui y sont enchâssées.

L’interprétation de la Cour à la majorité dans l’arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclara-*

merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are "recognized and declared", including freedom of religion. For Ritchie J. this language dramatically narrowed the possible interpretation of the rights and freedoms enunciated by the *Canadian Bill of Rights*:

It is to be noted at the outset that the *Canadian Bill of Rights* is not concerned with "human rights and fundamental freedoms" in an abstract sense, but rather with such "rights and freedoms" as they existed in Canada immediately before the statute was enacted . . . It is therefore the "religious freedom" then existing in this country that is safe-guarded by the provisions of s. 2 . . . [at p. 654].

It is on this basis that the excerpts from *Chaput v. Romain* and *Saumur v. City of Quebec* were seen to be significant, since they articulate descriptions of religious freedom that, in the words of the majority at p. 655 "were recognized by this Court as existing in Canada before the *Canadian Bill of Rights* and notwithstanding the provisions of the *Lord's Day Act*".

It is not necessary to reopen the issue of the meaning of freedom of religion under the *Canadian Bill of Rights*, because whatever the situation under that document, it is certain that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not simply "recognize and declare" existing rights as they were circumscribed by legislation current at the time of the *Charter's* entrenchment. The language of the *Charter* is imperative. It avoids any reference to existing or continuing rights but rather proclaims in the ringing terms of s. 2 that:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:  
 (a) Freedom of conscience and religion;

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right

*tion canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister. Selon le juge Ritchie, ce langage restreint sensiblement la façon dont il est possible d'interpréter les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits*:

[TRADUCTION] Il faut remarquer tout d'abord que la *Déclaration canadienne des droits* ne s'intéresse pas aux «droits de l'homme et aux libertés fondamentales» dans un sens abstrait, mais à ces droits et libertés qui existaient au Canada juste avant l'adoption de la Loi . . . C'est donc la «liberté de religion» alors existante dans ce pays qui est sauvegardée par les dispositions de l'art. 2 . . . [à la p. 654].

C'est sous cet aspect que les passages tirés des arrêts *Chaput v. Romain* et *Saumur v. City of Quebec*, étaient considérés importants; on y décrivait un concept de la liberté de religion dont, pour reprendre les termes de la Cour à la majorité à la p. 655, [TRADUCTION] «cette Cour avait reconnu l'existence . . . au Canada, avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* et nonobstant la *Loi sur le dimanche*».

Il n'est pas nécessaire de débattre à nouveau la question du sens de la liberté de religion reconnue dans la *Déclaration canadienne des droits* parce que, quel qu'ait pu être le cas sous le régime de celle-ci, il est certain que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne fait pas que «reconnaître et déclarer» l'existence de droits déjà existants dont l'étendue était délimitée par la législation en vigueur au moment de son enchâssement dans la Constitution. Le texte de la *Charte* est impératif. Elle évite de parler de droits existants ou de droits qui continuent d'exister et fait plutôt, à l'art. 2, cette proclamation retentissante:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:  
 a) liberté de conscience et de religion;

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens

was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. For this reason, *Robertson and Rosetanni*, *supra*, cannot be determinative of the meaning of "freedom of conscience and religion" under the *Charter*. We must look, rather, to the distinctive principles of constitutional interpretation appropriate to expounding the supreme law of Canada.

(iii) The Purpose of Protecting Freedom of Conscience and Religion

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

With regard to freedom of conscience and religion, the historical context is clear. As they are relevant to the *Charter*, the origins of the demand

jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. Pour cette raison, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être déterminant quant au sens qui doit être donné à la «liberté de conscience et de religion» garantie par la *Charte*. Il nous faut plutôt recourir aux principes distinctifs d'interprétation constitutionnelle applicables à la loi suprême du Canada.

(iii) L'objectif de protection de la liberté de conscience et de religion

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Quant à la liberté de conscience et de religion, le contexte historique est clair. Pour autant que cela puisse concerner la *Charte*, la revendication de

for such freedom are to be found in the religious struggles in post-Reformation Europe. The spread of new beliefs, the changing religious allegiance of kings and princes, the shifting military fortunes of their armies and the consequent repeated redrawing of national and imperial frontiers led to situations in which large numbers of people—sometimes even the majority in a given territory—found themselves living under rulers who professed faiths different from, and often hostile to, their own and subject to laws aimed at enforcing conformity to religious beliefs and practices they did not share.

English examples of such laws, passed during the Tudor and Stuart periods have been alluded to in the discussion above of the criminal law character of Sunday observance legislation. Opposition to such laws was confined at first to those who upheld the prohibited faiths and practices, and was designed primarily to avoid the disabilities and penalties to which these specific adherents were subject. As a consequence, when history or geography put power into the hands of these erstwhile victims of religious oppression the persecuted all too often became the persecutors.

Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(a) of our *Charter*, the single

cette liberté a son origine dans les conflits religieux qui ont sévi en Europe après la Réforme. La propagation de croyances nouvelles, la conversion de rois et de princes à d'autres religions, les victoires et les revers de leurs armées ainsi que l'instabilité constante des frontières qui en a résulté ont engendré des situations où beaucoup de personnes, parfois même la majorité dans un territoire donné, se sont retrouvées sous la domination de gouvernants qui professaient une foi différente de la leur et souvent hostile à celle-ci, et assujetties à des lois visant à imposer l'observance de croyances et de pratiques religieuses qui leur étaient étrangères.

Dans le cadre de notre étude du caractère de loi en matière criminelle de la législation relative à l'observance du dimanche, nous avons déjà mentionné des exemples de lois de ce genre adoptées en Angleterre à l'époque des Tudor et des Stuart. Au début, seuls s'opposaient à ces lois les adeptes des confessions proscrites et leur opposition avait principalement pour but d'obtenir la suppression des incapacités et des peines dont ils étaient frappés. Par conséquent, lorsque la tournure des événements leur permettait d'accéder au pouvoir, de persécutés, ces anciennes victimes d'oppression religieuse devenaient hélas trop souvent persécuteurs.

Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interrègne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses

integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, s. 2(a) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Reli-

créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2a) de notre Charte, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2a) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historique-

gious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit.

It is the contention of the respondent that the *Lord's Day Act* violates freedom of conscience and religion by coercing the observance of the religious institution of the Christian Sabbath. It is, therefore, important in the appellant's argument that freedom from such coercion forms no part of "freedom of religion" as it has been articulated in the Canadian jurisprudence. The definition of freedom of conscience and religion proposed above, including freedom from compulsory religious observance, corresponds precisely to the description of religious freedom in Canada offered by Taschereau J. in the passage in *Chaput v. Romain, supra*, when he noted that all adherents of various religious faiths are entirely free to think as they wish. This is not to endorse that part of the passage from the judgment of Taschereau J. where he states that religions are on a footing of equality. The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

ment, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outre passe ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a).

e

L'intimée fait valoir que la *Loi sur le dimanche* viole la liberté de conscience et de religion en rendant obligatoire l'observance du sabbat chrétien. Selon l'argument de l'appelante, il importe donc que la protection contre cette coercition ne fasse pas partie de la «liberté de religion» énoncée dans la jurisprudence canadienne. La définition de la liberté de conscience et de religion, dont le droit de ne pas être astreint à l'observance religieuse, que nous avons proposée plus haut correspond exactement à la description de la liberté de religion au Canada que donne le juge Taschereau dans le passage tiré de l'arrêt *Chaput v. Romain*, précité, lorsqu'il souligne que tous les adhérents des diverses confessions religieuses ont la plus entière liberté de penser comme ils le souhaitent. Toutefois, cela ne revient pas à approuver la partie du passage des motifs du juge Taschereau où il affirme que toutes les religions sont sur un pied d'égalité. L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.



The general lack of comment through the cases on the effect of Sunday closing legislation on freedom of religion may be attributable to the fact that, before the passage of the *Canadian Bill of Rights* and the entrenchment of the *Charter*, human rights and freedoms, no matter how fundamental, were constitutionally vulnerable to government encroachment. As Mr. Justice Rand noted in *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 329:

... freedom of speech, religion and the inviolability of the person, are original freedoms which are at once the necessary attributes and modes of self-expression of human beings and the primary conditions of their community life within a legal order.

He also recognized, however, that

[i]t is in the circumscription of these liberties by the creation of civil rights in persons who may be injured by their exercise, and by the sanctions of public law, that the positive law operates. What we realize is the residue inside that periphery. [Emphasis added.]

Canadian law has recognized freedom of religion, though until the *Charter* this principle was subject to statutory law. Nonetheless, some legislation did expressly recognize freedom of religion. As early as 1851, the legislature of the United Canadas enacted the following in *An Act to Repeal an Act as related to Rectories*, 14 & 15 Vict., 1851 (Can.), c. 175:

That the free exercise and enjoyment of Religious Profession and Worship, without discrimination or preference, so as the same be not made an excuse for acts of licentiousness, or a justification of practices inconsistent with the peace and safety of this Province, is by the constitution and laws of this Province allowed to all Her Majesty's subjects within the same.

The preamble stated as follows:

WHEREAS the recognition of legal equality among all Religious Denominations is an admitted principle of Colonial legislation; And whereas in the state and condition of this Province, to which such a principle is peculiarly applicable, it is desirable that the same should receive the sanction of direct Legislative Authority, recognizing and declaring the same as a fundamental principle of our civil polity: . . .

Le mutisme général de la jurisprudence quant à l'effet de la législation relative à la fermeture le dimanche sur la liberté de religion peut s'expliquer par le fait qu'avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* et l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution, les droits et libertés, même les plus fondamentaux, étaient susceptibles d'empiètement de la part du gouvernement. Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, à la p. 329:

[TRADUCTION] ... la liberté de parole et de religion et l'invocabilité de la personne sont des libertés primordiales qui constituent les attributs essentiels de l'être humain, son mode nécessaire d'expression et la condition fondamentale de son existence au sein d'une collectivité régie par un système juridique.

Toutefois, il reconnaît également que:

[TRADUCTION] [c]'est en circonscrivant ces libertés par la création de droits civils au bénéfice des personnes que leur exercice peut léser, et grâce à la sanction du droit public, que le droit positif intervient. Ce qui est fixé, c'est la façon de compartimenter ce qu'il y a à l'intérieur de ce périmètre. [C'est moi qui souligne.]

La liberté de religion a été reconnue en droit canadien quoique, avant l'adoption de la *Charte*, ce principe était assujéti aux lois ordinaires. Néanmoins, certaines lois reconnaissaient expressément la liberté de religion. Dès 1851, la législature de la Province du Canada a adopté *An Act to Repeal an Act as related to Rectories*, 14 & 15 Vict., 1851 (Can.), chap. 175, qui portait notamment:

[TRADUCTION] Que la liberté de religion et la liberté de culte sont accordées, sans distinction ni préférence, à tous les sujets de Sa Majesté habitant cette Province, afin qu'il n'y ait pas de prétexte à la licence ni de justification de pratiques nuisibles à la paix et à la sécurité de ladite Province.

Le préambule est ainsi conçu:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT que l'égalité de toutes les confessions religieuses devant la loi est reconnue comme principe régissant la législation des colonies; considérant en outre que, compte tenu des circonstances et des conditions qui existent dans cette Province, à laquelle ledit principe est particulièrement applicable, il est souhaitable que celui-ci soit sanctionné expressément par un texte législatif reconnaissant et déclarant qu'il s'agit d'un principe fondamental de nos institutions politiques.

Freedom of religion was among those rights protected by the *Canadian Bill of Rights*. It was this guarantee that was the subject of enquiry in *Robertson and Rosetanni, supra*. I have already noted that, for the majority in *Robertson and Rosetanni, supra*, the positive law had circumscribed freedom of religion so as to prevent the *Lord's Day Act* from breaching the guarantee in the *Canadian Bill of Rights*. Notwithstanding its conclusion, however, the majority in that case approved the description of freedom of religion given by Frankfurter J. in *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 653:

Its essence is freedom from conformity to religious dogma, not freedom from conformity to law because of religious dogma. [Emphasis added.]

While the majority apparently interpreted the latter clause as confirming the supremacy of positive law such as the *Lord's Day Act*, its approval of the first clause indicates that absent such legislative incursion freedom of religion would include freedom from compulsory religious observance.

With the entrenchment of the *Charter* the definition of freedom of conscience and religion is no longer vulnerable to legislative incursion. I conclude therefore that a definition of freedom of conscience and religion incorporating freedom from compulsory religious observance is not only in accord with the purposes and traditions underlying the *Charter*; it is also in line with the definition of that concept as found in the Canadian jurisprudence.

Two bases for restricting the scope of s. 2(a) have been suggested by the appellant and his supporting interveners. First was the approach, adopted by Belzil J.A. in the Court below, which maintained that there is no compulsion of religion. Abstention from work on Sunday does not, in itself, have any religious significance. Its effect is, therefore, merely secular.

This argument cannot be accepted for reasons already outlined. Once the purpose has been classi-

La liberté de religion figure parmi les droits protégés par la *Déclaration canadienne des droits*. C'est cette liberté qui était en cause dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni, précité*. J'ai déjà souligné que, selon la Cour à la majorité dans cet arrêt, le droit positif avait circonscrit la liberté de religion de telle sorte que la *Loi sur le dimanche* ne violait pas la garantie donnée dans la *Déclaration canadienne des droits*. Toutefois, nonobstant cette conclusion, la Cour à la majorité a approuvé la façon dont la liberté de religion a été décrite par le juge Frankfurter dans la décision *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 653:

[TRANSDUCTION] En substance, on n'oblige personne à se conformer à une religion donnée, ce qui ne veut pas dire qu'on puisse invoquer sa religion pour échapper à la loi. [C'est moi qui souligne.]

Bien que la majorité ait apparemment estimé que la seconde proposition de cet extrait confirme la suprématie du droit positif, en l'occurrence la *Loi sur le dimanche*, l'approbation donnée à la première proposition démontre qu'en l'absence d'un texte législatif de ce genre la liberté de religion comporte le droit de ne pas être astreint à l'observance religieuse.

Depuis que la *Charte* est enchâssée dans la Constitution, la définition de la liberté de conscience et de religion n'est plus susceptible de modification par voie législative. Je conclus donc qu'une définition de la liberté de conscience et de religion comprenant le droit de ne pas être astreint à l'observance religieuse est compatible non seulement avec les objets et les traditions qui sous-tendent la *Charte*, mais encore avec la définition de ce concept que l'on trouve dans la jurisprudence canadienne.

L'appelante ainsi que les intervenants qui l'appuient ont proposé deux motifs de restreindre la portée de l'al. 2a). Il y a d'abord le point de vue adopté par le juge Belzil de la Cour d'appel, selon lequel aucune contrainte n'est exercée sur le plan religieux. Le fait de s'abstenir de travailler le dimanche n'a en soi aucune importance sur le plan religieux. Son effet est donc purement laïque.

Pour les raisons déjà exposées, cet argument ne peut être retenu. La loi dont l'objet a été classé

fied as offensive, then the legislation cannot be saved by permissible effect. As a result it is unnecessary to determine whether the secular effect here in issue is sufficient, or whether a secular effect could ever be relevant, once a finding has been made that the legislation is invalid by reason of an impermissible purpose.

A second basis for urging a more restricted reading of freedom of conscience and religion was the position of the American courts on Sunday observance legislation. Such legislation has been sustained by the United States Supreme Court, though it has been recognized that such legislation might offend the non-establishment clause of the First Amendment. The absence of such a clause in the *Charter*, it was submitted, indicated that this Court should sustain the *Lord's Day Act*.

Such a finding is not possible, in light of the earlier discussion in these reasons on the relevance of the absence of an anti-establishment provision in s. 2(a) of the *Charter*.

In my view, the guarantee of freedom of conscience and religion prevents the government from compelling individuals to perform or abstain from performing otherwise harmless acts because of the religious significance of those acts to others. The element of religious compulsion is perhaps somewhat more difficult to perceive (especially for those whose beliefs are being enforced) when, as here, it is non-action rather than action that is being decreed, but in my view compulsion is nevertheless what it amounts to.

I would like to stress that nothing in these reasons should be read as suggesting any opposition to Sunday being spent as a religious day; quite the contrary. It is recognized that for a great number of Canadians, Sunday is the day when their souls rest in God, when the spiritual takes priority over the material, a day which, to them, gives security and meaning because it is linked to

comme étant illégitime ne peut être sauvée même si elle a un effet qui est permis. Par conséquent, du moment que la Loi a été jugée invalide pour le motif que son objet n'est pas permis, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'effet laïque présentement en cause est suffisant ou si un tel effet pourrait jamais avoir de l'importance.

Le second motif invoqué à l'appui d'une interprétation plus restrictive de la liberté de conscience et de religion repose sur la position des tribunaux américains face aux lois relatives à l'observance du dimanche. Tout en confirmant la validité de ces lois, la Cour suprême des États-Unis a reconnu qu'elles pourraient contrevenir à la clause du Premier amendement interdisant l'établissement d'une religion. On fait valoir en l'espèce que, puisque la *Charte* ne contient pas de clause de ce genre, cette Cour doit conclure à la validité de la *Loi sur le dimanche*.

Une telle conclusion n'est pas possible compte tenu de ce que nous avons déjà dit dans les présents motifs au sujet de la pertinence du fait qu'il n'y a pas, à l'al. 2a) de la *Charte*, de clause de non-établissement d'une religion.

À mon avis, la garantie de la liberté de conscience et de religion empêche le gouvernement d'obliger certaines personnes à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir des actes par ailleurs irrépréhensibles simplement à cause de l'importance sur le plan religieux que leur attribuent d'autres personnes. L'élément de contrainte d'ordre religieux est peut-être un peu plus difficilement perceptible (surtout pour ceux dont les croyances sont ainsi imposées), lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, ce qu'on rend obligatoire n'est pas l'accomplissement d'un acte mais l'abstention de l'accomplir. Quoiqu'il en soit, j'estime que cela équivaut à l'exercice d'une contrainte.

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne s'oppose à ce que le dimanche soit observé à titre de jour de caractère religieux; loin de là. Il est reconnu que, pour beaucoup de Canadiens, le dimanche est le jour consacré à Dieu, où le matériel cède le pas au spirituel, un jour qui, étant relié à la création et au Créateur, leur apporte la sécurité et donne un sens à leur vie.

Creation and the Creator. It is a day which brings a balanced perspective to life, an opportunity for man to be in communion with man and with God. In my view, however, as I read the *Charter*, it mandates that the legislative preservation of a Sunday day of rest should be secular, the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion.

In an earlier time, when people believed in the collective responsibility of the community toward some deity, the enforcement of religious conformity may have been a legitimate object of government, but since the *Charter*, it is no longer legitimate. With the *Charter*, it has become the right of every Canadian to work out for himself or herself what his or her religious obligations, if any, should be and it is not for the state to dictate otherwise. The state shall not use the criminal sanctions at its disposal to achieve a religious purpose, namely, the uniform observance of the day chosen by the Christian religion as its day of rest.

On the authorities and for the reasons outlined, the true purpose of the *Lord's Day Act* is to compel the observance of the Christian Sabbath and I find the Act, and especially s. 4 thereof, infringes upon the freedom conscience and religion guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. The answer to the first constitutional question will be in the affirmative.

### VIII

#### Section 1 of the *Charter*

Is the *Lord's Day Act*, and especially s. 4 thereof, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? That is the second question posed.

The appellant submits that even if the *Lord's Day Act* does involve a violation of freedom of conscience and religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, the provisions of the Act constitute a reasonable limit, demonstrably justifiable in a free

C'est un jour qui permet de considérer la vie dans une perspective équilibrée, qui offre à l'homme la possibilité d'être en communion avec ses semblables et avec Dieu. Toutefois, je suis d'avis que la *a* *Charte* édicte que toute loi visant à maintenir le repos dominical doit avoir un caractère laïque et, étant donné la diversité des formes que prennent la croyance et l'incroyance ainsi que les différences socio-culturelles des Canadiens, le Parlement fédéral *b* n'a pas compétence en vertu de la Constitution pour adopter une loi privilégiant une religion au détriment d'une autre.

Peut-être qu'à une époque où l'on croyait encore *c* à l'existence de quelque déité à laquelle toute la collectivité était soumise, l'imposition du conformisme en matière religieuse pouvait constituer un objectif gouvernemental légitime, mais depuis *d* l'adoption de la *Charte* ce n'est plus le cas. La *Charte* reconnaît à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses et l'État ne peut prescrire le contraire. L'État ne doit pas user de sanctions criminelles comme moyen de réaliser un objet religieux, *e* savoir l'observance universelle du jour de repos des chrétiens.

D'après la jurisprudence et pour les motifs déjà exposés, il ressort que l'objet véritable de la *Loi sur le dimanche* consiste à rendre obligatoire l'observance du sabbat chrétien. En conséquence, je conclus que la Loi, et en particulier son art. 4, empiète sur la liberté de conscience et de religion *f* garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. La réponse à la première question constitutionnelle est donc affirmative.

### VIII

#### *h* L'article 1 de la *Charte*

La seconde question constitutionnelle est de savoir si la *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, est justifiée compte tenu de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelante soutient que, même si la *Loi sur le dimanche* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*, ses dispositions imposent à cette liberté une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer

and democratic society on that right and that therefore the Act can be saved pursuant to s. 1 of the *Charter*. In support of this submission the Attorney General for Alberta maintains that public convenience, order and health necessitate standardized working hours and a standardized day of rest. As evidence he cites a study undertaken for the United Nations by Professor Arcot Kreshnaswami. The Attorney General for Canada supplements these arguments with submissions as to the venerable history of the "secondary principle" underlying Sunday observance legislation, namely the provision of a uniform day of rest for labouring people. He also cites numerous statutes enacted in such free and democratic societies as Great Britain, Australia and New Zealand whose purpose is to mandate a compulsory day of rest on Sunday.

At the outset, it should be noted that not every government interest or policy objective is entitled to s. 1 consideration. Principles will have to be developed for recognizing which government objectives are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. Once a sufficiently significant government interest is recognized then it must be decided if the means chosen to achieve this interest are reasonable—a form of proportionality test. The court may wish to ask whether the means adopted to achieve the end sought do so by impairing as little as possible the right or freedom in question.

Two reasons have been advanced to justify the legislation here in issue as a reasonable limit. It can be urged that the choice of the day of rest adhered to by the Christian majority is the most practical. This submission is really no more than an argument of convenience and expediency and is fundamentally repugnant because it would justify the law upon the very basis upon which it is attacked for violating s. 2(a).

The other more plausible argument is that everyone accepts the need and value of a universal day of rest from all work, business and labour and

dans le cadre d'une société libre et démocratique et que, par conséquent, la Loi peut être sauvée en vertu de l'art. 1 de la *Charte*. À l'appui de cet argument, le procureur général de l'Alberta fait valoir que des heures de travail et un jour de repos normalisés sont nécessaires pour des motifs de commodité, d'ordre et de santé publics. Pour prouver ses dires, il cite une étude entreprise pour le compte des Nations unies par le professeur Arcot Kreshnaswami. Le procureur général du Canada renforce ces arguments en invoquant le vénérable «principe secondaire» qui sous-tend les lois sur l'observance du dimanche, savoir l'établissement d'un même jour de repos pour tous les travailleurs. Il cite, en outre, de nombreuses lois que des pays libres et démocratiques comme la Grande-Bretagne, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont adoptées en vue de faire du dimanche un jour de repos obligatoire.

Au départ, il faut souligner que ce n'est pas tout ce qui est dans l'intérêt du gouvernement ni tous les objectifs visés par ses politiques qui se prêtent à un examen en fonction de l'art. 1. Il sera nécessaire d'élaborer des principes qui permettront de déterminer quels objectifs gouvernementaux sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Dès qu'il est reconnu que l'intérêt du gouvernement est suffisamment important, on doit alors décider si les moyens choisis pour réaliser cet intérêt sont raisonnables—une sorte de critère de proportionnalité. La cour peut vouloir se demander si les moyens adoptés pour atteindre la fin recherchée permettent de le faire en portant atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question.

On a soumis deux raisons de considérer que la loi présentement en cause constitue une limite raisonnable. Il est possible de faire valoir que le choix d'un jour de repos qui est celui de la majorité chrétienne est le plus pratique. Il s'agit là d'un argument de pure commodité qui ne saurait en aucun cas être retenu parce qu'il justifierait la Loi par le motif même pour lequel on affirme qu'elle viole l'al. 2a).

L'autre argument plus plausible porte que tous reconnaissent la nécessité et la valeur d'un jour universel de repos loin de tout genre de travail, de

it may as well be the day traditionally observed in our society. I accept the secular justification for a day of rest in a Canadian context and the reasonableness of a day of rest has been clearly enunciated by the courts in the United States of America. The first and fatal difficulty with this argument is, as I have said, that it asserts an objective which has never been found by this Court to be the motivation for the legislation. It seems disingenuous to say that the legislation is valid criminal law and offends s. 2(a) because it compels the observance of a Christian religious duty, yet is still a reasonable limit demonstrably justifiable because it achieves the secular objective the legislators did not primarily intend. The appellant can no more assert under s. 1 a secular objective to validate legislation which in pith and substance involves a religious matter than it could assert a secular objective as the basis for the argument that the legislation does not offend s. 2(a). While there is no authority on this point, it seems clear that Parliament cannot rely upon an *ultra vires* purpose under s. 1 of the *Charter*. This use of s. 1 would invite colourability, allowing Parliament to do indirectly what it could not do directly.

The characterization of the purpose of the Act as one which compels religious observance renders it unnecessary to decide the question of whether s. 1 could validate such legislation whose purpose was otherwise or whether the evidence would be sufficient to discharge the onus upon the appellant to demonstrate the justification advanced.

If a court or tribunal finds any statute to be inconsistent with the Constitution, the overriding effect of the *Constitution Act, 1982*, s. 52(1), is to give the Court not only the power, but the duty, to regard the inconsistent statute, to the extent of the inconsistency, as being no longer "of force or effect". That, in my view, is the position in respect of the *Lord's Day Act*. The answer to the second question will be in the negative.

besogne et d'ouvrage, et qu'autant vaut que ce jour soit celui traditionnellement observé dans notre société. J'accepte la justification laïque d'un jour de repos dans le contexte canadien et les tribunaux des États-Unis d'Amérique ont clairement établi le caractère raisonnable d'un jour de repos. La première difficulté que présente cet argument et qui lui est fatale, est que, comme je l'ai déjà souligné, il invoque un objectif que cette Cour n'a jamais jugé comme ayant motivé la loi en cause. Il semble perfide de dire que la Loi constitue du droit criminel valide et qu'elle va à l'encontre de l'al. 2a) parce qu'elle astreint à l'observance d'un devoir religieux chrétien, tout en constituant une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer du fait qu'elle permet de réaliser un objectif laïque que le législateur ne visait pas au départ. L'appelante ne peut, en vertu de l'art. 1, invoquer un objectif laïque afin de rendre valide une loi qui, de par son caractère véritable, met en jeu une question religieuse, pas plus qu'elle ne pourrait le faire pour justifier l'argument selon lequel la loi ne viole pas l'al. 2a). Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur ce point, il semble évident que le Parlement ne peut se fonder sur un objet inconstitutionnel en vertu de l'art. 1 de la *Charte*. Une telle utilisation de l'art. 1 encouragerait le recours à la législation déguisée en permettant au Parlement de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

Ayant conclu que la Loi a pour objet de rendre obligatoire l'observance religieuse, nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si l'art. 1 pourrait rendre valide une loi de ce genre ayant un objet différent, ni sur celle de savoir si l'appelante a produit une preuve suffisante pour établir la justification qu'elle invoque.

Si un tribunal judiciaire ou administratif juge une loi incompatible avec la Constitution, ce tribunal a, en vertu du caractère prédominant de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévu au par. 52(1), non seulement le pouvoir mais encore l'obligation de considérer comme «inopérantes» les dispositions incompatibles de cette loi. Voilà, selon moi, la position qu'il faut adopter à l'égard de la *Loi sur le dimanche*. La réponse à la seconde question est donc négative.

## IX

Classification

The third question put in issue by this Court is this:

Is the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, and especially s. 4 thereof enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

All members of the Alberta Court of Appeal agreed that settled authority compelled the conclusion that the *Lord's Day Act* was competent to Parliament pursuant to its power to legislate in relation to criminal law under s. 91(27). The appellant and his supporting interveners submit that the Court of Appeal was correct in their conclusion and the respondent concedes the point.

The *Lord's Day Act* has been held "early, regularly and recently" to be in relation to a criminal law matter because, at risk of penalty, it compels the observance of a religious obligation, specifically the preservation of the sanctity of the Christian Sabbath. The *Lord's Day Act* is legislation in relation to a matter which falls within s. 91(27), one of the classes of subjects reserved to the exclusive authority of Parliament, because it is directed towards the maintenance of public order and public morals. As expressed by Rand J. in *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50, the "ordinary but not exclusive ends" of the criminal law are "public peace, order, security, health, morality". There can be no doubt that legislation such as the *Lord's Day Act*, which has as its purpose the compulsion of religious observance, is intended to safeguard public morality.

Whether or not Christianity is part of the common law is relevant to the theoretical question of whether, absent legislation, "Sabbath breaking" would be indictable as a criminal offence in England, where common law crimes still exist. It has no relevance to the correct classification of a statute prohibiting the profanation of the Sabbath, which in England, as in Canada has historically

## IX

Classification

La troisième question constitutionnelle formulée par cette Cour est la suivante:

La *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, et en particulier son art. 4, relève-t-elle du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Tous les membres de la Cour d'appel de l'Alberta ont été d'accord pour dire que, compte tenu de la jurisprudence établie, force leur était de conclure que la *Loi sur le dimanche* relevait du Parlement en raison du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27). L'appelante et les intervenants qui appuient son point de vue soutiennent que la Cour d'appel a eu raison de conclure ainsi, ce que reconnaît d'ailleurs l'intimée.

On a jugé «depuis longtemps, régulièrement et récemment» que la *Loi sur le dimanche* porte sur une matière qui relève du droit criminel du fait qu'elle rend obligatoire, sous peine de sanction, l'observance d'une prescription religieuse, plus précisément la sanctification du sabbat chrétien. Étant donné qu'elle vise à préserver l'ordre et la moralité publics, la *Loi sur le dimanche* porte sur une matière qui relève du par. 91(27) qui énonce l'un des chefs de compétence exclusive du Parlement. Comme l'a affirmé le juge Rand dans *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50, le droit criminel [TRADUCTION] «vise ordinairement mais non exclusivement» à préserver [TRADUCTION] «la paix, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité publics». Il ne fait aucun doute qu'une loi comme la *Loi sur le dimanche*, qui a pour objet de rendre obligatoire l'observance religieuse, vise à préserver la moralité publique.

La question de savoir si le christianisme fait partie de la *common law* est liée à la question théorique de savoir si, en l'absence de législation, l'"observance du sabbat" constituerait une infraction criminelle en Angleterre où les crimes de *common law* existent encore. Cela ne revêt aucune importance pour ce qui est de classer de manière exacte une loi interdisant la profanation du sabbat

been characterized as criminal legislation: see *e.g.* *Henry Birks and Sons, supra*, at p. 813, *per* Rand J. and at pp. 820-22 *per* Kellock J.

The evolution of Canada as a pluralistic, multicultural society, as well as the reference to "God" rather than to an identifiably Christian conception of God can have no bearing either on the characterization of laws aimed at enforcing specifically Christian observances nor on the classification of such legislation as being within Parliament's criminal law power.

It should be noted, however, that this conclusion as to the federal Parliament's legislative competence to enact the *Lord's Day Act* depends on the identification of the purpose of the Act as compelling observance of Sunday by virtue of its religious significance. Were its purpose not religious but rather the secular goal of enforcing a uniform day of rest from labour, the Act would come under s. 92(13), property and civil rights in the province and, hence, fall under provincial rather than federal competence: *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). The answer to the third question will be in the affirmative.

X

### Conclusion

In my view the majority in the Alberta Court of Appeal was correct in its disposition of the issues in this appeal. The *Lord's Day Act* is enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In providing for the compulsory observance of the religious institution of the Sabbath (Sunday), the Act and especially s. 4 thereof does infringe on the guarantee of freedom of conscience and religion in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and this infringement cannot be justified on the basis of s. 1 of the *Charter*. I would declare the *Lord's*

qui, en Angleterre comme au Canada, a été qualifiée historiquement de loi en matière criminelle: voir, par exemple, l'arrêt *Henry Birks and Sons, précité*, le juge Rand, à la p. 813, et le juge Kellock, aux pp. 820 à 822.

L'évolution du Canada en tant que société pluraliste et multiculturelle et la mention de «Dieu» plutôt que d'une conception manifestement chrétienne de Dieu ne peuvent avoir aucune importance ni en ce qui concerne la caractérisation des lois qui visent à imposer des observances spécifiquement chrétiennes, ni en ce qui a trait à leur classification comme lois relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

Cependant, il faut souligner que cette conclusion quant à la compétence législative du Parlement fédéral pour adopter la *Loi sur le dimanche* repose sur le fait que l'objet de la Loi a été identifié comme étant de rendre obligatoire l'observance du dimanche en raison de son importance sur le plan religieux. Si, par contre, la Loi avait non pas un objet religieux, mais pour objet laïque d'imposer à tous un même jour de repos, elle relèverait alors du par. 92(13) portant sur la propriété et les droits civils dans la province, et serait donc du ressort provincial plutôt que fédéral: *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). La réponse à la troisième question est affirmative.

g

X

### Conclusion

À mon avis, la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a eu raison de trancher comme elle l'a fait les questions en litige dans le présent pourvoi. La *Loi sur le dimanche* a été adoptée conformément à la compétence en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En prévoyant l'observance obligatoire de l'institution religieuse du sabbat (dimanche), la Loi, et en particulier son art. 4, empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cet empiètement ne peut être justifié



*Day Act* to be of no force or effect, by reason of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I would consequently dismiss the appeal, with costs, and answer the questions posed in the following manner:

- (1) The *Lord's Day Act*, and especially s. 4 thereof, does infringe upon the freedom of conscience and religion guaranteed in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- (2) The *Lord's Day Act*, and especially s. 4 thereof, is not justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- (3) The *Lord's Day Act*, and especially s. 4 thereof is enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—The issue to be addressed on this appeal is the constitutional validity of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, having regard in particular to its impact on the guarantee of freedom of conscience and religion entrenched in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In his reasons for judgment Dickson J. (Chief Justice at the date of the judgment) has canvassed in a most thorough fashion all the substantive questions entailed in the analysis of constitutionality and has come to the conclusion that the *Lord's Day Act* is validly enacted pursuant to the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. He has concluded, however, that it infringes upon the right to freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter* and that such infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I agree with those conclusions and the only issue I wish to address in these reasons is the appropriate analytic approach to a *Charter* case, in a word, the distinction between the analysis demanded by the *Charter* and the analysis traditionally pursued in resolving division of powers litigation under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

compte tenu de l'art. 1 de la *Charte*. Je suis d'avis de déclarer la *Loi sur le dimanche* inopérante en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de donner aux questions posées les réponses suivantes:

- (1) La *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- (2) La *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, n'est pas justifiée compte tenu de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- (3) La *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, relève du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, compte tenu particulièrement de ses répercussions sur la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans ses motifs de jugement, le juge Dickson (Juge en chef à la date du jugement) a procédé à une étude exhaustive de chacune des questions de fond que comporte l'analyse de la constitutionnalité d'un texte législatif et est arrivé à la conclusion que la *Loi sur le dimanche* a été validement adoptée conformément au pouvoir en matière de droit criminel que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement. Il a conclu cependant qu'elle empiète sur le droit à la liberté de religion énoncé à l'al. 2a) de la *Charte* et qu'un tel empiètement ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je souscris à ces conclusions et l'unique point que j'ai l'intention d'aborder ici concerne la méthode analytique à utiliser dans le cas d'une affaire qui relève de la *Charte*, en un mot, la distinction entre le genre d'analyse exigée par la *Charte* et la méthode d'analyse traditionnellement employée pour trancher les litiges portant sur le partage des compétences effectué par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

It is, of course, trite law that the analytic starting point in a division of powers case is the determination of the “pith and substance” of the challenged enactment. In the words of Professor Bora Laskin (as he then was) the court endeavours to achieve a “distillation of the ‘constitutional value’ represented by the challenged legislation . . . and its attribution to a head of power”: Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3rd ed. 1969), p. 85. This distillation is achieved through an examination of the primary legislative purpose with a view to distinguishing the central thrust of the enactment from its merely incidental effects. As Professor Hogg points out, identification of the purpose of an impugned piece of legislation is a way of assessing whether, in terms of ss. 91 and 92, the enacting government has pursued a function within the class of subject matters in relation to which it can validly legislate or function as a government: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), pp. 80-81, 85.

When viewed in this way it becomes evident that the primary legislative purpose must be abstracted from the broader spectrum of legislative effects. Given that the heads of powers listed in ss. 91 and 92 are not water-tight compartments, the “pith and substance” approach, concentrating as it does on the analysis of legislative purpose and generally ignoring incidental effects, is essential for a functional delineation of the constitutional jurisdiction of the two tiers of government. Thus, for example, a provincial legislature can legislate in relation to taxation within the province despite the impact of such a tax on a federally regulated subject-matter such as the banking industry: *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.) Similarly, the federal government can validly enact legislation for the purpose of creating a national capital region in Ottawa despite the evident impact of such legislation on property and civil rights in the province: *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663.

The division of powers jurisprudence is replete with instances where the analytic focal point in determining whether a given piece of legislation is

Bien sûr, il est de droit constant que, dans une affaire relative au partage des compétences, l'analyse doit commencer par la détermination du «caractère véritable» du texte législatif attaqué. Comme le disait le professeur Bora Laskin (tel était alors son titre), la cour tente [TRADUCTION] «d'extraire la valeur constitutionnelle de la loi attaquée . . . et de la classer sous un chef de compétence législative»: Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3<sup>rd</sup> ed., 1969), à la p. 85. On réalise cette extraction par un examen de l'objet premier de la loi afin de distinguer la portée principale de cette loi de ses effets purement secondaires. Le professeur Hogg fait remarquer que l'identification de l'objet d'une loi contestée est une façon d'établir si, aux fins des art. 91 et 92, le législateur a exercé une fonction qui relève d'un domaine sur lequel il peut valablement légiférer ou agir en tant que gouvernement: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), aux pp. 80 à 81 et 85.

Considéré sous cet angle, il devient évident que l'objet premier d'une loi doit être dégagé de l'éventail plus large de ses effets. Puisqu'il n'existe pas de cloison étanche entre les différents chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92, la méthode fondée sur le «caractère véritable», qui met l'accent sur l'analyse de l'objet de la loi tout en faisant, de façon générale, abstraction des effets secondaires, est essentielle pour une délimitation pratique de la compétence constitutionnelle de chacun des deux paliers de gouvernement. Ainsi, par exemple, une législature provinciale peut légiférer relativement à la taxation dans les limites de la province, malgré les répercussions qu'une telle taxe peut avoir sur un domaine, tel que l'industrie bancaire, qui est du ressort fédéral: *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.) De même, le gouvernement fédéral peut valablement adopter une loi visant à créer une région de la capitale nationale à Ottawa, et ce, malgré l'incidence évidente d'une telle loi sur la propriété et les droits civils dans la province: *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663.

La jurisprudence relative au partage des compétences regorge de cas où l'objet premier ou la fonction première d'une loi est au centre d'une

*ultra vires* the enacting legislature is the purpose or primary function of the legislation. Only when the effects of the legislation so directly impinge on some other subject matter as to reflect some alternative or ulterior purpose do the effects themselves take on analytic significance: see, e.g. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.) As indicated by Locke J. in *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713, the effects of an impugned statute are important in the division of powers analysis only in so far as they serve to reflect the underlying statutory purpose and thereby its primary function.

Nowhere is this analytic focus on purpose more clearly stated than in those pre-Charter division of powers cases in which legislation was being attacked as impinging on the civil liberties of the subject. For example, in *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383, a provincial statute prohibiting communal ownership of land was upheld as valid legislation pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* despite its impact on members of the Hutterite faith whose existence as a religious community was dependent on such communal land holdings. Martland J. acknowledged that legislation in relation to religion and religious freedom was exclusively within the domain of the federal Parliament. He also recognized that it was essential to the Hutterite faith that communal colonies be permitted to exist. Accordingly, any legislative prohibition in this regard would touch upon a fundamental religious tenet of the Hutterite community. He then went on to reason that "the [provincial] legislation in question here undoubtedly affects the future expansion and creation of Hutterite colonies in Alberta, but that does not mean it was enacted in relation to the matter of religion". The direct impact on a religious practice was seen as incidental to the *intra vires* purpose of the legislation and therefore did not enter into the constitutional char-

analyse visant à déterminer si ladite loi excède les pouvoirs du corps législatif qui l'a adoptée. Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse: voir, par ex. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.) Comme l'a souligné le juge Locke dans l'arrêt *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713, les effets d'une loi contestée sont importants dans le cadre d'une analyse fondée sur le partage des compétences dans la mesure seulement où ils reflètent l'objet fondamental de la loi et, par voie de conséquence, sa fonction première.

Nulle part cette analyse axée sur l'objet de la loi ne reçoit-elle d'expression plus claire que dans les décisions relatives au partage des compétences, rendues antérieurement à l'adoption de la *Charte*, où les lois en cause étaient attaquées pour le motif qu'elles portaient atteinte aux libertés individuelles. Par exemple, dans l'arrêt *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, une loi provinciale interdisant la propriété collective de terres à été jugée valide en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, malgré ses répercussions les Huttérites dont l'existence en tant que communauté religieuse dépendait de ce genre de propriété collective. Le juge Martland a reconnu qu'il appartenait exclusivement au Parlement fédéral de légiférer en matière de religion et de liberté religieuse. Il a reconnu en outre qu'il était indispensable pour les Huttérites que l'existence de colonies fondées sur la propriété collective soit permise. Il s'ensuivait que toute loi établissant une interdiction à cet égard toucherait à un précepte religieux fondamental de la communauté huttérite. Poussant plus avant son raisonnement, le juge Martland a exprimé l'avis que [TRADUCTION] «la loi [provinciale] présentement en cause aura indubitablement une incidence sur l'expansion et la création futures de colonies huttérites en Alberta, mais il ne s'agit pas pour autant d'une loi en matière religieuse». L'incidence directe de la Loi sur une pratique religieuse a été considérée comme accessoire à son objet constitutionnel, et, par conséquent, point n'était besoin d'en tenir compte

acterization of the legislative purpose embodied in the statute. Mr. Justice Martland stated at p. 392:

It is a function of a provincial legislature to enact those laws which govern the holding of land within the boundaries of that province. It determines the manner in which land is held. It regulates the acquisition and disposition of such land, and, if it is considered desirable in the interests of the residents in that province, it controls the extent of the land holdings of a person or group of persons. The fact that a religious group upholds tenets which lead to economic views in relation to land holding does not mean that a provincial legislature, enacting land legislation which may run counter to such views, can be said, in consequence, to be legislating in respect of religion and not in respect to property.

A similar approach was taken in *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 S.C.R. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87 (P.C.); and *Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349.

In my view, the constitutional entrenchment of civil liberties in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* necessarily changes the analytic approach the courts must adopt in such cases. As Chief Justice Burger indicated in the celebrated anti-discrimination case of *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970), at p. 432, the starting point for any analysis of a civil rights violation is "the consequences of [discriminatory] employment practices, not simply the motivation". Speaking in the context of equality rights as they pertain to employment, Burger C.J. stated at p. 432:

... good intent or absence of discriminatory intent does not redeem employment procedures or testing mechanisms that operate as "built-in headwinds" for minority groups . . . .

While it remains perfectly valid to evaluate the purpose underlying a particular enactment in order to determine whether the legislature has acted within its constitutional authority in division of powers terms, the *Charter* demands an evaluation of the impingement of even *intra vires* legislation on the fundamental rights and freedoms of the

dans la caractérisation constitutionnelle de l'objet de cette loi. Le juge Martland affirme, à la p. 392:

[TRADUCTION] Il appartient à la législature d'une province d'adopter des lois régissant la propriété de terres dans les limites de ladite province. C'est la législature qui établit le mode de possession des terres. C'est également la législature qui réglemente l'acquisition et l'aliénation de ces terres et qui, si cela est jugé souhaitable dans l'intérêt des résidents de la province, contrôle l'étendue des possessions foncières d'une personne ou d'un groupe de personnes. Le fait qu'un groupe religieux a une doctrine qui mène à des vues économiques sur la propriété de la terre ne signifie pas que l'on peut dire qu'une législature provinciale légifère sur la religion et non sur la propriété en décrétant une législation agraire qui peut contrarier ces vues.

Un point de vue semblable a été adopté dans les arrêts *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 R.C.S. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87 (P.C.) et *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349.

Selon moi, l'enchâssement des libertés individuelles dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, partant, dans la Constitution, oblige nécessairement les tribunaux à changer de méthode analytique dans de tels cas. Comme le disait le juge en chef Burger dans la cause célèbre en matière de discrimination *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970), à la p. 432, toute analyse d'une violation des droits civils doit avoir pour point de départ [TRADUCTION] «les conséquences des pratiques d'emploi [discriminatoires], et non pas simplement leur motivation». Abordant la question des droits à l'égalité en matière d'emploi, le juge en chef Burger déclare, à la p. 432:

[TRADUCTION] ... de bonnes intentions ou l'absence d'intention discriminatoire n'ont pas pour effet de légitimer des procédures en matière d'emploi ou des méthodes d'évaluation qui constituent pour les minorités des «obstacles inhérents» . . .

Bien qu'il soit parfaitement acceptable d'évaluer l'objet fondamental d'une loi donnée afin de déterminer si le législateur a agi dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, il reste que la *Charte* exige une évaluation de l'empiétement d'une loi, même constitutionnelle, sur les libertés et les droits individuels fondamentaux. La

individual. It asks not whether the legislature has acted for a purpose that is within the scope of the authority of that tier of government, but rather whether in so acting it has had the effect of violating an entrenched individual right. It is, in other words, first and foremost an effects-oriented document.

In *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, this Court had occasion to assess the constitutionality of s. 73 of Quebec's *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, which imposed restrictions on those children who could receive English language education in the province. It was alleged that the provision violated minority language education rights entrenched in s. 23 of the *Charter*. Although much of the discussion in that case centred upon the question of the applicability of s. 1 of the *Charter*, the argument was made that s. 73 could not possibly have been intended to represent a violation of s. 23 of the *Charter of Rights* since the *Charter* had not come into existence when s. 73 was drafted. In its unanimous reasons for decision, this Court dismissed that argument somewhat summarily, stating at pp. 87-88:

... but its [the Quebec Legislature's] intent is not relevant. What matters is the effective nature and scope of s. 73 in light of the provisions of the *Charter*, whenever the section was enacted.

It seems, with respect, to be inconsistent to hold legislative intent irrelevant when dealing with a statute whose effect is to violate one *Charter* right and to emphasize, as does Dickson J. in his reasons in the present case, at p. 334, that "the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity" when dealing with another *Charter* right. For the sake both of consistency and analytic clarity it would seem preferable to avoid confusing the traditional approach to division of powers cases with the approach demanded by the *Charter*. The first stage of any *Charter* analysis, I believe, is to inquire whether legislation in pursuit of what may

question n'est pas de savoir si le législateur a visé un objet qui relève de la compétence du palier de gouvernement en question, mais plutôt de savoir si, ce faisant, il en est résulté une violation d'un droit individuel enchâssé. En d'autres termes, la *Charte* est d'abord et avant tout un document axé sur les effets.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, cette Cour a eu l'occasion d'évaluer la constitutionnalité de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, qui imposait des restrictions quant aux enfants qui pouvaient fréquenter les écoles anglaises de la province. Il était allégué que la disposition en question violait le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, garanti par l'art. 23 de la *Charte*. Bien que les débats dans cette affaire aient porté en grande partie sur l'applicabilité de l'article premier de la *Charte*, on a fait valoir qu'il était impossible que l'art. 73 ait pu être adopté dans l'intention d'enfreindre l'art. 23 de la *Charte des droits* parce que la *Charte* n'existait pas encore au moment de la rédaction de l'art. 73. Dans des motifs unanimes, cette Cour a rejeté cet argument assez sommairement, en affirmant, aux pp. 87 et 88:

Mais son intention [celle de la législature du Québec] n'est pas pertinente. Ce qui compte, c'est la nature et la portée effectives de l'art. 73 en regard des dispositions de la *Charte*, quel que soit le moment où l'article a été édicté.

Avec égards, il semble inconséquent de conclure que l'intention du législateur est sans importance dans le cas d'une loi qui a pour effet de porter atteinte à un certain droit garanti par la *Charte* tout en soulignant, comme le fait le juge Dickson dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce à la p. 334, que «le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi» lorsqu'il s'agit d'un autre droit garanti par la *Charte*. Dans l'intérêt de la cohérence et de la clarté analytique, il semblerait préférable d'éviter de confondre la façon traditionnelle d'aborder les affaires relatives au partage des compétences avec la méthode exigée par la *Charte*. Or, j'estime que la première étape d'une analyse sous le régime de la *Charte* consiste à se demander si

well be an *intra vires* purpose has the effect of violating an entrenched right or freedom.

Applying such reasoning to the case at bar, one can agree with Dickson J. at p. 337, that in enacting the *Lord's Day Act* "[t]he arm of the state requires all to remember the Lord's day of the Christians and to keep it holy", and that "[t]he protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity". Accordingly, the Act infringes upon the freedom of conscience and religion guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. This is not, however, because the statute was enacted for this purpose but because it has this effect. In my view, so long as a statute has such an actual or potential effect on an entrenched right, it does not matter what the purpose behind the enactment was.

Moreover, it seems to me that placing the analytic focus on the effect of legislation impugned under the *Charter* rather than on its purpose will impose a less heavy evidentiary burden on the plaintiff. Once the plaintiff can point to an actual or potential impingement on a protected right, it will not matter that the underlying legislative purpose is subject to conjecture. In the case at bar the effect of the *Lord's Day Act* is to compel adherence to the Christian Sabbath by requiring the uniform observance of the day chosen by the Christian religion as a day of rest. It is this effect which infringes upon the freedom of conscience and religion guaranteed by the *Charter*.

Although the *Charter* is, as indicated above, an effects-oriented document in the first instance, the analysis required under s. 1 of the *Charter* will entail an evaluation of the purpose underlying the impugned legislation. I agree with Dickson J. when he states in his reasons that s. 1 demands an assessment of the "government interest or policy objective" at stake, followed by a determination as to whether this interest is of sufficient importance to override a *Charter* right and whether the means chosen to achieve the objective are reasonable. In addition, it would seem correct to say that the objective asserted as a reasonable limit under s. 1 will necessarily reflect the purpose of the enact-

une loi visant un objet qui peut fort bien être constitutionnel a pour effet de violer un droit ou une liberté enchâssés dans la Constitution.

Applicant ce raisonnement à la présente espèce, on peut être d'accord avec le juge Dickson, à la p. 337, pour dire qu'en adoptant la *Loi sur le dimanche* «[l]'État exige de tous qu'ils se souviennent du jour du Seigneur des chrétiens et qu'ils le sanctifient» et que «protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société». Par conséquent, la *Loi* empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Toutefois, s'il en est ainsi ce n'est pas parce que tel est l'objet de la loi, mais parce que c'est là son effet. À mon avis, tant qu'une loi a ou risque d'avoir cet effet sur un droit enchâssé dans la Constitution, l'objet qui sous-tend son adoption est sans intérêt.

De plus, il me semble qu'en faisant porter l'analyse sur l'effet de la loi contestée en vertu de la *Charte* plutôt que sur son objet, il en résulte un fardeau de présentation moins lourd pour le demandeur. Dès que le demandeur peut faire ressortir un empiètement réel ou potentiel sur un droit protégé, il est sans importance que l'objet fondamental de la loi soit soumis à des conjectures. Dans la présente instance, la *Loi sur le dimanche* a pour effet d'astreindre à l'observance du sabbat chrétien en imposant à tous l'obligation d'observer le jour choisi par la religion chrétienne comme jour de repos. C'est cet effet qui empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*.

Même si la *Charte* est d'abord, comme je l'ai déjà signalé, un document axé sur les effets, l'analyse exigée en vertu de l'art. 1 de la *Charte* comporte une évaluation de l'objet fondamental de la loi attaquée. Je suis d'accord avec le juge Dickson lorsqu'il affirme dans ses motifs que l'article premier exige une évaluation de «l'intérêt du gouvernement» ou des «objectifs visés par ses politiques» qui sont en jeu, suivie d'une décision sur la question de savoir si cet intérêt est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte*, et sur celle de savoir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif en question sont raisonnables. De plus, il semblerait juste d'affir-

ment in the division of powers analysis. As Dickson J. points out, the *Lord's Day Act* has been found to be within federal legislative competence based on its characterization as legislation in relation to religious observance. Given that the federal government cannot rely on an *ultra vires* purpose in attempting to uphold the legislation under s. 1, any attempt to characterize the *Lord's Day Act* as a reasonable limit on the *Charter* right to freedom of religion must fail. To hold otherwise would be to find that the s. 2(a) right to religious freedom can be legitimately curtailed where Parliament acts for the purpose of curtailing religious freedom. Without having to determine at this point the principles upon which an evaluation of a given governmental objective and its reasonableness as a limit on a *Charter* right will be premised, it is possible to state with certainty that this governmental objective or interest cannot pass the s. 1 test. Indeed, it was made clear in *Quebec Protestant School Boards, supra*, that legislation cannot be regarded as embodying legitimate limits within the meaning of s. 1 where the legislative purpose is precisely the purpose at which the *Charter* right is aimed.

Accordingly, I agree with Dickson J. that the appeal in this case must be dismissed. The *Lord's Day Act* is in pith and substance legislation with a criminal law purpose and is therefore enacted by Parliament pursuant to the federal criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In so far as the *Charter of Rights* is concerned, however, I believe that the appropriate analytic starting point is the effect rather than the purpose of the enactment. Inasmuch as the effect of the *Lord's Day Act* is to compel the observance of Sunday as a day of rest, it violates the guarantee of freedom of conscience and religion in s. 2(a) of the *Charter*. Moreover, the legislative purpose or governmental objective underlying the Act does not represent a reasonable limit on the right to freedom of conscience and religion which can be justified under s. 1 of the *Charter*.

mer que l'objectif dont on dit qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'art. 1 reflète nécessairement l'objet de la loi dans une analyse fondée sur le partage des compétences. Comme le dit le juge Dickson, il a été décidé que la *Loi sur le dimanche* relève de la compétence législative fédérale compte tenu de sa caractérisation de loi relative à l'observance religieuse. Puisque le gouvernement fédéral ne peut, aux fins de l'art. 1, s'appuyer sur un objet inconstitutionnel pour confirmer la validité d'une loi, toute tentative de caractériser la *Loi sur le dimanche* de limite raisonnable au droit à la liberté de religion garanti par la *Charte* doit échouer. Conclure autrement reviendrait à dire que le Parlement peut légitimement restreindre le droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a) lorsque tel est l'objet qu'il poursuit. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de déterminer à ce stade-ci les principes sur lesquels reposera l'évaluation d'un objectif gouvernemental donné et de son caractère raisonnable en tant que limite à un droit garanti par la *Charte*, il est possible d'affirmer avec certitude que cet objectif ou intérêt du gouvernement ne peut satisfaire au critère énoncé à l'art. 1. En fait, l'arrêt *Quebec Protestant School Boards*, précité, établit clairement qu'une loi ne peut être considérée comme établissant des limites légitimes au sens de l'art. 1 lorsque son objet est précisément le même que celui visé par le droit garanti par la *Charte*.

Par conséquent, je suis d'accord avec le juge Dickson pour dire que le présent pourvoi doit être rejeté. De par son caractère véritable, la *Loi sur le dimanche* est une loi dont l'objet relève du droit criminel. Il s'ensuit que le Parlement l'a adoptée conformément au pouvoir en matière de droit criminel que lui confère par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, en ce qui concerne la *Charte des droits*, j'estime que toute analyse doit avoir pour point de départ l'effet plutôt que l'objet du texte législatif. Puisque la *Loi sur le dimanche* a pour effet de rendre obligatoire l'observance du dimanche comme jour de repos, elle viole la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. En outre, l'objet de la loi ou l'objectif gouvernemental qui la sous-tend ne constitue pas une limite raisonnable au droit à la liberté de conscience et de religion qui peut être justifiée en vertu de l'art. 1 de la *Charte*.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Ross Paisley, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Zenith, Klym, Hookenson & Boyle, Calgary.*

*Solicitors for the interveners The Seventh Day Adventist Church in Canada and London Drugs Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners The Seventh Day Adventist Church in Canada and London Drugs Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Ross Paisley, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée: Zenith, Klym, Hookenson & Boyle, Calgary.*

*Procureurs des intervenants l'Église adventiste du septième jour du Canada et London Drugs Ltd.: Milner & Steer, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant;*

and

**Horne & Pitfield Foods Ltd.** *Respondent.*

File No.: 17206.

1984: March 8; 1985: April 24.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Prerogative writs — Mandamus — Application to direct magistrate to proceed with hearing — Information laid in 1981 pursuant to Lord's Day Act — Fiat of Attorney General required to commence prosecution — Leave to prosecute signed by Acting Deputy Attorney General — Information properly quashed — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 16.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1982] 5 W.W.R. 162, 69 C.C.C. (2d) 240, 39 A.R. 428, dismissing an appeal from a judgment of Wambolt J. dismissing an application for mandamus. Appeal dismissed.

*Bruce Fraser*, for the appellant.

No one appearing for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Alberta. On May 7, 1981 an information was sworn by a police constable alleging that the respondent had unlawfully sold goods on a Sunday, contrary to the provisions of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13. The day before, leave to commence the prosecution had been given as required by s. 16 of the Act. The fiat granting leave was in the name of the Attorney General for the Province of Alberta, but was signed by one E. J. Gamache, described as "Acting Deputy Attorney General, Province of Alberta". The fiat was in adequate form, but an issue was raised as to the authority of the signatory to sign and issue it.

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante;*

et

**Horne & Pitfield Foods Ltd.** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17206.

1984: 8 mars; 1985: 24 avril.

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, <sup>b</sup> Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Brefs de prérogative — Mandamus — Demande visant à enjoindre au magistrat de procéder à l'audition — Dénonciation portée en 1981 en vertu de la Loi sur le dimanche — Fiat du procureur général nécessaire pour intenter les poursuites — Permission de poursuivre signée par le sous-procureur général intérimaire — <sup>d</sup> Dénonciation régulièrement annulée — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, c. L-13, art. 16.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1982] 5 W.W.R. 162, 69 C.C.C. (2d) 240, 39 A.R. 428, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Wambolt qui avait rejeté une demande de *mandamus*. Pourvoi rejeté.

*Bruce Fraser*, pour l'appelante.

<sup>f</sup> Personne n'a comparu pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi <sup>g</sup> contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta. Le 7 mai 1981, un agent de police a déposé une dénonciation contre l'intimée, l'accusant d'avoir illégalement vendu des marchandises le dimanche contrairement aux dispositions de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13. La veille, la permission d'intenter les poursuites avait été accordée conformément à l'art. 16 de la Loi. Le fiat accordant cette permission, bien qu'étant au nom <sup>h</sup> du procureur général de la province de l'Alberta, a été signé par un nommé E. J. Gamache, [TRADUCTION] «Sous-procureur général intérimaire, province de l'Alberta». La forme du fiat était régulière, mais on a contesté le pouvoir de M. <sup>i</sup> Gamache de le signer et de le délivrer. <sup>j</sup>

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

In the provincial court the information was quashed for lack of authority on the part of Mr. Gamache. On January 20, 1982 an application for mandamus to direct the magistrate to proceed with the hearing of the information was dismissed in the Court of Queen's Bench. On June 17, 1982 an appeal was dismissed in the Court of Appeal.

I am not persuaded that there was error in the disposition of the issue arising in this case in the Court of Appeal. I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: B. Duncan, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Pritchard, Lerner & Co., Medicine Hat.*

La cour provinciale a annulé la dénonciation pour absence de pouvoir de M. Gamache. Le 20 janvier 1982, la Cour du Banc de la Reine a rejeté une demande de *mandamus* visant à enjoindre au magistrat de procéder à l'audition de la dénonciation. Le 17 juin 1982, la Cour d'appel a rejeté l'appel dont elle était saisie.

Je ne suis pas persuadé qu'il y a eu une erreur dans la façon dont la question soulevée en l'espèce a été tranchée en Cour d'appel. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: B. Duncan, Calgary.*

*Procureurs de l'intimée: Pritchard, Lerner & Co., Medicine Hat.*

**Plantation Indoor Plants Limited** *Appellant;*

and

**The Attorney General of Alberta** *Respondent.*

File No.: 17038.

1984: March 7; 1985: April 24.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Freedom of conscience and religion — Lord's Day Act and Sunday observance — Injunction restraining sale of goods contrary to Act — Injunction invalid given unconstitutionality of Lord's Day Act — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.*

*Sunday observance — Injunction to restrain sale of goods — Injunction invalid given unconstitutionality of Lord's Day Act.*

#### Cases Cited

*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, followed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1982] 2 W.W.R. 167, 133 D.L.R. (3d) 741, 65 C.C.C. (2d) 544, 34 A.R. 348, allowing an appeal — and granting the injunction sought — from a judgment of Cawsey J. dismissing an application for injunction. Appeal allowed.

*R. A. Graesser*, for the appellant.

*William Henkel, Q.C.*, and *J. W. McFadzen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant runs a store in Edmonton, Alberta. It was convicted on five occasions between June, 1979 and November, 1979 under s. 4 of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, of selling goods on Sunday. The imposition of fines under the *Lord's Day Act* did not appear

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Plantation Indoor Plants Limited** *Appelante;*

et

**Le procureur général de l'Alberta** *Intimé.*

<sup>a</sup>

N° du greffe: 17038.

1984: 7 mars; 1985: 24 avril.

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Liberté de conscience et de religion — Loi sur le dimanche et observance du dimanche — Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises contrairement à la Loi — Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.*

*Observance du dimanche — Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises — Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche.*

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

<sup>f</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1982] 2 W.W.R. 167, 133 D.L.R. (3d) 741, 65 C.C.C. (2d) 544, 34 A.R. 348, qui a accordé l'injonction demandée et accueilli l'appel d'un jugement du juge Cawsey qui avait rejeté une demande d'injonction. Pourvoi accueilli.

*R. A. Graesser*, pour l'appelante.

*William Henkel, c.r.*, et *J. W. McFadzen*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelante tient un magasin à Edmonton (Alberta). Entre juin et novembre 1979, elle a été déclarée coupable à cinq reprises d'avoir vendu des marchandises le dimanche contrairement à l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13. Les amendes

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

to have any effect upon the appellant, and in May of 1980 the respondent commenced civil proceedings for an injunction to restrain the appellant from selling goods contrary to the *Lord's Day Act*. At trial, the respondent's action failed. In May, 1981 the claim for the injunction was dismissed. The respondent appealed and on January 27, 1982 the Court of Appeal allowed the appeal and ordered the injunction to issue. Leave to appeal to this Court was given to the appellant on April 27, 1982.

This Court, by a judgment given this day, April 24, 1985, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, has held that the *Lord's Day Act* is unconstitutional by reason of its infringement of the 'freedom of religion' provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, as enacted by the *Canada Act, 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11). It will be apparent then that the injunction granted January 27, 1982, resting as it did upon the *Lord's Day Act* prohibition of Sunday sales in s. 4 could have been a valid injunction only until April 17, 1982 when the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into effect. Since the injunction cannot now be supported in law because of the *Big M* decision and since, while the record discloses continued Sunday business on the part of the appellant up until the date of trial in 1981, it is silent as to any infraction of the injunction or any steps towards its enforcement after that date, I would, without expressing any view on the validity of the injunction when granted, allow the appeal with costs and vacate the injunction.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: R. A. Graesser, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: William Henkel, Edmonton.*

imposées en vertu de la *Loi sur le dimanche* ne semblent avoir eu aucun effet sur l'appelante et, en mai 1980, l'intimé a engagé des procédures civiles en vue d'obtenir une injonction enjoignant l'appelante de s'abstenir de vendre des marchandises contrairement à la *Loi sur le dimanche*. L'action de l'intimé a échoué en première instance. En mai 1981, la demande d'injonction a été rejetée. L'intimé a interjeté appel et, le 27 janvier 1982, la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la délivrance de l'injonction. L'appelante a reçu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour le 27 avril 1982.

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, prononcé aujourd'hui, le 24 avril 1985, la présente Cour déclare inconstitutionnelle la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle contrevient aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.)*, chap. 11) qui garantissent la «liberté de religion». Il ressort donc que l'injonction accordée le 27 janvier 1982 et fondée, comme elle l'était, sur l'interdiction des ventes de dimanche que l'on trouve à l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche* ne pouvait être valide que jusqu'au 17 avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Vu que cette injonction ne peut plus maintenant être fondée en droit à cause de l'arrêt *Big M* et vu que le dossier, bien qu'il révèle que l'appelante n'a pas cessé d'exploiter son commerce le dimanche jusqu'à la date du procès en 1981, n'indique pas s'il y a eu violation de l'injonction ou si des mesures ont été prises en vue de sa mise à exécution après cette date, je suis d'avis, sans me prononcer sur la validité de l'injonction au moment où elle a été accordée, d'accueillir le pourvoi avec dépens et d'annuler l'injonction.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: R. A. Graesser, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: William Henkel, Edmonton.*

**City of Montréal** *Appellant*;

and

**Arcade Amusements Inc.** *Respondent*;

and

**Attorney General of Quebec** *Mis en cause*.

and between

**City of Montréal** *Appellant*;

and

**The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. and Louis Zuckerman** *Respondents*;

and

**Attorney General of Quebec** *Mis en cause*;

and

**Attorney General of Canada** *Intervener*.

File No.: 16708.

1983: March 22, 23, 24; 1985: April 24.

Present: Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Municipal law — By-law on amusement machines and halls — Validity — Access to amusement halls prohibited to persons under eighteen — Whether by-law prohibitory, vague or discriminatory — Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Que.), c. 102, as amended, arts. 516, 517g., s., 521(4), (7), (33), 524(2)a., b. — By-law of the City of Montréal, No. 5156.*

*Constitutional law — Municipal by-law on amusement machines and halls — Validity — Whether by-law ultra vires as invasion of federal criminal law powers — By-law of the City of Montréal, No. 5156.*

By petitions to annul, respondents challenged the validity of By-law 5156 of the City of Montréal regard-

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Ville de Montréal** *Appelante*;

et

**Arcade Amusements Inc.** *Intimée*;

<sup>a</sup>

et

**Le procureur général du Québec** *Mis en cause*.

<sup>b</sup>

et entre

**Ville de Montréal** *Appelante*;

et

<sup>c</sup>

**The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. et Louis Zuckerman** *Intimés*;

<sup>d</sup>

et

**Le procureur général du Québec** *Mis en cause*;

<sup>e</sup>

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*.

N° du greffe: 16708.

1983: 22, 23, 24 mars; 1985: 24 avril.

<sup>f</sup>

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>g</sup>

*Droit municipal — Règlement sur les appareils et les salles d'amusement — Validité — Accès aux salles d'amusement interdit au moins de 18 ans — Le règlement est-il prohibitif, imprécis ou discriminatoire? — Charte de la Ville de Montréal, 1959-60 (Qué.), chap. 102 et modifications, art. 516, 517g), s), 521(4), (7), (33), 524(2)a), b) — Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.*

<sup>i</sup>

*Droit constitutionnel — Règlement municipal sur les appareils et les salles d'amusement — Validité — Le règlement empiète-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.*

<sup>j</sup>

Par requêtes en annulation, les intimés ont attaqué la validité du Règlement 5156 de la ville de Montréal

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

ing amusement machines and halls on the grounds that the By-law was prohibitory, vague, discriminatory and unconstitutional. The petition of respondents Fountainhead *et al.* asked that all the provisions of the By-law be annulled, while that of respondent Arcade was directed only at s. 8, which prohibits persons less than eighteen years of age from using amusement machines or being in amusement halls. The Superior Court dismissed the petitions. The Court of Appeal reversed the two judgments, allowed the petitions and annulled the By-law.

*Held:* The appeal relating to the petition of respondent Arcade Amusements Inc. should be dismissed. The appeal relating to the petition of Fountainhead Fun Centres Ltd. *et al.* should be allowed in part. The By-law of the City of Montréal on amusement machines and halls is invalid in part: s. 8 and para. D of s. 12 are *ultra vires* and should be annulled.

The By-law is not disguised legislation which, under colour of being a zoning by-law, both in its effects and purpose prohibits amusement machines. Though s. 7 limits the operation of amusement halls to a tiny part of the City's territory, this limitation does not amount to a prohibition. The By-law permits the free operation of amusement machines and halls in the premises and sectors authorized. Additionally, respondents did not show that the By-law had the effect of preventing them from doing business. Section 3, which locates amusement machines in amusement halls, is not a zoning provision. That section and ss. 4, 5 and 6 are provisions which regulate commerce enacted in accordance with paras. 4, 7 and 33 of art. 521 of the *Charter of the City of Montreal*. These sections are in no way prohibitory. Section 4 even safeguards rights acquired in connection with amusement machines operated outside of amusement halls. Such safeguarding is in general inconsistent with a prohibitory provision.

The By-law is also not illegal because it is too vague. The concept of "young children" in s. 2, which provides that an "apparatus designed to amuse or entertain young children" is not an "amusement machine", is not so vague that residents of the City, and in particular individuals already operating or wishing to operate amusement halls, cannot understand the meaning and scope of the By-law. If any vagueness does exist in the definition, it will at most produce certain difficulties in interpretation, which is not a sufficient reason for declaring the By-law to be invalid.

relatif aux appareils et aux salles d'amusement aux motifs que ce règlement est prohibitif, imprécis, discriminatoire et inconstitutionnel. Alors que la requête des intimés Fountainhead et autres demande l'annulation de toutes les dispositions du Règlement, celle de l'intimée Arcade ne vise que son art. 8 qui interdit aux personnes âgées de moins de 18 ans l'usage des appareils d'amusement et l'accès aux salles d'amusement. La Cour supérieure a rejeté les requêtes. La Cour d'appel a infirmé les deux jugements, accueilli les requêtes et annulé le Règlement.

*Arrêt:* Le pourvoi relatif à la requête de l'intimée Arcade Amusements Inc. est rejeté. Le pourvoi relatif à la requête de Fountainhead Fun Centres Ltd. et autres est accueilli en partie. Le Règlement de la ville de Montréal sur les appareils et les salles d'amusement est invalide en partie: l'article 8 et l'al. D de l'art. 12 sont *ultra vires* et doivent être annulés.

Le Règlement n'est pas, sous le couvert d'un règlement de zonage, une législation déguisée qui, dans ses effets comme dans son but, prohibe les appareils d'amusement. Quoique l'art. 7 restreigne l'exploitation des salles d'amusement à une portion infime du territoire de la Ville, cette restriction n'équivaut pas à une prohibition. Le Règlement permet la libre exploitation des appareils et des salles d'amusement dans les lieux et les secteurs autorisés. De plus, il n'a pas été démontré par les intimés que le Règlement avait pour effet de les empêcher de faire commerce. Quant à l'article 3, qui regroupe les appareils d'amusement dans les salles d'amusement, il ne s'agit pas d'une disposition de zonage. Cet article, de même que les art. 4, 5, 6, sont des dispositions de réglementation du commerce édictées conformément aux par. 4°, 7° et 33° de l'art. 521 de la *Charte de la Ville de Montréal*. Ces articles ne sont nullement prohibitifs. L'article 4 sauvegarde même les droits acquis relativement aux appareils d'amusement exploités hors des salles d'amusement. Une telle sauvegarde est généralement incompatible avec une disposition prohibitive.

Le Règlement n'est pas non plus illégal pour cause d'imprécision. La notion d'«enfant en bas âge» à l'art. 2 qui prévoit qu'un «appareil destiné à l'amusement d'un enfant en bas âge» n'est pas un «appareil d'amusement» n'est pas imprécise au point que les citoyens de la Ville et, plus particulièrement, les individus qui exploitent déjà ou qui désirent exploiter des salles d'amusement ne puissent comprendre le sens et la portée du Règlement. S'il existe une imprécision au niveau de cette définition, celle-ci n'entraîne tout au plus que certaines difficultés d'interprétation. Cela ne constitue pas un motif suffisant pour que le Règlement soit déclaré invalide.

Section 8, however, is discriminatory and must be annulled. That section, which is severable from the rest of the By-law, contravenes the rule of administrative law that the power to make by-laws does not include a power to enact discriminatory provisions unless the authorizing legislation provides the contrary. The provisions of the *Charter* regarding the general powers of the City and its police powers, in particular paras. g. and s. of art. 517, do not authorize the City, expressly or by necessary inference, to make distinctions based on age. This also applies to the specific powers of the City. Paragraph D of s. 12, which prohibits persons under eighteen years of age from being admitted to billiard halls, is also *ultra vires* for the same reasons.

Finally, the By-law does not trench on federal legislative authority over the criminal law. The purpose of the By-law is not to prohibit gaming on grounds of public morals and to fill in what are perceived as gaps in the *Criminal Code*. The By-law in general deals with commerce and zoning and was also adopted for policing purposes to protect youth and prevent delinquency. The regulation of local commerce, zoning, the protection of youth and the prevention of crime are all areas within the authority of the province.

#### Cases Cited

*In re Barclay and the Municipality of the Township of Darlington* (1854), 12 U.C.R. 86; *Regina v. Levy* (1899), 30 O.R. 403; *Re T. W. Hand Fireworks Co. and the City of Peterborough*, [1962] O.R. 794; *Fountainhead Fun Centres Ltd. v. Ville St-Laurent*, [1979] C.S. 132; *Re Leavey and City of London* (1979), 107 D.L.R. (3d) 411; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, followed; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Jonas v. Gilbert* (1881), 5 S.C.R. 356; *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; *Re Ottawa Electric Railway Co. and Town of Eastview* (1924), 56 O.L.R. 52; *Rex ex rel. St-Jean v. Knott*, [1944] O.W.N. 432; *Regina v. Flory* (1889), 17 O.R. 715; *Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 Que. K.B. 83; *City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 S.C.R. 541; *Forst v. City of Toronto* (1923), 54 O.L.R. 256; *S.S. Kresge Co. v. City of Windsor* (1957), 7 D.L.R. (2d) 708; *City of Calgary v. S.S. Kresge Co.* (1965), 52 D.L.R. (2d) 617; *Regina v. Varga* (1979), 106 D.L.R. (3d) 101; *Entreprises Anicet Gauthier Inc. v. Ville de Sept-Îles*, [1983] C.S. 709, applied; *Re Bright and City of Langley* (1982), 131 D.L.R. (3d) 445, disapproved; *Hanson v. Ontario Universities Athletic Association* (1975), 65 D.L.R. (3d) 385; *Medicine Hat v. Wahl*, [1979] 2 S.C.R. 12, revers-

L'article 8, toutefois, est discriminatoire et doit être annulé. Cet article, qui est séparable du reste du Règlement, transgresse la règle de droit administratif qui veut que le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que le texte législatif qui l'autorise ne prescrive le contraire. Les dispositions de la *Charte* relatives aux pouvoirs généraux de la Ville et à ses pouvoirs de police, particulièrement les par. g) et s) de l'art. 517, n'habilitent pas la Ville, explicitement ou par inférence nécessaire, à faire des distinctions fondées sur l'âge. Il en va de même des pouvoirs spécifiques de la Ville. L'alinéa D de l'art. 12, qui interdit l'accès aux salles de billard aux moins de 18 ans, est également *ultra vires* pour les mêmes raisons.

Finalement, le Règlement n'empiète pas sur la compétence législative fédérale relative au droit criminel. Ce règlement n'a pas pour fonction de prohiber le jeu dans un but de moralité publique et de remédier à ce que l'on estime être des lacunes du *Code criminel*. Le Règlement dans son ensemble porte sur le commerce et le zonage et a également été adopté à des fins de police pour la protection de la jeunesse et la prévention de la délinquance. Or la réglementation d'un commerce local, le zonage, la protection de la jeunesse et la prévention du crime sont tous des domaines qui relèvent de l'autorité provinciale.

#### Jurisprudence

Arrêts suivis: *In re Barclay and the Municipality of the Township of Darlington* (1854), 12 U.C.R. 86; *Regina v. Levy* (1899), 30 O.R. 403; *Re T. W. Hand Fireworks Co. and the City of Peterborough*, [1962] O.R. 794; *Fountainhead Fun Centres Ltd. v. Ville St-Laurent*, [1979] C.S. 132; *Re Leavey and City of London* (1979), 107 D.L.R. (3d) 411; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; arrêts appliqués: *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Jonas v. Gilbert* (1881), 5 R.C.S. 356; *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; *Re Ottawa Electric Railway Co. and Town of Eastview* (1924), 56 O.L.R. 52; *Rex ex rel. St-Jean v. Knott*, [1944] O.W.N. 432; *Regina v. Flory* (1889), 17 O.R. 715; *Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 B.R. 83; *Ville de Montréal c. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 541; *Forst v. City of Toronto* (1923), 54 O.L.R. 256; *S.S. Kresge Co. v. City of Windsor* (1957), 7 D.L.R. (2d) 708; *City of Calgary v. S.S. Kresge Co.* (1965), 52 D.L.R. (2d) 617; *Regina v. Varga* (1979), 106 D.L.R. (3d) 101; *Entreprises Anicet Gauthier Inc. c. Ville de Sept-Îles*, [1983] C.S. 709; arrêt désapprouvé: *Re Bright and City of Langley* (1982), 131 D.L.R. (3d) 445; arrêts examinés: *Hanson v. Ontario Universities Athletic Association* (1975), 65 D.L.R. (3d) 385; *Medicine Hat c. Wahl*,

ing (1977) 5 Alta. L.R. (2d) 70, considered; *Landreville v. Ville de Boucherville*, [1978] 2 S.C.R. 801; *Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88; *City of Prince George v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458; *Re London Drugs Ltd. v. City of North Vancouver* (1972), 24 D.L.R. (3d) 305; *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 S.C.R. 393; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Regent Vending Machines Ltd. v. Alberta Vending Machines Ltd.* (1956), 6 D.L.R. (2d) 144; *Parkway Amusement Co. v. Cité de Montréal*, [1958] C.S. 209; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *Goldwax v. City of Montréal*, [1984] 2 S.C.R. 525; *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681; *Reference re the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] S.C.R. 444; *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*By-law on Amusement Machines and Halls*, By-law of the City of Montréal, No. 5156.  
*Charter of the City of Montreal, 1960, 1959-60* (Que.), c. 102 as amended, art. 516, 517f., g., s., 518, 520(6), (7), 521(3), (4), (7), (33), 524(2)a., b.  
*Constitutional Act, 1867*.  
*Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76* (Can.), c. 93, s. 180(3).

#### Authors Cited

Côté, P.A. «Le règlement municipal indéterminé» (1973), 33 *R. du B.* 474.  
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, Québec, P.U.L., 1984.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, réimpression 1978.  
 Rogers, Ian M. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1971.

APPEAL from two judgments of the Quebec Court of Appeal, [1981] C.A. 468, 128 D.L.R. (3d) 579, reversing two judgments of the Superior Court (1978), 4 M.P.L.R. 193, dismissing the petitions to annul filed by respondents. The appeal relating to the petition of the respondent Arcade

[1979] 2 R.C.S. 12 infirmant (1977) 5 Alta. L.R. (2d) 70; arrêts mentionnés: *Landreville c. Ville de Boucherville*, [1978] 2 R.C.S. 801; *Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88; *Ville de Prince George c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458; *Re London Drugs Ltd. v. City of North Vancouver* (1972), 24 D.L.R. (3d) 305; *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 R.C.S. 393; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Regent Vending Machines Ltd. v. Alberta Vending Machines Ltd.* (1956), 6 D.L.R. (2d) 144; *Parkway Amusement Co. c. Cité de Montréal*, [1958] C.S. 209; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; *Goldwax c. Ville de Montréal*, [1984] 2 R.C.S. 525; *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Bédard v. Dawson*, [1923] R.C.S. 681; *Reference re the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] R.C.S. 444; *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239.

#### Lois et règlements cités

*Charte de la Ville de Montréal, 1960, 1959-60* (Qué.), chap. 102 et modifications, art. 516, 517f., g., s., 518, 520(6), (7), 521(3), (4), (7), (33), 524(2)a., b).  
*Loi constitutionnelle de 1867*.  
*Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76* (Can.), chap. 93, art. 180(3).  
*Règlement sur les appareils et les salles d'amusement*, Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.

#### Doctrine citée

Côté, P.A. «Le règlement municipal indéterminé» (1973), 33 *R. du B.* 474.  
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, Québec, P.U.L., 1984.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, réimpression 1978.  
 Rogers, Ian M. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1971.

POURVOI contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1981] C.A. 468, 128 D.L.R. (3d) 579, qui ont infirmé deux jugements de la Cour supérieure (1978), 4 M.P.L.R. 193, qui rejetaient les requêtes en annulation présentées par les intimés. Le pourvoi relatif à la requête de l'intimée



Amusements Inc. is dismissed. The appeal relating to the petition of respondents Fountainhead Fun Centres Ltd. *et al.* is allowed in part.

*Neuville Lacroix and Jean Rochette*, for the appellant.

*Sydney Phillips, Q.C.*, for respondent Arcade Amusements Inc.

*André Tremblay, Michel Côté, Q.C.*, and *Jacques Jeansonne*, for respondents The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. and Louis Zuckerman.

*Jean-K. Samson and Réal A. Forest*, for the mis en cause.

*James M. Mabbutt*, for the intervenor.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—The Proceedings and Regulatory and Legislative Enactments at Issue

This case concerns the validity of By-law 5156 adopted by the council of the City of Montréal—the “City”—on September 27, 1977. It reads as follows:

1. This by-law may be referred to as “By-law on amusement machines and halls”.

2. In this by-law,

“amusement machines” designates a game apparatus or amusement device authorized by law, the use of which is obtained upon payment of a sum of money, but does not include an apparatus designed to amuse or entertain young children or sound reproducing equipment.

“amusement hall” designates a hall occupied or used essentially for amusement purposes, where amusement machines are put at the disposal of the public and where a sum of money is charged for the right to use such apparatus, but does not include a billiards, pool or snooker hall or a bowling hall.

3. No amusement machine shall be put at the disposal of the public in an establishment other than an amusement hall.

4. Upon the coming into force of this by-law, the number of amusement machines which, pursuant to a

Arcade Amusements Inc. est rejeté. Le pourvoi relatif à la requête des intimés Fountainhead Fun Centres Ltd. et autres est accueilli en partie.

*Neuville Lacroix et Jean Rochette*, pour l'appelant.

*Sydney Phillips, c.r.*, pour l'intimée Arcade Amusements Inc.

*André Tremblay, Michel Côté, c.r.*, et *Jacques Jeansonne*, pour les intimés The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. et Louis Zuckerman.

*Jean-K. Samson et Réal A. Forest*, pour le mis en cause.

*James M. Mabbutt*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Les procédures et les textes réglementaires et législatifs en litige

Il s'agit de la validité du Règlement 5156 adopté par le conseil de la ville de Montréal—la «Ville»—le 27 septembre 1977. En voici le texte:

1. Ce règlement peut être cité: «Règlement sur les appareils et les salles d'amusement.»

2. Dans le présent règlement,

«appareil d'amusement” désigne un appareil de jeu ou dispositif d'amusement permis par la loi, pour l'utilisation duquel une somme est exigée, mais ne comprend pas un appareil destiné à l'amusement ou à la récréation d'un enfant en bas âge ou un appareil à reproduire le son.

«salle d'amusement» désigne une salle occupée ou utilisée essentiellement pour fins d'amusement, où des appareils d'amusement sont mis à la disposition du public et où une somme est exigée pour le droit d'utiliser les appareils, mais ne comprend pas une salle de billard, pool ou snooker, ni une salle de quilles.

3. Aucun appareil d'amusement ne peut être mis à la disposition du public dans un établissement autre qu'une salle d'amusement.

4. Le nombre d'appareils d'amusement qui, lors de l'entrée en vigueur du présent règlement, étaient, en

permit, were put at the disposal of the public in an establishment other than an amusement hall, shall not be increased.

5. Notwithstanding any other by-law provision, all permits for the operation of an amusement machine or hall shall be issued in the name of a natural individual, be it for himself or on behalf of a corporation or society.

6.1.0 No other activity shall be authorized in an amusement hall except for the operation of

6.1.1 a snack-bar or non-alcoholic beverages or prepared foods vending machines;

6.1.2 a maximum number of two pool, billiards or snooker tables.

6.2 A pool, billiards or snooker table shall constitute an amusement machine when operated in an amusement hall.

7.1.0 Notwithstanding any other by-law, no amusement hall shall be built, fitted out, occupied or used in

7.1.1 a building which is used or can be used in part for housing purposes;

7.1.2 in an establishment where another activity is pursued;

7.1.3 within the historical district of the city of Montreal;

7.1.4.0 in an establishment built on a lot located less than two hundred (200) meters

7.1.4.1 from the land of an elementary, high school or college level teaching institution;

7.1.4.2 from a public park or playground.

7.2 The distance referred to at paragraph 7.1.4.0 shall be measured from the areas closest to the lots covered by the said provision.

7.3 A building, which is entirely occupied for commercial or industrial purposes and where an amusement hall is operated, shall not be occupied for housing purposes as long as the said amusement hall shall remain in operation.

8.0 It shall be forbidden

8.1 for the holder of an amusement hall permit and for any responsible party on the premises to admit, or to tolerate the presence of a person less than eighteen (18) years of age in an amusement hall;

8.2 for the holder of a permit to operate an amusement machine and for any responsible party on the premises, to allow or tolerate the use of an amusement

vertu d'un permis, mis à la disposition du public dans un établissement autre qu'une salle d'amusement, ne peut être augmenté.

5. Nonobstant toute autre disposition d'un règlement, tout permis relatif à l'exploitation d'un appareil ou d'une salle d'amusement doit être émis au nom d'une personne physique, que ce soit pour son propre compte, ou pour le bénéfice d'une corporation ou société.

6.1.0 Aucune autre activité n'est autorisée dans une salle d'amusement à l'exception de l'exploitation

6.1.1 d'un comptoir de casse-croûte ou d'appareils de distribution de boissons non alcooliques et d'aliments préparés;

6.1.2 d'un maximum de deux tables de pool, billard ou snooker.

6.2 Une table de pool, billard ou snooker constitue un appareil d'amusement lorsqu'elle est exploitée dans une salle d'amusement.

7.1.0 Nonobstant tout autre règlement, aucune salle d'amusement ne peut être construite, aménagée, occupée ou utilisée

7.1.1 dans un bâtiment servant ou pouvant servir en partie à l'habitation;

7.1.2 dans un établissement où une autre activité est exercée;

7.1.3 à l'intérieur de l'arrondissement historique de la ville de Montréal;

7.1.4.0 dans un établissement bâti sur un terrain situé à moins de deux cents (200) mètres

7.1.4.1 du terrain d'une institution d'enseignement des niveaux élémentaire, secondaire et collégial;

7.1.4.2 d'un parc ou terrain de jeux public.

7.2 La distance mentionnée au paragraphe 7.1.4.0 se mesure à compter des parties les plus rapprochées des terrains visés par cette disposition.

7.3 Un bâtiment entièrement occupé pour des fins commerciales ou industrielles et dans lequel est exploitée une salle d'amusement ne peut être occupé pour des fins d'habitation tant que dure l'exploitation de ladite salle d'amusement.

8.0 Il est interdit,

8.1 pour un détenteur de permis de salle d'amusement et toute personne responsable sur les lieux, d'admettre ou de tolérer la présence d'une personne âgée de moins de dix-huit (18) ans dans les salles d'amusement;

8.2 pour un détenteur de permis d'exploitation d'un appareil d'amusement et toute personne responsable sur les lieux, de permettre ou tolérer l'usage d'un appareil

machine by a person less than eighteen (18) years of age;

8.3 for any person less than eighteen (18) years of age to enter an amusement hall or to use an amusement machine in an establishment where the operation of such an apparatus is authorized.

9.0 Anyone who contravenes this by-law shall be liable

9.1 for a first infringement, to a fine of one hundred (100) dollars at the most, with or without costs,

9.2 for a second infringement to the same provision of this by-law, within a period of twelve (12) months, to a fine of at least one hundred (100) dollars and five hundred (500) dollars at the most, with or without costs,

9.3 for any subsequent infringement within the same period, to a fine of at least five hundred (500) dollars and one thousand (1,000) dollars at the most, with or without costs,

9.4 and, failing the immediate payment of the fine or of the fine and costs within a period of ninety (90) days at the most, to imprisonment for sixty (60) days at the most, such imprisonment to cease immediately, however, upon payment of the fine or of the fine and costs, as the case may be.

10. This by-law shall not be interpreted as restricting the application of any other inconsistent by-law provision.

11. Section 21 of By-law 2820 concerning permits and special or personal taxes on businesses, occupations and activities, is amended by repealing therein the fourth paragraph of the remark.

12. Section 22 of the said by-law is amended

A—by replacing therein the first paragraph of the remark with the following:

““Place of amusement” means premises used for amusement purposes, open to the public, which include a combination of facilities, games, rides or other entertainment devices authorized by law.”;

B—by repealing therein the second paragraph of the said remark;

C—by replacing therein, the period with a semi-colon in the eighth paragraph of the said remark and by inserting thereafter the following sentence:

“however, such closing hours shall apply to a bowling hall when an amusement machine is put therein at the disposal of the public.”;

D—by replacing therein the ninth paragraph of the remark with the following:

d’amusement par une personne âgée de moins de dix-huit (18) ans;

8.3 à toute personne âgée de moins de dix-huit (18) ans d’entrer dans une salle d’amusement ou de faire usage d’un appareil d’amusement dans un établissement dans lequel l’exploitation d’un tel appareil est autorisée.

9.0 Quiconque contrevient au présent règlement est passible

9.1 pour une première infraction d’une amende d’au plus cent (100) dollars, avec ou sans frais,

9.2 pour une deuxième infraction à la même disposition du présent règlement, dans une période de douze (12) mois, d’une amende d’au moins cent (100) dollars et d’au plus cinq cents (500) dollars, avec ou sans frais,

9.3 pour toute infraction subséquente dans la même période, d’une amende d’au moins cinq cents (500) dollars et d’au plus mille (1,000) dollars, avec ou sans frais,

9.4 et d’un emprisonnement d’au plus soixante (60) jours, à défaut du paiement de l’amende ou de l’amende et des frais dans un délai d’au plus quatre-vingt-dix (90) jours, ledit emprisonnement devant toutefois cesser dès le paiement de l’amende ou de l’amende et des frais, selon le cas.

10. Le présent règlement ne doit pas s’interpréter comme limitant l’application de toute autre disposition réglementaire non incompatible.

11. La section 21 du règlement 2820 concernant les permis et taxes spéciales ou personnelles sur les commerces, occupations et activités est modifiée par l’abrogation du quatrième alinéa de la remarque.

12. La section 22 dudit règlement est modifiée

A—par le remplacement du premier alinéa de la remarque par le suivant:

««Place d’amusement» désigne un lieu d’amusement ouvert au public comprenant un ensemble d’installations, jeux, manèges ou moyens de divertissement autorisés par la loi»;

B—par l’abrogation du deuxième alinéa de ladite remarque;

C—par le remplacement au huitième alinéa de ladite remarque du point par un point-virgule et par l’insertion de la phrase suivante:

«toutefois, ces heures de fermeture s’appliquent à une salle de quilles lorsqu’un appareil d’amusement y est mis à la disposition du public.»;

D—par le remplacement du neuvième alinéa de la remarque par le suivant:

“Persons under eighteen (18) years of age shall not be admitted to a billiards, pool or snooker hall.”

13. By-law 2223 to prohibit pin-ball machines or bagatelle games as well as By-law 2229 which amends it are repealed.

14. The expression “amusement hall” shall be substituted for the expression “amusement gallery” wherever the latter expression appears in any by-law.

By a petition to annul a municipal by-law on the ground of illegality, based on art. 515 of the *Charter of the City of Montreal*, 1959-60 (Que.), c. 102, as amended—the “*Charter*”—respondents The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. and Louis Zuckerman—“Fountainhead *et al.*”—asked on December 27, 1977 that By-law 5156 be annulled in its entirety.

By another petition based on the same provision of the *Charter*, respondent Arcade Amusements Inc.—“Arcade”—asked on December 28, 1977 that s. 8 of By-law 5156 be annulled, including subss. 8.1, 8.2 and 8.3.

The two petitions were joined for proof and hearing before Gervais J. of the Superior Court, who dismissed both with costs in two judgments dated April 7, 1978: 4 M.P.L.R. 193.

Respondents appealed from these two judgments. In their inscription in appeal, respondents Fountainhead *et al.* asked the Court of Appeal alternatively to declare paras. 4, 7 and 33 of art. 521 of the *Charter* unconstitutional to the extent that they authorize the adoption of By-law 5156. The Attorney General of Quebec defended the constitutionality of these provisions in the Court of Appeal.

In two judgments dated June 25, 1981, written by Beauregard J.A. and concurred in by Bernier and Monet J.J.A., the Court of Appeal reversed the two Superior Court judgments, allowed the two petitions with costs and annulled By-law 5156, without ruling on the alternative argument of unconstitutionality: [1981] C.A. 468, 128 D.L.R. (3d) 579.

«Les personnes âgées de moins de dix-huit (18) ans ne doivent pas être admises dans une salle de billard, pool ou snooker.»

13. Le règlement 2223, prohibant les jeux de boules (pin ball machines) ou les jeux de bagatelle, ainsi que le règlement 2229 qui le modifie, sont abrogés.

14. L'expression «salle d'amusement» est substituée à celle de «galerie d'amusement» partout où cette dernière apparaît dans un règlement.

Par une requête en annulation d'un règlement municipal pour motif d'illégalité, fondée sur l'art. 515 de la *Charte de la Ville de Montréal*, 1959-1960 (Qué.), chap. 102 et ses modifications—la «*Charte*»—les intimés The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. et Louis Zuckerman—«Fountainhead et autres»—demandent, le 27 décembre 1977, l'annulation de tout le Règlement 5156.

Par une autre requête fondée sur la même disposition de la *Charte*, l'intimée Arcade Amusements Inc.—«Arcade»—demande, le 28 décembre 1977, l'annulation de l'art. 8 du Règlement 5156, y compris les sous-art. 8.1, 8.2 et 8.3.

Les deux requêtes sont réunies pour enquête et audition devant le juge Gervais de la Cour supérieure qui les rejette toutes deux avec dépens par deux jugements en date du 7 avril 1978: 4 M.P.L.R. 193.

Les intimés interjettent appel de ces deux jugements. Dans leur inscription en appel, les intimés Fountainhead et autres demandent subsidiairement à la Cour d'appel de déclarer inconstitutionnels les par. 4<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup> de l'art. 521 de la *Charte* dans la mesure où ils autorisent l'adoption du Règlement 5156. Le procureur général du Québec défend la constitutionnalité de ces dispositions devant la Cour d'appel.

Par deux arrêts en date du 25 juin 1981, pour des motifs écrits par le juge Beauregard, auxquels souscrivent les juges Bernier et Monet, la Cour d'appel infirme les deux jugements de la Cour supérieure, accueille les deux requêtes avec dépens et annule le Règlement 5156, sans statuer cependant sur le moyen subsidiaire d'inconstitutionnalité: [1981] C.A. 468, 128 D.L.R. (3d) 579.

The City is appealing from these two judgments. On September 20, 1982 the late Laskin C.J., at the request of respondents, stated the following constitutional question under s. 32 of the Rules of this Court:

Are article 516, paragraphs *f.*, *g.* and *s.* of article 517, article 518, paragraphs 3, 4, 7 and 33 of article 521 and paragraphs 2*a.* and *b.* of article 524 of the *Charter of the City of Montreal*, 1959-60, 8-9 Eliz. II, c. 102, as amended on September 27, 1977, unconstitutional, as *ultra vires* the provincial legislature of Quebec or inoperative in so far as they give the City of Montréal the power to adopt by-law 5156, dated September 27, 1977 and titled:

“By-law concerning the conditions governing the occupancy of buildings for the operation of amusement machines, the amendment of By-law 2820 concerning permits and special or personal taxes on businesses, occupations and activities, as already amended by By-laws 2843, 2939, 2944, 3031, 3098, 3117, 3184, 3226, 3297, 3310, 3450, 3478, 3497, 3537, 3592, 3666, 3675, 3694, 3788, 3816, 3848, 3894, 4028, 4119, 4238, 4261, 4285, 4433, 4485, 4590, 4762, 4876, 4963, and the repeal of By-laws 2223 and 2229 prohibiting pin-ball machines or bagatelle games.”

The provisions of the *Charter* affected by the constitutional question are those cited by the trial judge, on which he relied in deciding that the council of the City has the power to adopt By-law 5156. They are the following:

TITLE IX  
Power to Make By-laws

CHAPTER I  
General Powers

**516.** The council shall have power to enact by-laws to ensure the peace, order and good government of the city, the welfare of its citizens and the proper administration of its affairs, and to pronounce upon any matter calculated to affect or interest the city and its people in any way, provided that such by-laws be not repugnant to the laws of the Province or of Canada, or to any special provision of this charter.

**517.** For greater certainty as to the powers conferred on the council by article 516, but without restricting the scope thereof and subject to the reservations which it contains, and without restricting the scope of the powers otherwise conferred on the council by this charter, the

Ce sont ces deux arrêts que la Ville attaque par son pourvoi. Le 20 septembre 1982, le regretté juge en chef Laskin fixe, à la demande des intimés, la question constitutionnelle suivante, en vertu de l'art. 32 des Règles de cette Cour:

L'article 516, les paragraphes *f.*, *g.* et *s.* de l'article 517, l'article 518, les paragraphes 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup> de l'article 521 et les paragraphes 2<sup>o</sup> *a)* et *b)* de l'article 524 de la Charte de la Ville de Montréal, 1959-60, 8-9 Eliz. II, c. 102, tels que modifiés au 27 septembre 1977, sont-ils inconstitutionnels, *ultra vires* de la législature provinciale du Québec ou inopérants dans la mesure où ils donnent à la Ville de Montréal le pouvoir d'adopter le règlement 5156 daté le 27 septembre 1977 et intitulé:

«Règlement relatif aux conditions d'occupation de bâtiments aux fins d'exploitation d'appareils d'amusement, à la modification du règlement 2820 concernant les permis et taxes spéciales ou personnelles sur les commerces, occupations et activités, déjà modifié par les règlements 2843, 2939, 2944, 3031, 3098, 3117, 3184, 3226, 3297, 3310, 3450, 3478, 3497, 3537, 3592, 3666, 3675, 3694, 3788, 3816, 3848, 3894, 4028, 4119, 4238, 4261, 4285, 4433, 4485, 4590, 4762, 4876, 4963, et à l'abrogation des règlements 2223 et 2229 prohibant les jeux de boules ou les jeux de bagatelle.»

Les dispositions de la *Charte* que vise la question constitutionnelle sont celles que cite le premier juge et sur lesquelles il se fonde pour décider que le conseil de la Ville a le pouvoir d'adopter le Règlement 5156. Ce sont les dispositions suivantes:

TITRE IX  
Pouvoirs de réglementation

CHAPITRE I  
Pouvoirs Généraux

**516.** Le conseil a le pouvoir d'adopter des règlements pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, le bien-être des citoyens et la bonne administration des affaires de la ville, et pour statuer sur toute matière pouvant intéresser ou affecter de quelque manière celle-ci et sa population, pourvu que ces règlements ne soient pas inconciliables avec les lois de la province ou du Canada ou avec quelque disposition particulière de la présente charte.

**517.** Pour plus ample certitude sur les pouvoirs conférés au conseil par l'article 516, mais sans en restreindre la portée et sous les réserves qu'il contient, sans restreindre non plus l'étendue des pouvoirs que cette charte attribue par ailleurs au conseil, l'autorité et la juridic-

authority and jurisdiction of the council extend to all the following matters:

- f. licenses for trading and peddling;
- g. the public order, peace and safety;

s. generally all matters concerning the proper administration of the affairs of the city, public interest and the welfare of its population.

518. No enumeration or mention of specific powers in this charter or its amendments, and in particular in chapters II and III of this title, shall be interpreted as restricting the authority or the general powers conferred on the city by articles 516 and 517, or as affecting them in any way, even as regards matters to which such specific powers relate; but on the contrary, such authority and general powers shall retain all of their scope and may be completely exercised, notwithstanding such specific powers.

CHAPTER II  
Specific Powers  
DIVISION 2  
Commerce and Industry

521. Without prejudice to articles 516, 517, 518 and 519 and subject to the provisions of articles 539 to 543, the council, by by-law, may:

3. Fix the amount, conditions and mode of issue of the permits and licenses which the city is authorized to grant, provided that none be granted for more than one year; provide for the revocation thereof;

4. Authorize under permit, regulate or prohibit pin-ball machines, billiards, pools, trou-madame, bowling alleys, bagatelle and shooting galleries;

7. Authorize under license and regulate or prohibit the exhibitions of showmen, exhibitions of caravans, menageries, circuses, shows of all kinds, concert-halls, dance-halls, theatrical performances, skating-rinks, places of amusement and museums; regulate the erection, fitting up and operation of theatres, moving picture halls, concert-cafés, exhibition halls and other public buildings;

33. Authorize subject to a permit, and regulate, or prohibit the use of slot machines, including, for the

tion de ce dernier s'étendent à toutes les matières suivantes:

- f) les licences de commerce et de colportage;
- g) l'ordre, la paix et la sécurité publics;

s) généralement tout ce qui concerne la bonne administration des affaires de la ville, l'intérêt public et le bien-être de sa population.

518. Aucune énumération ou mention de pouvoirs spécifiques, dans la présente charte ou ses amendements et en particulier dans les chapitres II et III du présent titre, ne doit être interprétée comme restreignant l'autorité ou les pouvoirs généraux conférés à la ville par les articles 516 et 517, ni comme y portant atteinte de quelque manière que ce soit, même quant aux matières auxquelles se rapportent ces pouvoirs spécifiques; mais au contraire, cette autorité et ces pouvoirs généraux conservent toute leur étendue et peuvent être exercés dans leur plénitude, nonobstant tels pouvoirs spécifiques.

CHAPITRE II  
Pouvoirs spécifiques  
SECTION 2  
Commerce et Industries

521. Sans préjudice des articles 516, 517, 518 et 519 et sous réserve des dispositions des articles 539 à 543, le conseil peut, par règlement:

3° Fixer le montant, les conditions et les modalités d'émission des permis et licences relevant de l'autorité de la ville, pourvu qu'aucun ne soit octroyé pour plus d'une année; statuer sur leur révocation;

4° Autoriser moyennant un permis, réglementer ou prohiber les jeux de boules (pin-ball machines), les jeux de billard, pool, trou-madame, quilles, bagatelle et les salles de tir;

7° Autoriser moyennant permis et réglementer, ou prohiber, les représentations de bateleurs, exhibitions de caravanes, ménageries, cirques, spectacles de tout genre, salles de concert, salles de danse, représentations théâtrales, patinoires, places d'amusement et musées; régler la construction, l'aménagement et l'exploitation des théâtres, cinémas, cafés-concerts, salles de spectacles et autres édifices publics;

33° Autoriser moyennant un permis et réglementer, ou prohiber, l'usage de distributeurs automatiques, com-

purposes of this paragraph, any apparatus, table, board, rack or device placed at the disposal of the public and operated by the introduction of coins or counters, or the operation whereof is governed, in any way, by the skill or judgment of the person using the same, but not including automatic scales, telephone apparatus, apparatus used for supplying gas, electric refrigerators, or any apparatus the use or keeping whereof is prohibited by law; impose on slot machines a tax which may be different according as the apparatus in question is used exclusively in the sale of merchandise the commercial value whereof is well known, or is of another type;

#### DIVISION 5 Building

524. Without prejudice to articles 516, 517, 518 and 519 and subject to the provisions of articles 608 to 612, the council, by by-law, may:

2. a. Classify buildings and establishments;

b. Divide the municipality into zones, of such number, shape and area as seems suitable; regulate and restrict differently according to the location in such zones, parts or sections of certain zones or in certain streets, parts or sections of certain streets or at any place whatever, the use and occupancy of lots, the kind, destination, occupancy and use of buildings which may be erected as well as the maintenance, reconstruction, alteration, repair, enlargement, destination, occupancy and use of buildings already erected, except in such case the indemnity, if any, payable to the owners, lessees or occupants having vested rights.

Such request for indemnity shall be submitted to the Superior Court upon presentation of a petition for such purpose with at least six days' notice; such court shall then decide whether there are any vested rights or not, and if so, shall refer to the Montreal Expropriation Bureau the task of determining the indemnity by fixing, as in the case of an expropriation, the delays in which the Bureau must act, and the judgment and its homologation shall be proceeded with, *mutatis mutandis*, as in cases of expropriation.

The Attorney General of Canada obtained leave to intervene on the constitutional question which, like the Attorney General of Quebec, he is asking the Court to answer in the negative.

prenant, pour les fins du présent paragraphe, tout appareil, table, tableau, charpente ou mécanisme mis à la disposition du public et fonctionnant au moyen de l'introduction de pièces de monnaie ou de jetons, ou dont le fonctionnement dépend, de quelque manière, de l'adresse ou du jugement de la personne qui s'en sert, mais ne comprenant pas les bascules automatiques, les appareils de téléphone, les appareils utilisés pour la fourniture du gaz, les réfrigérateurs électriques, ni aucun appareil dont l'usage ou la garde est prohibée par la loi; imposer une taxe sur les distributeurs automatiques, laquelle peut être différente selon qu'il s'agit d'appareils servant exclusivement à la vente d'une marchandise de valeur marchande généralement reconnue ou d'appareils d'autres types;

#### SECTION 5 Construction

524. Sans préjudice des articles 516, 517, 518 et 519 et sous réserve des dispositions des articles 608 à 612, le conseil peut, par règlement:

2° a) Classifier les constructions et établissements:

b) Diviser la municipalité en zones dont le nombre, la forme et la superficie paraissent convenables; dans ces zones, parties ou sections de certaines zones ou sur certaines rues, parties ou sections de certaines rues ou à tout endroit quelconque, régler et restreindre différemment, selon les endroits, l'usage et l'occupation des terrains, le genre, la destination, l'occupation et l'usage des constructions pouvant être érigées, de même que le maintien, la reconstruction, la modification, la réparation, l'agrandissement, la destination, l'occupation et l'usage des constructions déjà érigées, sauf indemnité, s'il y a lieu, aux propriétaires, locataires ou occupants ayant des droits acquis.

Cette demande d'indemnité est soumise à la Cour supérieure, sur présentation d'une requête à cette fin avec avis d'au moins six jours; cette cour décide alors s'il y a des droits acquis ou non et, dans l'affirmative, elle réfère au Bureau des expropriations de Montréal le soin de déterminer l'indemnité en fixant, comme dans le cas d'une expropriation, les délais dans lesquels le Bureau doit agir et il est précédé, *mutatis mutandis*, pour la sentence et son homologation comme dans les cas d'expropriation;

Le procureur général du Canada a obtenu la permission d'intervenir sur la question constitutionnelle à laquelle, comme le procureur général du Québec, il prie la Cour de répondre par la négative.

## II—Characterization of By-law 5156

The parties, the Superior Court and the Court of Appeal were in disagreement on a potentially decisive point, that of the true nature or characterization of By-law 5156. It seemed preferable for this reason to cite the text of it in full rather than to summarize it.

In the submission of respondents, By-law 5156, regarding amusement machines, the premises occupied by them and the persons who use them, is essentially prohibitory in nature, not only because of s. 8 which expressly prohibits persons less than eighteen years of age from using amusement machines or being in amusement halls, but also because of the remainder of its provisions, and in particular those which, under colour of being a zoning by-law, limit the operation of amusement halls to a tiny part of the City's territory. They argued that the latter provisions, disguised as zoning by-laws, are only incidental to the fundamental prohibition contained in s. 8 and with said s. 8, are really designed to prohibit gaming considered from the point of view of public morals and the criminal law.

In the submission of respondents, this characterization is supported both by the wording of the impugned by-law and by the explanatory notes supplied to members of the municipal council at second study of the draft by-law. These explanatory notes contain at the beginning the following paragraph:

The basic purpose of this by-law is to provide some control over the establishment of amusement halls and the operation of amusement machines in order to make them less easily accessible to minors.

The trial judge did not accept the characterization proposed by respondents but rather, it seems, that proposed by the City, since the latter defended it in this Court. The trial judge summarized the impugned by-law and characterized it as follows:

[TRANSLATION] It appears, therefore, that the legislator clearly had two aims in mind, regulating the conditions of occupancy of premises used for the operation of amusement machines or as amusement halls, and barring juveniles from those premises to protect them

## II—La qualification du Règlement 5156

Les parties, la Cour supérieure et la Cour d'appel ne s'entendent pas sur un sujet potentiellement déterminant, celui de la nature véritable ou de la qualification du Règlement 5156. C'est pourquoi il a paru préférable d'en citer intégralement le texte plutôt que de le résumer.

Selon les intimés, le Règlement 5156, relatif aux appareils d'amusement, aux lieux qu'ils occupent et aux personnes qui les utilisent, serait de nature essentiellement prohibitive, non seulement par son art. 8 qui interdit expressément aux personnes âgées de moins de dix-huit ans l'usage des appareils d'amusement et l'accès aux salles d'amusement, mais également par le reste de ses dispositions et plus particulièrement par celles qui, sous les apparences d'un règlement de zonage, restreignent l'exploitation des salles d'amusement à une portion infime du territoire de la Ville. Ces dernières dispositions, déguisées en règlement de zonage, ne seraient que l'accessoire de la prohibition fondamentale décrétée par l'art. 8 et, avec ce dernier, viseraient en réalité à interdire le jeu—*gaming*—considéré sous l'aspect de la moralité publique et du droit criminel.

Selon les intimés, cette qualification se justifie tant par le texte du règlement attaqué que par celui de notes explicatives fournies aux membres du conseil municipal lors de la deuxième étude du projet de règlement. Ces notes explicatives comportent au début l'alinéa suivant:

Ce projet de règlement vise essentiellement à contrôler l'établissement de salles d'amusement ainsi que l'exploitation d'appareils d'amusement de sorte qu'ils soient moins facilement accessibles aux mineurs.

Le premier juge n'a pas retenu la qualification proposée par les intimés mais plutôt, semble-t-il, celle proposée par la Ville puisque cette dernière l'a défendue devant cette Cour. Voici comment, après l'avoir résumé, le premier juge qualifie le règlement attaqué:

Il m'apparaît donc que le législateur avait clairement deux objectifs en vue, soit de réglementer les conditions d'occupation des lieux servant à l'exploitation d'appareils d'amusement ou de salles d'amusement et d'écarter les jeunes de ces lieux pour les protéger contre l'exploita-



against exploitation, or prohibiting access by juveniles to premises where there might be crowds or meetings which would have the effect of making crime more likely.

It appears that by-law 5156 of the City of Montréal, while it is a zoning by-law, is also intended to protect juveniles and may be interpreted as a local policing by-law.

The severity of by-law 5156 does not *per se* make it prohibitory. The right to operate an amusement hall is greatly circumscribed, but not entirely prohibited by the by-law, and only establishes the conditions on which halls may be operated, while prohibiting them for the most part.

The purpose of the by-law adopted by respondent is to protect juveniles against exploitation and crime.

The Court of Appeal began by considering s. 8 of By-law 5156. It then examined the By-law as a whole, but [TRANSLATION] “leaving aside s. 8” and concentrating its analysis on the zoning aspect of the By-law.

The Court of Appeal disagreed with the conclusion by the trial judge that the aim of the legislator was “prohibiting access by juveniles to premises where there might be crowds or meetings which would have the effect of making crime more likely”. This observation, it wrote, [TRANSLATION] “is not grounded on the evidence and counsel for the respondent [the City] took care not to base their argument on it”. However, it adopted in respect of s. 8 of the By-law part of the characterization given by the trial judge to the By-law as a whole:

[TRANSLATION] It has to be concluded, therefore, that the aim or purpose of s. 8 is to protect minors not against the harmful effects of the sort of criminogenic environment that amusement halls may constitute, but once again, against commercial exploitation by the owners of amusement machines.

The Court of Appeal concluded that s. 8 is [TRANSLATION] “a provision affecting the capacity of minors” and that this provision is void because, *inter alia*, it is inconsistent with the *Civil Code*, which occupies this field.

tion, ou encore interdire l'accès aux jeunes dans des lieux où il pourrait y avoir rassemblement ou rencontres, ce qui aurait pour effet de rendre le crime plus propice.

a

Il m'apparaît que le règlement 5156 de la Ville de Montréal, tout en étant un règlement de zonage, vise également à protéger les jeunes et qu'il peut être interprété comme un règlement de police locale.

b

La sévérité du règlement 5156 ne le rend pas pour cela prohibitif. Le droit d'installer une salle d'amusement est de beaucoup restreint mais le règlement ne le prohibe pas entièrement et ne fait qu'établir les conditions dans lesquelles les salles peuvent être opérées tout en les prohibant en majeure partie.

Le but du règlement adopté par l'intimée est de protéger les jeunes contre l'exploitation et la criminalité.

Quant à la Cour d'appel, elle étudie d'abord l'art. 8 du Règlement 5156. Elle examine ensuite le Règlement dans son ensemble, mais «en mettant de côté l'article 8» et en concentrant son analyse sur l'aspect zonage du Règlement.

La Cour d'appel reproche au premier juge d'avoir conclu que le législateur avait pour objectif d'interdire l'accès aux jeunes dans des lieux où il pourrait y avoir rassemblement ou rencontres, ce qui aurait pour effet de rendre le crime plus propice. Cette constatation, écrit-elle, «ne prend pas appui sur la preuve et les procureurs de l'intimée—la Ville—se sont d'ailleurs bien gardés de baser leur argumentation là-dessus». Elle retient cependant, relativement à l'art. 8 du Règlement, une partie de la qualification que le premier juge donne à l'ensemble du Règlement:

Il faut donc conclure que l'objet ou le but de l'article 8 est de protéger les personnes mineures non pas contre l'influence néfaste d'un milieu criminogène que seraient les salles d'amusement, mais, encore une fois, contre l'exploitation commerciale des propriétaires d'appareils d'amusement.

La Cour d'appel en conclut que l'art. 8 est «une disposition qui touche à la capacité des personnes mineures» et que cette disposition est nulle parce que entre autres elle est inconciliable avec le *Code civil* qui occupe ce champ.

The Court of Appeal held that the remainder of By-law 5156, under cover of zoning, is intended essentially to prohibit the operation and use of amusement machines or amusement halls. It found that the By-law is therefore void as a zoning by-law, and [TRANSLATION] “in view of the colourability of the by-law” it would not be appropriate to consider whether it is valid as a prohibitory by-law. On this final point, the Court of Appeal in effect found that the City council had acted in bad faith, for it stated that its ruling was based on the decision of this Court in *Landreville v. Ville de Boucherville*, [1978] 2 S.C.R. 801.

In this Court, the Attorney General of Canada supported the view of By-law 5156 taken by the trial judge.

The Attorney General of Quebec did likewise, but specially emphasized the aspect of protection of youth and prevention of crime.

Perhaps to support the findings of the trial judge on this last point and to meet the objections made by the Court of Appeal as to lack of evidence in this regard, the Attorney General of Quebec attached two appendices to his submission and referred to these appendices in four paragraphs of the submission. The first appendix, which summarizes the second, is a newspaper clipping titled “Les ‘arcades’ contribuent à augmenter la criminalité chez les jeunes”. The other appendix is an article titled “Video Arcades, Youth and Trouble” by a professor of sociology, Desmond Ellis. These two publications were subsequent to the Court of Appeal judgments.

At the start of the hearing, after hearing the parties, the Court allowed from the bench a motion by respondents asking that the two appendices in question and the paragraphs referring to them be expunged from the submission of the Attorney General of Quebec. The Court expressed the view [TRANSLATION] “that the record cannot be added to in this way at this stage”.

In any case, the addition of the two appendices in question was quite unnecessary, in my opinion.

Quant au reste du Règlement 5156, la Cour d’appel tient que, sous le couvert de zonage, il vise essentiellement à prohiber l’exploitation ou l’utilisation d’appareils d’amusement ou de salles d’amusement. Ce règlement serait donc nul comme règlement de zonage et «vu la teneur spécifique du règlement», il ne serait pas opportun de se demander s’il est valide comme règlement de prohibition. Sur ce dernier point, la Cour d’appel conclut effectivement à la mauvaise foi du conseil de la Ville car elle dit s’inspirer de l’arrêt de cette Cour dans *Landreville c. Ville de Boucherville*, [1978] 2 R.C.S. 801.

Devant cette Cour, le procureur général du Canada a soutenu la qualification du Règlement 5156 retenue par le premier juge.

Le procureur général du Québec a fait de même mais en insistant particulièrement sur l’aspect de la protection de la jeunesse et de la prévention du crime.

Peut-être pour étayer les conclusions du premier juge sur ce dernier point et pour tenir compte des reproches que lui adresse la Cour d’appel relativement aux lacunes de la preuve à ce sujet, le procureur général du Québec a joint deux annexes à son mémoire et a référé à ces annexes dans quatre paragraphes de ce mémoire. La première annexe, qui résume la deuxième, est une découpe de journal intitulée «Les «arcades» contribuent à augmenter la criminalité chez les jeunes». L’autre annexe est un article intitulé «Video Arcades, Youth and Trouble» par le professeur de sociologie Desmond Ellis. Ces deux publications sont subséquentes aux arrêts de la Cour d’appel.

Au début de l’audition, après avoir entendu les parties, la Cour a accueilli séance tenante une requête des intimés demandant que soient rayés du mémoire du procureur général du Québec les deux annexes en question et les paragraphes qui y renvoient. La Cour a exprimé l’avis «qu’il ne peut à ce stade être ajouté au dossier de cette façon».

De toute manière, les deux annexes en question étaient bien inutiles à mon avis.

I should say at once that, in my view, the trial judge was essentially correct in characterizing By-law 5156 as he did, with the means at his disposal. As indicated by its short title, the By-law is concerned with amusement machines and halls. I should say that certain of these provisions, such as ss. 3, 4, 5, 6 and 8, are primarily provisions regulating commerce within the meaning of Division 2 of Chapter II of the *Charter*, *supra*, which consists solely of art. 521, while s. 7 is primarily a zoning by-law like those covered by paras. 2a. and b. of art. 524 of the *Charter*. However, these provisions, in particular ss. 3, 4, 5, 6, 7.1.1, 7.1.2, 7.1.4.1, 7.1.4.2, 7.3 and especially s. 8, appear to me to have been also adopted, at least in part, for policing purposes as provided for in the *Charter* by art. 516 and paras. g. and s. of art. 517. It is therefore true to say that By-law 5156, which contains a zoning by-law, "is also intended to protect juveniles" and "may be interpreted as a local policing by-law".

I accept and adopt the unanimous and concurring findings of the Superior Court and the Court of Appeal that one of the aims or purposes of By-law 5156, and in particular its s. 8, is to protect children and adolescents against commercial exploitation by the owners of amusement machines.

However, unlike the Court of Appeal, I have no difficulty accepting the findings of the trial judge that the purpose of the By-law is also to prevent crime. The criticism made of the trial judge by the Court of Appeal as to the lack of evidence on this point seems to me, with respect, to be unjustified. The trial judge did not rely on the evidence in arriving at his findings, but in my opinion on the actual provisions of the impugned by-law and on the inferences he drew from them as well as the inferences he drew from human nature, the nature of things and the social conditions of his time, of which he took judicial notice. The courts cannot be unaware that children and adolescents generally have limited financial resources, amounts given to them by their parents for meals, transportation and other small expenses, or earned for work

J'indique en effet dès maintenant que, pour l'essentiel, le premier juge a selon moi eu raison de qualifier le Règlement 5156 comme il l'a fait avec les seuls moyens dont il disposait. Ce règlement porte sur les appareils et les salles d'amusement, comme l'indique son titre abrégé. Je préciserais que certaines de ses dispositions, tels les art. 3, 4, 5, 6 et 8 sont d'abord des dispositions de réglementation du commerce au sens de la section 2 du Chapitre II de la *Charte*, précitée, qui ne comporte que le seul art. 521, tandis que l'art. 7 est d'abord un règlement de zonage comme ceux que prévoient les al. 2a) et b) de l'art. 524 de la *Charte*. Cependant, ces dispositions, plus particulièrement les art. 3, 4, 5, 6, 7.1.1, 7.1.2, 7.1.4.1, 7.1.4.2, 7.3 et surtout l'art. 8, me paraissent aussi avoir été adoptés, en partie du moins, à des fins de police comme le prévoit la *Charte* à l'art. 516 et aux al. g) et s) de l'art. 517. Il est donc exact de dire que le Règlement 5156, qui comporte un règlement de zonage, «vise également à protéger les jeunes» et «peut être interprété comme un règlement de police locale».

J'accepte et j'adopte les conclusions unanimes et concordantes de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, selon lesquelles l'un des objets ou des buts du Règlement 5156, et particulièrement de son art. 8, est de protéger les enfants et les adolescents contre l'exploitation commerciale par des propriétaires d'appareils d'amusement.

Contrairement à la Cour d'appel cependant, je n'éprouve aucune difficulté à retenir les conclusions du premier juge selon lesquelles le Règlement a également pour but de prévenir la criminalité. La critique adressée au premier juge par la Cour d'appel à propos des lacunes de la preuve sur ce point me paraît injustifiée, soit dit avec égards. Ce n'est pas sur la preuve que le premier juge s'appuie pour arriver à ses conclusions mais plutôt, me semble-t-il, sur les dispositions mêmes du règlement attaqué et sur les inférences qu'il en tire de même que sur les inférences qu'il tire de la nature des hommes, de la nature des choses et des conditions sociales qui prévalent à son époque, dont il prend judiciairement connaissance. Les tribunaux ne peuvent ignorer que les enfants et les adolescents ne disposent généralement que de maigres

usually done after school on a part-time basis. The courts cannot disregard the attraction which amusement machines and amusement halls are likely to exert on children and adolescents, or the difficulty characteristic of their age group which such young persons may have in resisting them, both while they have money and when they run out of it. Once this happens, it is to be expected that there will always be adults and even other juveniles who will notice that the child or adolescent is now in need of money and suggest to them means of obtaining it which are often dishonest to say the least: there is thus a foreseeable risk of corruption and delinquency, which the authorities will try to prevent. If the judge reading a by-law like By-law 5156 is aware of this risk, it is not unreasonable to think that the legislator enacting it was aware of the same. It does not matter whether the operation of amusement machines or amusement halls in fact contributes to delinquency, or if so, whether measures such as By-law 5156 are really effective. This is compensated, if necessary, by the legislator's good faith, which is to be presumed, and his intention to act in the public interest, directly and with the means within his jurisdiction. The probability that factors such as those which I have just mentioned prompted the legislator to adopt the provisions of By-law 5156 provides a sufficient basis for its characterization. Moreover, these factors may as easily be inferred as those relating to the protection of children and adolescents against commercial exploitation. As regards the argument of counsel for the City in the Court of Appeal, I do not know what it took care not to say, but in this Court the same counsel did not fail to support without reservation the characterization adopted by the trial judge.

### III—Grounds for Annulment Raised by Respondents

In their petition to annul By-law 5156 for illegality, both in the Superior Court and in the Court

ressources financières, sommes versées par leurs parents pour leurs collations, frais de transport et autres menues dépenses, ou bien salaire de travaux accomplis le plus souvent à temps partiel en dehors des heures d'école. Les tribunaux ne peuvent faire abstraction de l'attrait que les appareils d'amusement et les salles d'amusement sont susceptibles d'exercer sur les enfants et les adolescents, non plus que de la difficulté, propre à leur âge, que ces jeunes peuvent éprouver à y résister tant que durent leurs ressources comme après qu'elles sont épuisées. Une fois cette étape franchie, il ne manquera pas d'adultes et même d'autres jeunes pour remarquer l'état de l'enfant et de l'adolescent maintenant démunis et pour leur proposer des moyens malhonnêtes, c'est souvent le moins que l'on puisse dire, de se procurer de l'argent. D'où le risque de corruption et de délinquance que les autorités voudront combattre, on doit s'y attendre. Si ce risque est présent à l'esprit du juge qui lit un règlement comme le Règlement 5156, il n'est pas déraisonnable de penser qu'il était également présent à l'esprit du législateur qui l'a édicté. Il importe peu que l'exploitation des appareils d'amusement et des salles d'amusement contribue effectivement à la délinquance ou, si tel est le cas, que des mesures comme celles du Règlement 5156 soient vraiment efficaces. Y suppléent, s'il y a lieu, la bonne foi du législateur, qui se présume, de même que son intention d'agir dans l'intérêt public, sans détour et avec les moyens qui relèvent de sa compétence. La probabilité que des considérations comme celles que je viens de mentionner aient inspiré au législateur les dispositions du Règlement 5156 suffit à en fonder la qualification. On peut d'ailleurs inférer ces considérations aussi facilement que celles qui sont relatives à la protection des enfants et des adolescents contre l'exploitation commerciale. Quant à l'argumentation des procureurs de la Ville en Cour d'appel, j'ignore de quoi elle a pu se garder mais, devant cette Cour, les mêmes procureurs n'ont pas manqué d'appuyer sans réserve la qualification retenue par le premier juge.

### III—Motifs d'annulation invoqués par les intimés

Dans leurs requêtes en annulation du Règlement 5156 pour motif d'illégalité, de même qu'en Cour

of Appeal, respondents raised various grounds of illegality. Those which they continued to support in this Court may be grouped under four headings:

- (a) the illegality of the By-law in terms of administrative law:—this concerns primarily the allegedly prohibitory nature of the By-law and its validity in light of the enabling provisions of the *Charter*;
- (b) the illegality of the By-law on account of its being too vague:—this ground involves the definition of amusement machines in s. 2;
- (c) the illegality of the By-law on account of discrimination:—this ground concerns the prohibition regarding persons less than eighteen years of age, contained in s. 8; it also involves that contained in para. D of s. 12, though it was not discussed separately in the pleadings;
- (d) the unconstitutionality of the By-law and of the enabling provisions of the *Charter*.

#### IV—The By-law in Terms of Administrative Law

The argument made by respondents under this heading was twofold.

Its principal branch, which was approved by the Court of Appeal, was that, under colour of being a zoning by-law, By-law 5156 is disguised legislation which, both in its effects and purpose, objectively and subjectively, prohibits amusement machines. Accordingly, it was argued, it is void under the general principles of administrative law specifying that the general power to regulate commerce does not include that of prohibiting it: *Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88.

The other branch, on which the Court of Appeal expressed no opinion, was that By-law 5156 was *ultra vires* the enabling provisions of the *Charter*.

This heading will deal with these two branches.

As the Court of Appeal approved for all practical purposes the principal branch mentioned by respondents in their submission to the Court of Appeal, it will be necessary in reviewing the rea-

supérieure et en Cour d'appel, les intimés ont invoqué divers motifs d'illégalité. Ceux qu'ils ont continué de plaider devant cette Cour peuvent être groupés sous quatre chefs:

- a) l'illégalité du Règlement au plan du droit administratif;—il s'agit principalement ici du caractère prétendument prohibitif du Règlement et de sa validité en regard des dispositions habilitantes de la *Charte*;
- b) l'illégalité du Règlement pour cause d'imprécision;—ce motif vise la définition des appareils d'amusement à l'art. 2;
- c) l'illégalité du Règlement pour cause de discrimination;—ce motif a trait à l'interdiction relative aux personnes âgées de moins de dix-huit ans, décrétée par l'art. 8; il vise aussi celle qui est décrétée par l'al. D de l'art. 12, quoiqu'il n'en ait pas été discuté séparément dans les plaidoiries;
- d) l'inconstitutionnalité du Règlement et des dispositions habilitantes de la *Charte*.

#### e IV—Le Règlement au plan du droit administratif

Le moyen soulevé sous ce chef par les intimés comporte deux volets.

Le volet principal, et celui que la Cour d'appel approuve, c'est que, sous le couvert d'un règlement de zonage, le Règlement 5156 est une législation déguisée qui, dans ses effets comme dans son but, c'est-à-dire objectivement et subjectivement, prohibe les appareils d'amusement. Il serait donc nul selon les principes généraux du droit administratif qui veulent que le pouvoir général de réglementer le commerce ne comporte pas celui de le prohiber; *Toronto v. Virgo*, [1896] A.C. 88.

L'autre volet, sur lequel la Cour d'appel ne s'est pas prononcée, c'est que le Règlement 5156 serait *ultra vires* des dispositions habilitantes de la *Charte*.

Il sera question de ces deux volets dans ce chapitre.

Comme la Cour d'appel accepte à toutes fins pratiques le volet principal mentionné par les intimés dans leur mémoire en Cour d'appel, il importe, pour apprécier les motifs de la Cour

sons of the Court of Appeal to reproduce a considerable portion of both the passages from this submission cited with approval by the Court of Appeal and the comments added by that Court. (It will be recalled that respondents in this Court were appellants in the Court of Appeal.) The Court of Appeal said the following:

[TRANSLATION] I now wish to consider the argument of appellants that by-law 5156 "is prohibitory legislation adopted under colour of the right to regulate".

At pages 8 *et seq.* of their submission, appellants wrote:

Appellants argue that it is impossible for by-law 5156 to be all that at the same time, because of the limitations inherent in administrative law and constitutional law. The impugned by-law cannot simultaneously be a by-law relating to amusement machines, a by-law relating to the conditions of use of amusement halls (that is, zoning), a by-law relating to the protection of youth and a by-law on local policing (that is, prohibitory). The prevention of crime and "local policing" are quite foreign to the concept of zoning; there is accordingly a question as to whether the impugned by-law really is a zoning by-law or is "colourable legislation".

The impugned by-law has to be characterized. The Court must determine its true nature, its "pith and substance". If it is a by-law relating to amusement machines, we maintain that it is invalid from a constitutional standpoint; if it is a by-law to protect youth, the City lacks the power to adopt it; if it is a by-law for local policing, that is, prohibitory, then it is invalid as prohibitory legislation adopted under colour of the right to regulate; and it is also invalid because of its nature as criminal legislation.

At page 10, appellants added:

As we have seen, by-law 5156 tends to restrict their presence in amusement halls only. However, respondent was not content with that: it went on to legislate as to these halls themselves—already restricted to the "C-11" commercial zones—by reducing to less than one per cent the linear space of the said C-11 zones, in which such halls can occupy commercial premises, as the trial court was able to see with respect to a typical sector of respondent City, which in the words of the assistant director of town planning himself was the subject of its most recent major zoning by-law . . .

d'appel, de reproduire en bonne partie tant les passages de ce mémoire cités avec approbation par la Cour d'appel que les considérations que la Cour d'appel y ajoute. (Rappelons que les intimés en cette Cour sont appelants en Cour d'appel.) Voici comment s'exprime la Cour d'appel:

Je désire maintenant étudier l'argument des appelants que le règlement 5156 «est une législation prohibitive adoptée sous le couvert du droit de réglementer».

Aux pages 8 et suivantes de leur mémoire, les appelants écrivent:

Les appelants soutiennent qu'il est impossible pour le règlement 5156 d'être tout cela à la fois, à cause des restrictions propres au droit administratif et au droit constitutionnel. Le règlement entrepris ne peut être simultanément un règlement relatif aux appareils d'amusement, un règlement relatif aux conditions d'utilisation des salles d'amusement (*i.e.* de zonage), un règlement relatif à la protection de la jeunesse et un règlement de police locale (*i.e.* de prohibition). La prévention du crime et la «police locale» sont plutôt étrangères à la notion du zonage; il y a donc lieu de s'enquérir sur la question de savoir si le règlement entrepris est un véritable règlement de zonage ou un règlement spécieux («colourable legislation»).

En effet, il faut faire la qualification de la réglementation entreprise. Il faut en préciser la nature, son caractère véritable ou son «*pith and substance*». S'il s'agit d'un règlement relatif aux appareils d'amusement, nous prétendons qu'il est invalide d'un point de vue constitutionnel, si c'est un règlement de protection de la jeunesse, la Ville est dépourvue de pouvoir pour l'adopter; s'il s'agit d'un règlement de police locale, *i.e.* de prohibition, il est alors invalide comme constituant une législation prohibitive adoptée sous le couvert du droit de la réglementer; et il est aussi invalide à cause de sa nature de législation criminelle.

À la page 10, les appelants ajoutent:

Le règlement 5156—nous l'avons vu—tend à restreindre leur présence aux seules salles d'amusement. Toutefois, l'intimée ne se contente pas de si peu: elle légifère ensuite sur ces salles elles-mêmes—déjà restreintes aux espaces commerciaux dits «C-11»—en réduisant à moins de 1% l'espace linéaire des dites zones C-11 dans lequel de telles salles peuvent occuper des locaux commerciaux, comme la Cour de première instance a pu le constater à l'égard d'un secteur typique de la Ville intimée qui, aux dires mêmes de son directeur-adjoint de l'Urbanisme, a fait l'objet de son plus récent grand règlement de zonage . . .

At page 12, they went on:

In our submission, only one conclusion is possible: the by-law in question is essentially designed to place quasi-total and absolute limitations on amusement machines. Under colour of zoning the property and regulating the uses of it, it seeks to limit the availability of amusement machines in general and to minors in particular. Section 8 of the by-law is quite explicit on this latter point. In the recommendation of the executive committee accompanying the first study draft of the by-law in question, it stated:

The basic purpose of this by-law is to provide some control over the establishment of amusement halls and the operation of amusement machines in order to make them less easily accessible to minors . . . .

At first sight, the fact that the by-law deals with amusement halls may give it the colour of a regulation on immovable property, but the provisions relating to halls are based on the concept of an amusement machine. Without amusement machines, there would be no provisions regarding amusement halls. In short, the by-law is an attempt to cover machines through an alleged zoning power. Zoning can never apply to movable property, nor can it enable a municipal corporation to regulate or prohibit matters over which it has no jurisdiction. Just as gasoline tanks are not zoned so as to prohibit them (*Anctil v. Cour municipale de la Ville de la Pocatière et al.*, [1973] C.S. 238), and just as zoning cannot be used to prohibit what it is not within the jurisdiction of the municipal corporation to prohibit (*Cloutier v. Richmond*, [1976] C.S. 248, at p. 250), so zoning cannot be used to prevent crime, especially when the latter does not exist or has ceased to exist.

After citing a passage from the City's submission, the Court of Appeal went on:

[TRANSLATION] I accept the proposition of appellants that by-law 5156 (leaving aside s. 8, a prohibitory provision in the opinion of both parties) is a by-law which is not really a zoning by-law but one which, under colour of being a zoning by-law, seeks to prohibit the operation or use of amusement machines or the operation of and attendance at amusement halls.

It is clear that, in using its powers of zoning, respondent can define what constitutes an amusement hall and provide that such an amusement hall cannot be operated except in one or more specific sectors of its territory, that such sectors may be large or small, or anywhere but

À la page 12, ils ajoutent:

Il n'y a, nous semble-t-il, qu'un constat à faire: la réglementation à l'étude s'envisage essentiellement en termes de restrictions quasi-totales et absolues des appareils d'amusement. Sous le couvert de zoner la propriété et d'en réglementer les utilisations, elle veut rendre les appareils d'amusement peu accessibles en général et en particulier aux mineurs. L'article 8 du règlement est bien explicite sur ce dernier point. Dans la recommandation du Comité exécutif qui accompagnait le document de première lecture du règlement à l'étude, ne lisait-on pas:

Ce projet de règlement vise essentiellement à contrôler l'établissement de salles d'amusement ainsi que l'exploitation d'appareils d'amusement de sorte qu'ils soient moins facilement accessibles aux mineurs . . .

Le fait que le règlement traite des salles d'amusement peut lui donner, à première vue, une coloration de réglementation relative à la propriété immobilière, mais les dispositions relatives aux salles sont fonction du concept de l'appareil d'amusement. Sans les appareils d'amusement, il n'y aurait pas de dispositions quant aux salles d'amusement. En bref, la réglementation veut atteindre les appareils par le biais d'un prétendu pouvoir de zoner. Or, le zonage ne peut jamais porter sur des objets mobiliers; il ne peut non plus permettre à une corporation municipale de réglementer ou de prohiber des réalités sur lesquelles elle n'a aucune compétence. Autant on ne zone pas des réservoirs d'essence pour les prohiber (*Anctil v. Cour municipale de la Ville de la Pocatière et al.*, [1973] C.S. 238), autant on ne zone pas pour prohiber ce qu'il n'est pas du ressort de la corporation municipale de prohiber (*Cloutier v. Richmond*, [1976] C.S. 248, p. 250). Autant on ne zone pas pour prévenir le crime, surtout si celui-ci n'existe pas ou a cessé d'exister.

Après avoir cité un passage du mémoire de la Ville, la Cour d'appel poursuit:

J'accepte la proposition des appelants que le règlement 5156 (en mettant de côté l'article 8, qui de l'avis des deux parties, est une disposition prohibitive) est un règlement qui n'est pas véritablement un règlement de zonage mais un règlement qui, sous les apparences d'un règlement de zonage, en est un qui vise à prohiber l'exploitation ou l'utilisation d'appareils d'amusement ou l'exploitation et la fréquentation de salles d'amusement.

Il est certain que l'intimée, en application de ses pouvoirs en matière de zonage, peut définir ce qu'est une salle d'amusement et prescrire qu'une telle salle d'amusement ne peut être exploitée ailleurs que dans un ou des secteurs spécifiques de son territoire, que ce ou ces

in a building of a specific type. In other words, respondent had the power to act as it did in formal terms. There is no question of denying that it had this power.

However, it is necessary to go beyond appearances and look at the reality.

Respondent began by prohibiting the operation or use of an amusement machine anywhere but in an amusement hall. Respondent's powers are quite wide enough to enable it, in a zoning by-law, to prohibit a particular activity in a building or on land of a specific type. One can imagine a host of situations in which respondent would be justified in making such a prohibition in a zoning by-law (see the circumstances of *E.S.F. Ltd. v. Ville de Montréal*, C.A. Montréal, No. 500-09-000 548-743, July 11, 1977, and those of *Gazette Printing Co. v. City of Montreal*, C.S. Montréal, No. 500-18-000 076-72, April 11, 1973); in the case at bar, however, in what way can the use of a single amusement machine, in a particular store, be harmful to the local community and be subject to prohibition in a zoning by-law? In asking this question I am not attempting to usurp the function of the council of respondent and to make a value judgment on the wisdom of the provision: my sole purpose is to examine respondent's true intent. As I have found no answer to the question, I regard it as unreasonable and wrongful that respondent, claiming to exercise its powers of zoning, has prohibited an activity which has so little connection with zoning or construction as the use of a single amusement machine in a particular restaurant or store.

After making this prohibition, respondent created amusement halls from nothing, since by-law 5156 provides that an amusement machine may be used in an amusement hall. However, where the "colourability" of the by-law can be clearly seen and the procedure is manifestly wrongful is where, as the result of other provisions in by-law 5156 and other by-laws of respondent, the operation of an amusement hall is allowed only in a very tiny part of respondent's territory. It is quite apparent that, for all practical purposes, respondent sought to prohibit the operation and use of amusement machines and that, for reasons best known to itself, it masked this prohibition by cloaking it in a by-law which to all intents and purposes was a zoning by-law.

It is the provision of by-law 5156 prohibiting the operation or use of a single amusement machine anywhere but in an amusement hall which seems to me to be particularly wrongful as a zoning provision. There are

secteurs soient plus ou moins étendus, ou ailleurs que dans un bâtiment d'un type spécifique. En d'autres mots, l'intimée avait le pouvoir d'agir comme elle l'a fait formellement. Il n'est pas question de lui nier ce pouvoir.

Mais au-delà des apparences, il faut regarder la réalité.

L'intimée a commencé par prohiber l'exploitation ou l'utilisation d'un appareil d'amusement, ailleurs que dans une salle d'amusement. Les pouvoirs de l'intimée sont assez vastes pour lui permettre, à l'intérieur d'un règlement de zonage, de prohiber une activité particulière dans un bâtiment ou sur un terrain d'un type spécifique. On peut imaginer une foule de situations où l'intimée sera justifiée de faire une telle prohibition dans un règlement de zonage. (Voir les circonstances de l'affaire *E.S.F. Ltd. c. Ville de Montréal*, C.A. Montréal 500-09-000 548-743, le 11 juillet 1977 et celles de l'affaire *Gazette Printing Co. c. City of Montreal*, C.S. Montréal 500-18-000 076-72, le 11 avril 1973). Mais, en l'espèce, en quoi l'utilisation d'un seul appareil d'amusement, dans une boutique quelconque, peut-elle être nuisible à la collectivité locale et sa prohibition justifiable dans un règlement de zonage? En posant cette question je n'entends pas me substituer au Conseil de l'intimée et porter un jugement de valeur sur la sagesse de la disposition, mais j'entends seulement m'interroger sur les véritables intentions de l'intimée. Comme je ne trouve pas de réponse à la question, je trouve déraisonnable et abusif que, prétendant exercer ses pouvoirs en matière de zonage, l'intimée prohibe une activité ayant aussi peu de rattachement au zonage ou à la construction que l'utilisation d'un seul appareil d'amusement dans un restaurant ou magasin quelconque.

Après avoir fait cette prohibition, l'intimée crée de toutes pièces des salles d'amusement puisque le règlement 5156 prescrit qu'on peut utiliser un appareil d'amusement dans une salle d'amusement. Mais là où la spéciosité du règlement apparaît clairement et là où le procédé est manifestement abusif c'est lorsque, par l'effet des autres dispositions du règlement 5156 et des autres règlements de l'intimée, l'exploitation d'une salle d'amusement n'est permise que dans une infime partie du territoire de l'intimée. Il est manifeste que l'intimée voulait, à toutes fins utiles, prohiber l'exploitation et l'utilisation d'appareils d'amusement et que, pour des motifs qui sont les siens, elle a maquillé cette prohibition en l'enveloppant dans un règlement qui a toutes les apparences d'un règlement de zonage.

C'est la disposition du règlement 5156 qui prohibe l'exploitation ou l'utilisation d'un seul appareil d'amusement ailleurs que dans une salle d'amusement qui me paraît particulièrement abusive comme disposition en



no valid objections to respondent's decision to require that amusement halls be operated nowhere but in specific sectors, and even in very limited sectors. However, as under by-law 5156 an amusement hall may theoretically have only one amusement machine, it seems to me that the entire by-law is wrongful.

The Court of Appeal accordingly held that the territorial consequences of the impugned by-law make it objectively prohibitory; it further held that the by-law is subjectively prohibitory because of the intent of the legislator, who sought primarily to prohibit the operation of amusement machines as such, even in the case of a single machine.

In reviewing the first finding the Court has to examine the evidence presented by respondents, who have the burden of establishing that the by-law they were challenging is void. The City presented no evidence.

The zoning provisions are contained in s. 7 of By-law 5156. The territorial effect of these provisions must be taken together with that of other zoning by-laws of the City, which are not at issue, and according to which at the relevant period the operation of amusement halls, formerly known as "amusement galleries", was allowed only in certain commercial sectors and certain industrial sectors, subject to acquired rights.

Respondents accordingly caused officers of the City to file, in addition to a copy of By-law 5156 and its explanatory notes, the text of certain zoning by-laws and plans of various sectors of the City showing the commercial or industrial sectors in which amusement halls are allowed in accordance with the zoning by-laws and s. 7 of the impugned by-law.

Respondents also submitted an "Étude sur l'application du règlement n° 5156 Ville de Montréal" prepared at the request of counsel for the respondents by a town planning firm, and in particular by the firm's vice-president, Luc Tittley, a town planning consultant and expert. This study is of a sector of the City which the parties agreed was representative of the conditions for application of By-law 5156. This sector corresponds to the terri-

matière de zonage. Il n'y a pas en effet d'objections valables à l'encontre de la décision de l'intimée de prescrire qu'on ne peut exploiter des salles d'amusement ailleurs que dans des secteurs spécifiques, même dans des secteurs très restreints. Cependant comme, suivant le règlement 5156, une salle d'amusement peut théoriquement n'avoir qu'un appareil d'amusement, c'est tout le règlement 5156 qui me paraît abusif.

La Cour d'appel tient donc que le règlement attaqué est objectivement prohibitif par ses conséquences territoriales; elle tient de plus que ce règlement est subjectivement prohibitif par l'intention du législateur qui viserait surtout à interdire l'exploitation des appareils d'amusement comme tels, ne s'agirait-il que d'un seul appareil.

Pour apprécier la première conclusion, il faut examiner la preuve faite par les intimés à qui il incombe d'établir la nullité du règlement qu'ils attaquent. La Ville n'a présenté aucune preuve.

C'est à l'art. 7 du Règlement 5156 que l'on trouve les dispositions de zonage. L'effet territorial de ces dispositions s'ajoute à celui des autres règlements de zonage de la Ville qui eux, ne sont pas attaqués, et selon lesquels à l'époque pertinente, l'exploitation de salles d'amusement, auparavant appelées «galeries d'amusement», n'est permise que dans certains secteurs de commerce et certains secteurs d'industrie, sous réserve des droits acquis.

Les intimés ont donc fait produire par des officiers de la Ville, en plus d'une copie du Règlement 5156 et de ses notes explicatives, le texte de certains règlements de zonage ainsi que des plans de divers quartiers de la Ville montrant les secteurs de commerce ou d'industrie où les salles d'amusement sont permises à raison des règlements de zonage et de l'art. 7 du règlement attaqué.

Les intimés ont également fait produire une «Étude sur l'application du règlement n° 5156 Ville de Montréal» préparée à la demande du procureur des intimés par une société d'urbanistes et particulièrement par le vice-président de cette société, Luc Tittley, urbaniste-conseil et expert. Cette étude porte sur un secteur de la Ville dont les parties ont reconnu qu'il s'agit d'un secteur type représentatif des conditions d'applicabilité du

tory in which one of the aforementioned zoning by-laws, 4980, applies. The study prepared by the expert Tittley contained a zoning plan titled "Conséquence spatiale de l'application du règlement 5156 sur le territoire visé par le règlement 4980". The witness Tittley presented his report to the Superior Court and was cross-examined.

Finally, the evidence submitted by respondents includes the deposition of Jack Lerner, secretary-treasurer of Arcade.

The most significant evidence on the territorial consequences of s. 7 of By-law 5156 is the report and deposition of the witness Tittley: it is the only evidence which quantifies with some degree of accuracy the territorial effect of the By-law on the establishment of amusement halls.

According to the witness Tittley's report and the explanation he gave of it in his deposition, under zoning by-law 4980 alone the establishment of amusement halls in the sector of the City considered is allowed for a distance or linear space of 123,130 feet of frontage. However, the further application of s. 7 of By-law 5156 would reduce this linear space to 1,175 feet of frontage, that is .095 per cent or less than one per cent of the space allowed by zoning by-law 4980. (This is the explanation of the proportion mentioned by respondents in their submission to the Court of Appeal and cited by the latter in the passage reproduced above.)

Nonetheless, the witness Tittley acknowledged both in his report and in his cross-examination that if, in the sector in question, only ss. 7.1.4.1 and 7.1.4.2 of By-law 5156 were considered—a distance of less than 200 meters from a teaching institution, a public park or a playground—by transforming the buildings so as to end their potential use for residential purposes, the combined effect of the two by-laws would reduce the area allowed for amusement halls to 9,160 feet of frontage, or 7.43 per cent of the space allowed by zoning by-law 4980. It is certainly unlikely that the possibility of using such buildings for residential purposes would be entirely eliminated. How-

Règlement 5156. Ce secteur correspond au territoire où s'applique l'un des règlements de zonage mentionnés plus haut, le Règlement 4980. L'étude préparée par l'expert Tittley comprend un plan de zonage intitulé «Conséquence spatiale de l'application du règlement 5156 sur le territoire visé par le règlement 4980». Le témoin Tittley a présenté son rapport en Cour supérieure et il a été contre-interrogé.

Enfin, la preuve offerte par les intimés comporte la déposition de Jack Lerner, secrétaire-trésorier de Arcade.

La preuve la plus importante au plan des conséquences territoriales de l'art. 7 du Règlement 5156 est le rapport et la déposition du témoin Tittley: c'est la seule qui quantifie avec une certaine précision l'effet territorial du Règlement sur l'établissement des salles d'amusement.

Selon le rapport du témoin Tittley et les explications qu'il en donne dans sa déposition, en vertu du seul règlement de zonage 4980, l'établissement de salles d'amusement dans le secteur étudié de la Ville serait permis, sur une distance ou un espace linéaire de 123 130 pieds de front. Cependant, l'application additionnelle de l'art. 7 du Règlement 5156 réduirait cet espace linéaire à 1 175 pieds de front, c'est-à-dire .095 pour 100 ou moins de 1 pour 100 de l'espace permis par le règlement de zonage 4980. (C'est là l'explication de la proportion mentionnée par les intimés dans leur mémoire en Cour d'appel et citée par celle-ci dans le passage reproduit plus haut.)

Néanmoins, le témoin Tittley reconnaît tant dans son rapport que son contre-interrogatoire que si, dans le secteur en question, on ne tenait compte que des art. 7.1.4.1 et 7.1.4.2 du Règlement 5156—distance de moins de 200 mètres d'une institution d'enseignement, d'un parc ou terrain de jeu public—en transformant les bâtiments de façon à mettre fin à la possibilité de leur usage pour fin d'habitation, l'application combinée des deux règlements réduirait à 9 160 pieds de front l'établissement permis de salles d'amusement, soit 7.43 pour 100 de l'espace permis par le règlement de zonage 4980. Sans doute la suppression totale des possibilités d'habitation dans de tels bâtiments

ever, a partial elimination remains possible, with a consequent expansion or increase of the area available for amusement halls.

Additionally, the witness Tittley acknowledged that he had not taken into account in his report acquired rights of operating commercial establishments, including amusement halls, outside commercial or industrial sectors, acquired rights which are protected by s. 4.15 of By-law 4980. The evidence did not include any quantification of the establishments or buildings so protected.

The City and respondents interpreted these qualifications differently in their submissions, but the trial judge found in favour of the City:

[TRANSLATION] Moreover, the evidence showed that if residential use is terminated in a zone where the by-law prohibits amusement halls, the building could be occupied for use as an amusement hall. Also, where taxpayers have acquired rights in a residential sector, occupancy could be replaced by an amusement hall.

The Court of Appeal did not discuss this point and accordingly did not show wherein the trial judge may have erred.

Furthermore, even if By-law 5156 reduced to about 1 per cent the proportion of commercial or industrial sectors where amusement halls can be established, I am not persuaded that this limitation, though a very wide one, amounts to a prohibition.

According to the deposition of the witness Lerner, the amusement halls operated by Arcade have an average area of 1,200 to 1,800 or 1,500 to 1,800 square feet, or an average frontage of some 40 linear feet. It would therefore be possible to accommodate up to 29 or 30 of these halls just in the small sector of 1,175 feet mentioned by the witness Tittley. No evidence exists as to the profitability of the amusement hall market, the saturation point of the market or its expansion potential. Respondents made no attempt to show that By-law 5156 has made their business unprofitable. Even in connection with s. 8—if one brings in a factor additional to that of zoning—respondents did not show that the impugned by-law had the effect of

est-elle improbable. Mais une suppression partielle reste possible, avec une expansion ou une augmentation consécutive de l'espace ouvert aux salles d'amusement.

<sup>a</sup> Au surplus, le témoin Tittley reconnaît n'avoir pas tenu compte dans son rapport des droits acquis d'exploiter des établissements de commerce, y compris des salles d'amusement, en dehors des secteurs de commerce ou d'industrie, droits acquis protégés par l'art. 4.15 du Règlement 4980. La preuve ne comporte pas de quantification des établissements ou bâtiments ainsi protégés.

<sup>b</sup> La Ville et les intimés interprètent différemment ces réserves dans leurs mémoires, mais le premier juge donne raison à la Ville:

<sup>c</sup> La preuve a d'ailleurs révélé que s'il est mis fin à l'habitation dans une zone où le règlement interdit une salle d'amusement, le bâtiment pourra être occupé pour fin de salle d'amusement. Également, là où des contribuables possèdent des droits acquis dans un secteur d'habitation, l'occupation pourra être remplacée par une salle d'amusement.

<sup>d</sup> La Cour d'appel ne discute pas ce point et ne montre par conséquent pas en quoi le premier juge a pu s'y tromper.

<sup>e</sup> D'ailleurs, même si le Règlement 5156 réduisait à environ 1 pour 100 la proportion des secteurs de commerce ou d'industrie où l'établissement de salles d'amusement est permis, je ne suis pas convaincu que cette restriction certes considérable équivaudrait à une prohibition.

<sup>f</sup> Selon la déposition du témoin Lerner, les salles d'amusement exploitées par Arcade auraient une superficie de 1 200 à 1 800 ou de 1 500 à 1 800 pieds carrés en moyenne, soit un front moyen d'à peu près 40 pieds linéaires. Il serait donc possible de loger jusqu'à 29 ou 30 de ces salles dans le seul petit secteur de 1 175 pieds mentionné par le témoin Tittley. Or il n'existe aucune preuve relative à la rentabilité du marché des salles d'amusement, au point de saturation de ce marché ou à ses possibilités d'expansion. Les intimés n'ont aucunement tenté de montrer que le Règlement 5156 rend leur commerce non rentable. Même à propos de l'art. 8—si l'on fait intervenir un facteur additionnel à celui du zonage—les intimés n'ont pas

preventing them from doing business. The witness Lerner said the following in this regard:

Q. And the customers that come to these places, are they mostly young people?

A. Not right now, they are not.

Q. I'm not asking you right now, since you have been in business for quite some time. I gather that before the By-law they were youngsters then?

BY Me MICHEL CÔTÉ:

What does my friend mean by youngsters, his language is almost as vague as the By-law.

Q. So let's say people from - well, you mentioned six years old (6) people, are there many youngsters?

A. Usually at that age they are with their parents and they play with their parents.

Q. I'm not asking if they play with their parents, I'm just asking if there are many?

A. Yes, they come in, yes.

BY Me MICHEL CÔTÉ:

The witness has told you.

BY Me NEUVILLE LACROIX:

And, I just want him to answer my question—and the same reflexion would apply for people from six (6) to ten (10) years old?

A. Sure.

Q. And from ten (10) to sixteen (16) years old?

A. Sure.

Q. And from also sixteen (16) to eighteen (18) years old?

A. That's correct.

Q. Would these people represent about the great proportion of your business?

A. No.

Q. Paying?

A. Not necessarily a great proportion, it is a good proportion, I wouldn't say it is a great proportion, no.

Q. So it wouldn't affect you if the age changed at all?

A. No, it will affect, because they are the ones that come more often.

Q. They come more often?

prouvé que le règlement attaqué avait pour effet de les empêcher de faire commerce. Voici ce qu'atteste le témoin Lerner à ce sujet:

[TRADUCTION] Q. Et les clients qui fréquentent ces endroits sont-ils principalement des jeunes personnes?

R. Non, à l'heure actuelle, non.

Q. Je ne vous demande pas à l'heure actuelle, puisqu'il y a un bon moment que vous exercez ce commerce. Je crois comprendre qu'avant l'adoption du règlement c'étaient des jeunes?

M<sup>e</sup> MICHEL CÔTÉ:

Qu'est-ce que mon collègue entend par jeunes? Son langage est presque aussi imprécis que le règlement.

Q. Ainsi disons des personnes à partir de, bien vous avez parlé de personnes de six (6) ans, y en a-t-il beaucoup de ces jeunes?

R. Habituellement à cet âge ils sont accompagnés de leurs parents et ils jouent avec eux.

Q. Je ne vous demande pas s'ils jouent avec leurs parents, je vous demande s'ils sont nombreux?

R. Oui, il y en a, oui.

M<sup>e</sup> MICHEL CÔTÉ:

Le témoin vous l'a dit.

M<sup>e</sup> NEUVILLE LACROIX:

Je souhaite seulement qu'il réponde à ma question; la même remarque s'appliquerait-elle aux personnes de six (6) à dix (10) ans?

R. Bien sûr.

Q. Et de dix (10) à seize (16) ans?

R. Bien sûr.

Q. Et aussi de seize (16) à dix-huit (18) ans?

R. C'est exact.

Q. Ces personnes représentaient-elles à peu près la plus grande part de votre clientèle?

R. Non.

Q. Des gens qui jouaient?

R. Pas nécessairement une grande part, mais une bonne part. Je ne dirais pas qu'il s'agit d'une grande part, non.

Q. Ainsi cela ne vous toucherait pas du tout s'il y avait des changements d'âge de la clientèle?

R. Non, ça toucherait mon commerce, car ce sont eux qui viennent le plus souvent.

Q. Ce sont eux qui viennent le plus souvent?

A. Naturally.

Q. They come more often than the adults?

A. Adults are usually working so I would imagine they do come, it is on weekends that we do get complete families or more adults, that's correct. <sup>a</sup>

Q. And children go to play when, during lunch hour mostly?

A. Not necessarily, if it is winter, they're not outside, they are always in the school I don't know what children do at noon hour but I know we are busy in certain areas, certain times with certain, I mean different types of clientèle - I have lot of locations that are in office buildings or shopping centers but there is a different classification immediately. <sup>b</sup>

Q. There is also children who come in the shopping centers? <sup>d</sup>

A. Sure there are.

The impugned by-law, though very limiting, nonetheless permits the free operation of amusement machines and halls in the premises and sectors authorized. All things considered, I find no error in the conclusion of the trial judge that "The severity of by-law 5156 does not *per se* make it prohibitory". <sup>e</sup>

So much for the objective territorial consequences of By-law 5156.

It remains to be seen whether By-law 5156 is subjectively prohibitory because of the intent of the legislator who enacted it. The Court must also consider whether By-law 5156 falls within the limits of the enabling provisions of the *Charter*, which is the second branch of the argument of illegality made under this heading. These two questions may conveniently be taken together, and in this connection I must, with respect, point out several fundamental errors in the reasons of the Court of Appeal and in the arguments presented by respondents. <sup>f</sup>

The first error made by the Court of Appeal was in characterizing as a "zoning by-law" the provision of By-law 5156 which, subject to acquired rights, protected by s. 4, in s. 3 prohibits the operation or use of any amusement machine other

R. Naturellement.

Q. Ils viennent plus souvent que les adultes?

R. En règle générale, les adultes travaillent, aussi j'imagine qu'ils viennent surtout la fin de semaine alors que nous recevons des familles complètes ou plus d'adultes, c'est exact.

Q. Et les enfants viennent jouer à quel moment? Principalement à l'heure du dîner?

R. Pas nécessairement. Si c'est l'hiver, ils ne sont pas à l'extérieur, ils sont toujours dans l'école et je ne sais pas ce que les enfants font à l'heure du midi, mais je sais que nous sommes occupés dans certains endroits, à certaines heures avec certains, je veux dire, différents types de clientèle—je possède des installations à plusieurs endroits qui se trouvent dans des immeubles à bureaux ou des centres commerciaux, mais on y trouve immédiatement une catégorie différente de clients. <sup>c</sup>

Q. Les enfants se rendent également dans les centres commerciaux? <sup>d</sup>

R. Bien sûr.

Le règlement attaqué, quoique très restrictif, permet quand même la libre exploitation des appareils et des salles d'amusement dans les lieux et les secteurs autorisés. Tout compte fait, je ne trouve pas d'erreur dans la conclusion du premier juge selon laquelle «La sévérité du règlement 5156 ne le rend pas pour cela prohibitif». <sup>e</sup>

Voilà pour les conséquences territoriales objectives du Règlement 5156.

Il reste à voir si le Règlement 5156 est subjectivement prohibitif par l'intention du législateur qui l'a édicté. Il reste aussi à examiner si le Règlement 5156 entre dans le cadre des dispositions habilitantes de la *Charte* ce qui est le second volet du motif d'illégalité invoqué sous ce chef. À propos de ces deux questions, qu'il me paraît commode d'étudier ensemble, je dois, soit dit avec égards, relever plusieurs erreurs déterminantes dans les motifs de la Cour d'appel comme dans les moyens soulevés par les intimés. <sup>f</sup>

La première erreur commise par la Cour d'appel c'est de qualifier de «règlement de zonage» la disposition du Règlement 5156 qui, sous réserve des droits acquis, protégés par l'art. 4, prohibe à l'art. 3 l'exploitation ou l'utilisation d'un seul

than in an amusement hall. The error could have been avoided if the Court of Appeal had confined itself to the comment which it made earlier, that it could not understand why the City "prohibited an activity which has so little connection with zoning or construction as the use of a single amusement machine in a particular restaurant or store".

This lack of connection can however be quite simply explained: ss. 3, 4, 5 and 6 of By-law 5156 are not zoning provisions and their validity in no way depends on art. 524 of the *Charter* relating to the zoning power. These provisions regulate amusement machines and amusement halls without taking into consideration the zones or sectors of the municipality in which they are operated. As I indicated at the outset, they are provisions which regulate commerce in the sense of Division 2 of Chapter II of the *Charter, supra*, and the City is empowered to enact them under paras. 4, 7 and 33 of art. 521 of the *Charter*.

According to the deposition of the witness Lerner, almost half the amusement machines are of the pinball type. They correspond to the definition of "amusement machines" contained in s. 2 of the impugned by-law. The same is true of pool, billiard or snooker tables under s. 6.2 of the By-law, when they are operated in an amusement hall.

These games are covered by the *Charter*, in para. 4 of art. 521.

The other amusement machines operated in amusement halls are primarily what the same witness Lerner called "television games". These machines are connected to television screens and are operated by the insertion of quarters. They allow about 90 seconds of play at simulated games such as basketball, ping-pong, baseball and soccer.

In my opinion, these other games fall within para. 33 of art. 521. They are ... slot machines, including ... any apparatus, table, board, rack or device placed at the disposal of the public

appareil d'amusement ailleurs que dans une salle d'amusement. L'erreur aurait peut-être été évitée si la Cour d'appel s'était arrêtée à l'observation qu'elle fait auparavant et selon laquelle elle ne peut s'expliquer pourquoi la Ville «prohibe une activité ayant aussi peu de rattachement au zonage ou à la construction que l'utilisation d'un seul appareil d'amusement dans un restaurant ou magasin quelconque».

Ce manque de rattachement s'explique pourtant de façon fort simple: les art. 3, 4, 5 et 6 du Règlement 5156 ne sont pas des dispositions de zonage et ne tirent en rien leur validité de l'art. 524 de la *Charte*, relatif au pouvoir de zonage. Ces dispositions réglementent les appareils d'amusement et les salles d'amusement sans prendre en considération les zones ou secteurs de la municipalité où on les exploite. Ce sont, comme je l'ai déjà indiqué au début, des dispositions de réglementation du commerce au sens de la section 2 du Chapitre II de la *Charte*, précitée, et la Ville est habilitée à les édicter en vertu des par. 4°, 7° et 33° de l'art. 521 de cette *Charte*.

Selon la déposition du témoin Lerner en effet, à peu près la moitié des appareils d'amusement sont des jeux de boules (*pinball machines*). Ils correspondent à la définition d'«appareils d'amusement» contenue à l'art. 2 du règlement attaqué. Il en va de même pour les tables de *pool*, billard ou *snooker*, en vertu de l'art. 6.2 du Règlement, quand elles sont exploitées dans une salle d'amusement.

Ces jeux sont visés par la *Charte* au par. 4° de l'art. 521.

Quant aux autres appareils d'amusement exploités dans les salles d'amusement, il s'agit principalement de ce que le même témoin Lerner appelle des *television games*. Ces appareils sont reliés à des écrans téléviseurs et actionnés par le dépôt de pièces de 25 sous. Ils permettent de jouer durant des périodes d'environ 90 secondes à des jeux simulés comme le ballon-panier, le ping-pong, le base-ball et le soccer.

Ces autres jeux tombent à mon avis sous le coup du par. 33° de l'art. 521. Ce sont des ... distributeurs automatiques, comprenant ... tout appareil, table, tableau, charpente ou mécanisme mis à

and operated by the introduction of coins or counters, or the operation whereof is governed, in any way, by the skill or judgment of the person using the same . . .

(Respondents disputed this interpretation on the ground, *inter alia*, that its effect is to make paras. 4 and 33 of art. 521 overlap each other and become redundant. This objection is groundless: games such as billiards, pool, *trou-madame*, *bagatelle*, and shooting galleries may be but are not necessarily slot machines: the overlapping and redundancy referred to by respondents are therefore only partial; they explain the desire to create the more extensive category of para. 33; the very wording of the latter constitutes a true definition which must be applied whenever it is justified by the language.)

The City is therefore authorized to enact ss. 3 and 4 of By-law 5156 pursuant to art. 521 of the *Charter*, in paras. 4 and 33.

Sections 5 and 6 of the By-law, relating to amusement halls, are clearly allowed by para. 7 of art. 521 of the *Charter*, which empowers the council to

authorize under license and regulate or prohibit . . . places of amusement . . .

Another aspect of the same error is that while it regarded ss. 3, 4, 5 and 6 of By-law 5156 as themselves constituting zoning provisions, the Court of Appeal also held them to be inseparable from the true zoning provisions contained in s. 7 of the By-law. While it is true that these sections assist in the implementation of s. 7 and perhaps even make it possible—I will return to this below—ss. 3, 4, 5 and 6 stand on their own and are perfectly capable of being effective regardless of any zoning by-law or within the more general limits of zoning such as that provided for in By-law 4980. Unlike the Court of Appeal, therefore, I consider that ss. 3, 4, 5 and 6, like s. 8 to which I will return, constitute a severable part of By-law 5156. I also note that these sections are in no way prohibitory. Section 4 safeguards rights acquired in connection with amusement machines operated outside of amusement halls. Such safeguarding is in general inconsistent with a prohibi-

la disposition du public et fonctionnant au moyen de l'introduction de pièces de monnaie ou de jetons, ou dont le fonctionnement dépend, de quelque manière, de l'adresse ou du jugement de la personne qui s'en sert . . .

<sup>a</sup> (Les intimés contestent cette interprétation au motif, entre autres, qu'elle a pour effet de faire se recouper les par. 4<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup> de l'art. 521 et de les rendre redondants. Cette objection est mal fondée: des jeux comme les jeux de billard, *pool*, *trou-madame*, *bagatelle* et salles de tir peuvent être mais ne sont pas nécessairement des distributeurs automatiques; le recouperment et la redondance que soulignent les intimés ne sont donc partiels; ils expliquent la volonté de créer la catégorie plus extensive du par. 33<sup>o</sup>; celui-ci, selon sa lettre même, constitue une véritable définition qui doit s'appliquer chaque fois que ses termes le justifient.)

<sup>d</sup> La Ville est donc autorisée à édicter les art. 3 et 4 du Règlement 5156 en vertu de l'art. 521 de la *Charte* aux par. 4<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup>.

<sup>e</sup> Quant aux articles 5 et 6 du Règlement, relatifs aux salles d'amusement, ils sont clairement permis par le par. 7<sup>o</sup> de l'art. 521 de la *Charte* qui habilite le conseil à

<sup>f</sup> autoriser moyennant permis et réglementer, ou prohiber, les . . . places d'amusement . . .

Un autre aspect de la même erreur, c'est que tout en considérant les art. 3, 4, 5 et 6 du Règlement 5156 comme constituant eux-mêmes des dispositions de zonage, la Cour d'appel les tient aussi pour indissociables des véritables dispositions de zonage que l'on trouve à l'art. 7 du Règlement. Or, s'il est vrai que ces articles facilitent l'opération de l'art. 7 et même la rendent peut-être possible, j'y reviendrai, les art. 3, 4, 5 et 6 sont autonomes et parfaitement capables de produire leurs effets abstraction faite de tout règlement de zonage ou encore dans les cadres plus généraux d'un zonage comme celui que prescrit le Règlement 4980. Je tiens donc, contrairement à la Cour d'appel, que les art. 3, 4, 5 et 6, tout comme d'ailleurs l'art. 8 dont je reparlerai, constituent une partie séparable du Règlement 5156. Je note aussi que ces articles ne sont nullement prohibitifs. L'article 4 sauvegarde même les droits acquis relativement aux appareils d'amusement exploités hors des salles

tory provision. Finally, I note that the evidence—and the burden of proof rested with respondents—is silent as to the number of amusement machines which may thus continue to be operated outside of amusement halls.

There are also several aspects to a second error made by the Court of Appeal. First, it consists in holding that the prohibition of a single amusement machine outside of an amusement hall is inexplicable, unreasonable and wrongful. Second, it consists in concluding that the City “created amusement halls from nothing” as a means of allowing them only “in a very tiny part” of its territory, which was in practice for the purpose of prohibition, “masked” as a zoning by-law.

As we have seen, the purposes of the impugned by-law are to protect children and adolescents against commercial exploitation and to prevent crime. It may be thought that these purposes continue to be applicable in varying degrees in the case of a single amusement machine or a small number of them, rather than a concentration of several dozen machines in a single establishment. That is a question of judgment which is certainly a matter for the legislator. By substituting its view on this point for that of the municipal council, and making “a value judgment on the wisdom of the provision”, the Court of Appeal fell into precisely the error which it sought to avoid. In any case, if as it said the Court of Appeal could not find any explanation for the provision at issue, it should have presumed that the latter was adopted in good faith in the public interest, and held it to be valid rather than inexplicable and wrongful.

Moreover, in my view the evidence does not support the observation of the Court of Appeal that the City “created amusement halls from nothing”.

Counsel for the respondents asked the witness Lerner:

Mr. Lerner, I would like you to describe to the Court the type of business that Arcade Amusements does?

d’amusement. Une telle sauvegarde est généralement incompatible avec une disposition prohibitive. Je note enfin que la preuve, dont le fardeau repose sur les intimés, est silencieuse sur le nombre d’appareils d’amusement que l’on peut ainsi continuer d’exploiter hors des salles d’amusement.

La deuxième erreur commise par la Cour d’appel comporte elle aussi divers aspects. Elle consiste d’une part à tenir que l’interdiction d’un seul appareil d’amusement hors d’une salle d’amusement, est inexplicable, déraisonnable et abusive. Elle consiste d’autre part à conclure que la Ville «crée de toutes pièces des salles d’amusement» afin de ne permettre celles-ci que «dans une partie infime» de son territoire c’est-à-dire, en pratique, pour une fin de prohibition «maquillée» en règlement de zonage.

Nous l’avons vu, le règlement attaqué a pour objectifs de protéger les enfants et les adolescents contre l’exploitation commerciale et de prévenir la criminalité. Il est permis de penser que ces objectifs continuent d’être présents à des degrés variables quand il s’agit d’un seul appareil d’amusement ou de quelques-uns d’entre eux, plutôt que d’une concentration de quelques douzaines d’appareils en un seul établissement. C’est là une question de jugement qui relève éminemment du législateur. En se substituant sur ce point au conseil municipal et en portant «un jugement de valeur sur la sagesse de la disposition», la Cour d’appel tombe précisément dans l’erreur contre laquelle elle se met en garde. Si par ailleurs la Cour d’appel ne peut, comme elle le dit, trouver d’explication à la disposition en litige, elle doit présumer que celle-ci a été adoptée de bonne foi dans l’intérêt public, et la tenir pour valide plutôt qu’inexplicable et abusive.

D’autre part, est inexacte à mon sens, d’après la preuve, l’observation de la Cour d’appel selon laquelle la Ville «crée de toutes pièces des salles d’amusement».

Le procureur des intimés demande au témoin Lerner:

[TRADUCTION] M. Lerner j’aimerais que vous décriviez à la Cour le genre de commerce qu’exploite Arcade Amusements.



After a discussion between the Court and counsel, the witness answered:

A. Yes, we have family amusement centers which are basically stores that we rent on commercial streets or shopping centers the sizes of them are usually between eighteen hundred (1800) and twelve hundred (1200) square feet, we put games in the centers, anywhere from thirty (30) to forty (40) or forty-two (42) games we get into a space between fifteen of eighteen hundred (15-1800) square feet.

The City therefore did not create amusement halls from nothing. The business already existed and such halls were susceptible to proliferate, aside from the effect of s. 3 of By-law 5156. The City had a right to regulate such halls under s. 521 of the *Charter*, para. 7, and, by prescribing zoning pursuant to art. 524 of the *Charter*, para. 2a. and b. Additionally, since such amusement halls already are or will be in business, art. 521 of the *Charter*, paras. 4 and 33, also authorizes the City to order, by s. 3 of By-law 5156, that amusement machines which are installed in future shall be located in those halls. Such location and zoning are clearly likely to facilitate, in particular, the supervision and control of amusement machines and amusement halls, as well as the enforcement of the laws in general. They therefore promote the purposes of the By-law. As I noted earlier, this is where one finds the policing aspect which is apparent throughout By-law 5156.

I therefore consider that neither the location of amusement machines in amusement halls, prescribed by s. 3 of the By-law, nor the zoning of those halls, prescribed by s. 7, indicates that the legislator intended to prohibit amusement machines.

This conclusion leads me to a further argument by respondents which was not expressly discussed by the Court of Appeal, but which it appears to have implicitly approved by finding that the zoning contained in s. 7 of the By-law was colourable. This argument was that:

Après une discussion entre la Cour et les procureurs, le témoin répond:

[TRADUCTION] R. Oui, nous avons des centres d'amusement pour la famille qui sont essentiellement des magasins que nous louons dans des rues commerciales ou dans des centres commerciaux et dont les dimensions sont habituellement entre mille huit cents (1800) et mille deux cents (1200) pieds carrés, nous y plaçons des appareils d'amusement partout de trente (30) à quarante (40) ou quarante-deux (42) appareils d'amusement que nous installons dans un espace de mille cinq cents (1500) à mille huit cents (1800) pieds carrés.

La Ville ne crée donc pas de toutes pièces des salles d'amusement. Elle en trouve déjà dans le commerce et ces salles sont susceptibles de se multiplier, abstraction faite de l'art. 3 du Règlement 5156. Il est loisible à la Ville de réglementer de telles salles en vertu de l'art. 521 de la *Charte* au par. 7<sup>o</sup> comme d'en prescrire le zonage en vertu de l'art. 524 de la *Charte* aux al. a) et b) du par. 2<sup>o</sup>. Au surplus, puisque de telles salles d'amusement se trouvent déjà ou se retrouveront dans le commerce, l'art. 521 de la *Charte*, aux par. 4<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup>, permet également de décréter, par l'art. 3 du Règlement 5156, le regroupement dans ces salles des appareils d'amusement qui seront installés à l'avenir. Un tel regroupement et un tel zonage sont évidemment de nature à faciliter en particulier la surveillance et le contrôle des appareils d'amusement et des salles d'amusement, comme de la mise en œuvre des lois en général. Ils favorisent donc la poursuite des objectifs du Règlement. C'est ici que l'on voit, j'y faisais tantôt allusion, l'aspect règlement de police qui inspire le Règlement 5156 dans son ensemble.

Je suis donc d'opinion que le regroupement des appareils d'amusement dans les salles d'amusement, prescrit par l'art. 3 du Règlement, pas plus que le zonage de ces salles, prescrit par l'art. 7, ne démontre l'intention du législateur de prohiber les appareils d'amusement.

Cette conclusion m'amène à une autre prétention des intimés sur laquelle la Cour d'appel ne s'est pas prononcée expressément mais qu'elle me paraît avoir implicitement approuvée en concluant au caractère spécieux du zonage prévu à l'art. 7 du Règlement. Cette prétention c'est que:

The impugned by-law cannot simultaneously be a by-law relating to amusement machines, a by-law relating to the conditions of use of amusement halls (that is, zoning), a by-law relating to the protection of youth and a by-law on local policing (that is, prohibitory). The prevention of crime and “local policing” are quite foreign to the concept of zoning: there is accordingly a question as to whether the impugned by-law really is a zoning by-law or is “colourable legislation”.

In my opinion this argument is in general without foundation.

First, I consider that a complex by-law, containing distinct provisions which are severable from each other such as ss. 3 to 6, 7 and 8 of By-law 5156, is perfectly capable, in view of this plurality of aspects, of being simultaneously a by-law on amusement machines, a by-law on the conditions of use of amusement halls, a zoning by-law, a by-law on protection of youth and a local policing by-law.

Furthermore, when the legislator legislates on several different aspects in this way, pursuant to distinct enabling provisions, he cannot in legislating on one area ignore and even contradict what he has said on another. He properly sought to enact a consistent body of provisions which complement or reinforce each other. The proposition of respondents that, for example, the prevention of crime and local policing are quite foreign to the concept of zoning seems to me to be especially erroneous. Article 524 of the *Charter*, on the zoning power, does not specify for what purposes the municipal council may zone—any more than art. 521 mentions the purposes for which the council may regulate commerce and industry. A great number of possible considerations come to mind as prompting or requiring a zoning by-law: protection of the environment, safeguarding the national heritage—s. 7.1.3 of By-law 5156—esthetic considerations, noise and traffic control. However, when one stops to consider the matter one sees that, where for example the legislator has concentrated commerce or industry in certain sections of a city he has done so bearing in mind as well the requirements of the fire department, supervision of business opening and closing hours, monitoring of health or hygiene

Le règlement entrepris ne peut être simultanément un règlement relatif aux appareils d'amusement, un règlement relatif aux conditions d'utilisation des salles d'amusement (*i.e.* de zonage), un règlement relatif à la protection de la jeunesse et un règlement de police locale (*i.e.* de prohibition). La prévention du crime et la «police locale» sont plutôt étrangères à la notion de zonage; il y a donc lieu de s'enquérir sur la question de savoir si le règlement entrepris est un véritable règlement de zonage ou un règlement spécieux («colourable legislation»).

Cette prétention dans l'ensemble n'est pas fondée à mon avis.

D'abord, un règlement complexe, comportant des dispositions distinctes et séparables les unes des autres comme les art. 3 à 6, l'art. 7 et l'art. 8 du Règlement 5156 peut parfaitement, selon moi, vu cette pluralité d'aspects, être simultanément un règlement relatif aux appareils d'amusement, un règlement relatif aux conditions d'utilisation des salles d'amusement, un règlement de zonage, un règlement relatif à la protection de la jeunesse et un règlement de police locale.

De plus, lorsque le législateur légifère ainsi sous plusieurs aspects différents, et en vertu de dispositions habilitantes distinctes, il ne peut, en légiférant sous un aspect, ignorer et même contrecarrer ce qu'il décrète sous un autre aspect. C'est avec raison qu'il cherche à édicter un ensemble intégré de dispositions qui se complètent ou se renforcent les unes les autres. Me paraît particulièrement erronée à ce propos la proposition des intimés selon laquelle par exemple la prévention du crime et la police locale sont plutôt étrangères à la notion du zonage. L'article 524 de la *Charte*, relatif au pouvoir de zoner, ne précise pas dans quels buts le conseil municipal peut zoner—pas plus d'ailleurs que l'art. 521 ne mentionne pour quelles fins le conseil peut réglementer le commerce et l'industrie. Un bon nombre de finalités possibles viennent à l'esprit comme susceptibles d'inspirer ou de dicter un règlement de zonage: protection de l'environnement, sauvegarde du patrimoine historique—l'art. 7.1.3 du Règlement 5156—considérations esthétiques, restriction du bruit et de la circulation. Mais, pour peu que l'on s'y arrête, on se rend compte que lorsque le législateur concentre par exemple le commerce ou l'industrie dans certains quartiers d'une ville, il n'est pas indifférent

statutes and regulations, and in general the policing of the laws as a whole. I do not think that the legislator is committing an abuse of power when, in zoning or regulating a business, he takes such matters into consideration. Unless specific purposes are imposed on him by the enabling provisions, which is not the case here, it will suffice if he acts reasonably and in good faith in the public interest.

In this regard, it is clear that certain provisions of By-law 5156, such as s. 7.1.4.1, a zoning provision which prohibits amusement halls in the vicinity of an elementary, high school or college level teaching institution, have the effect of strengthening or complementing the provision of s. 8 regarding persons less than eighteen years of age. I see nothing wrongful or unlawful in that, however. Additionally, in my view it is wrong to say, as respondents did about the characterization of By-law 5156, that a provision such as that in s. 7.1.4.1 is dependent on s. 8, so that logically if the latter were void this would apply to the provision in s. 7.1.4.1 as well. In fact it seems to me that these two provisions, though pursuing similar aims, whether directly or indirectly, both remain independent of each other.

It is also apparent that the zoning prescribed for amusement halls by s. 7 of the By-law derives most of its force from ss. 3 and 4; but it would still have a considerable effect without them, and even with them and in conjunction with the general zoning by-laws it allows the operation of amusement halls to a real though limited extent.

Respondents therefore did not establish that By-law 5156 was prohibitory.

It follows that *Toronto v. Virgo, supra*, does not apply. Respondents emphasized a passage in that decision in which Lord Davey rejected an argument by the City of Toronto that the by-law held

non plus aux exigences du service des incendies, à la surveillance des heures d'ouverture et de fermeture des entreprises, au contrôle des lois et des règlements de santé ou d'hygiène, et, généralement à la police des lois dans leur ensemble. Je ne crois pas que le législateur commette un détournement de pouvoir lorsqu'au moment de zoner ou de réglementer un commerce, il prend de telles fins en considération. À moins que les dispositions habilitantes ne lui imposent des fins spécifiques, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il lui suffit d'agir raisonnablement et de bonne fois dans l'intérêt public.

Dans ce sens, il est patent que certaines dispositions du Règlement 5156, tel l'art. 7.1.4.1, une disposition de zonage qui prohibe les salles d'amusement dans le voisinage d'une institution d'enseignement des niveaux élémentaire, secondaire et collégial, vient renforcer ou compléter la disposition de l'art. 8 relatif aux personnes âgées de moins de dix-huit ans. Mais je ne vois là rien d'abusif ou d'illégal. Par ailleurs, il est inexact à mon avis de dire, comme le font les intimés au sujet de la qualification du Règlement 5156, qu'une disposition comme celle de l'art. 7.1.4.1 est l'accessoire de l'art. 8, de telle sorte que, logiquement, la nullité de celui-ci, si tel était le cas, entraînerait la nullité de l'art. 7.1.4.1. Il me paraît plutôt que ces deux dispositions, tout en poursuivant une fin semblable, de façon soit directe soit indirecte, demeurent toutes deux indépendantes l'une de l'autre.

Il est évident aussi que le zonage prescrit pour les salles d'amusement par l'art. 7 du Règlement dérive la plus grande partie de sa force des art. 3 et 4; mais il pourrait produire des effets appréciables sans eux. Et même avec eux et en conjugaison avec les règlements généraux de zonage, il permet de façon restreinte mais réelle, l'exploitation des appareils d'amusement.

Les intimés n'ont donc pas établi le caractère prohibitif du Règlement 5156.

Il s'ensuit que l'arrêt *Toronto v. Virgo*, précité, se trouve sans application. Les intimés insistent sur un passage de cet arrêt où lord Davey rejette un argument de la ville de Toronto selon lequel le

invalid in that case, because it was prohibitory, nonetheless allowed the hawkers and petty chapmen in question to carry on their trade in certain streets of the municipality. This overlooks the fact that the by-law annulled in *Toronto v. Virgo*, *supra*, does not contain zoning provisions like those which underlie By-law 5156.

*City of Prince George v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458, to which respondents also referred the Court, equally does not apply here: that case concerned the refusal of a licence for a particular land use, amounting to a categorical and total prohibition, on moral grounds, of a business which was otherwise lawful.

(Both respondents and the City cited, on this point and on others, such a large number of judicial and academic authorities that a review of them would take much too long. I shall only mention some, as I have just done.)

V—Whether the By-law is Illegal Because it is too Vague

This argument goes to the words, in s. 2 of By-law 5156,

... but does not include an apparatus designed to amuse or entertain young children ...

In the submission of respondents the concept of young children is so vague that the ordinary person cannot know what is being prohibited, and it leaves those responsible for implementing the By-law free to apply the rule in a purely subjective manner. This vagueness, it was argued, vitiates all of By-law 5156 since amusement machines are referred to in ss. 2, 3, 4, 5, 6.1.0, 6.2, 7.1.0, 7.3, 8.1, 8.2, 8.3, 12-C and 14, either directly or through the definition of an "amusement hall".

The Court of Appeal did not rule on this argument as it did not have to do so.

The trial judge found the definitions in s. 2 to be sufficiently explicit. Of the cases cited by the parties, he noted in particular the comments of the presiding judge in *Re London Drugs Ltd. v. City*

règlement invalidé dans cette affaire-là, parce que prohibitif, aurait quand même permis aux colporteurs et camelots dont il y est question d'exercer leur négoce dans quelques rues de la municipalité.

<sup>a</sup> C'est oublier que le règlement annulé dans *Toronto v. Virgo*, précité, ne comprend pas de dispositions de zonage comme celles qui se trouvent au cœur du Règlement 5156.

<sup>b</sup> Se trouve également sans application l'arrêt *Ville de Prince George c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458, auquel les intimés nous ont aussi référés: il s'agit dans cette affaire-là du refus d'un permis pour l'usage particulier d'un terrain, équivalant à la prohibition formelle et totale, pour des motifs de moralité, d'un commerce par ailleurs licite.

<sup>d</sup> (Les intimés comme la Ville ont cité, sur ce chapitre et sur les autres, un si grand nombre d'autorités jurisprudentielles et doctrinales qu'il serait interminable d'en faire la revue. Je n'en mentionnerai que quelques-unes, comme je viens de le faire.)

<sup>e</sup> V—Le Règlement est-il illégal pour cause d'imprécision?

Ce motif vise, à l'art. 2 du Règlement 5156, les mots

<sup>f</sup> ... mais ne comprend pas un appareil destiné à l'amusement ou à la récréation d'un enfant en bas âge ...

<sup>g</sup> Selon les intimés, la notion d'un enfant en bas âge est si imprécise que le justiciable n'est pas en mesure de savoir ce qui lui est interdit et qu'elle laisse aux personnes chargées de l'application du Règlement l'appréciation purement subjective de ce critère. Cette imprécision vicierait tout le Règlement 5156 puisqu'il est question d'appareil d'amusement aux art. 2, 3, 4, 5, 6.1.0, 6.2, 7.1.0, 7.3, 8.1, 8.2, 8.3, 12-C et 14, soit directement, soit par l'intermédiaire de la définition de «salle d'amusement».

<sup>i</sup> La Cour d'appel, qui n'avait pas à le faire, ne s'est pas prononcée sur ce moyen.

<sup>j</sup> Quant au premier juge, il trouve les définitions de l'art. 2 suffisamment explicites. Parmi les arrêts cités par les parties, il retient en particulier les commentaires du Président du tribunal dans *Re*

of *North Vancouver* (1972), 24 D.L.R. (3d) 305, from which he cited the following passage:

In my view the wording objected to in the by-law before me does not have that quality of vagueness and uncertainty which is such as to render the by-law invalid in part or in whole. It may be that the by-law here will occasion some difficulty in interpretation. But difficulty of interpretation is not to be confused with vagueness and uncertainty to the point of invalidity.

I consider that the trial judge properly dismissed this argument.

Almost but not quite all the cases and writers agree that a municipal by-law can be annulled because it is too vague, but first there has to be agreement on the kind or degree of vagueness necessary; thus Mr. P. A. Côté, in an article titled "Le règlement municipal indéterminé" (1973), 33 *R. du B.* 474, summarizes the matter by saying (at p. 482):

[TRANSLATION] All judges are not agreed that any vagueness which may occur in the wording of a by-law should render it invalid. Not every instance of vagueness in wording may have the effect of invalidating a by-law: if that were the case, we know of few by-laws whose validity would be beyond question. The courts have held that this vagueness must be such that a reasonable effort at interpretation is unable to determine the meaning of the council: . . .

In the second edition of their book *Principes de contentieux administratif* (1982), Messrs. Pépin and Ouellette write (at p. 126):

[TRANSLATION] In short, the vagueness must be so serious that the judge concludes that a reasonably intelligent man, sufficiently well-informed if the by-law is technical in nature, is unable to determine the meaning of the by-law and govern his actions accordingly.

Mere uncertainty as to the scope of a by-law will not suffice to make it void. In the decision by this Court in *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 S.C.R. 393, at p. 404, Anglin J. wrote:

I fully recognize the force of the general rules that the language of by-laws should be explicit and free from

*London Drugs Ltd. v. City of North Vancouver* (1972), 24 D.L.R. (3d) 305, dont il cite le passage suivant:

[TRADUCTION] À mon avis, le texte contesté du règlement qui m'est soumis n'a pas le degré d'imprécision et d'incertitude propre à invalider le règlement en totalité ou en partie. Il est possible que le règlement en l'espèce soit un peu difficile à interpréter. Mais cette difficulté ne doit pas être assimilée à l'imprécision et à l'incertitude qui emportent l'invalidité du règlement.

À mon avis, c'est à bon droit que le premier juge rejette ce moyen.

Les arrêts et les auteurs s'accordent presque tous, mais non pas tous, pour tenir qu'un règlement municipal peut être annulé pour cause d'imprécision, mais il faut d'abord s'entendre sur le genre ou le degré d'imprécision nécessaires; ainsi M. P. A. Côté, dans un article intitulé «Le règlement municipal indéterminé» (1973), 33 *R. du B.* 474, résume la question en disant (à la p. 482):

Tous les juges ne sont pas d'accord pour sanctionner de nullité l'imprécision qui peut se glisser dans la rédaction d'un règlement. En effet, toute imprécision de rédaction ne peut pas avoir l'effet de rendre nul un règlement si tel était le cas, nous connaissons peu de règlements dont la validité serait à l'abri de tout soupçon. Il faut, selon la jurisprudence, que cette imprécision soit telle qu'un effort raisonnable d'interprétation n'arrive pas à déterminer l'intention du Conseil: . . .

Quant à MM. Pépin et Ouellette, dans la seconde édition de leur livre *Principes de contentieux administratif* (1982), ils écrivent (à la p. 126):

Somme toute, il faut que l'imprécision atteigne un degré tel de gravité que le juge en vienne à la conclusion qu'un homme raisonnablement intelligent, suffisamment informé compte tenu le cas échéant du caractère technique du règlement, est dans l'impossibilité de déterminer le sens du règlement et de régler en conséquence sa conduite.

La simple incertitude quant au champ d'application d'un règlement ne suffit pas à le faire annuler. Le juge Anglin écrivait dans l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 R.C.S. 393 à la p. 404:

[TRADUCTION] J'admets entièrement la validité de règles générales portant que le texte des règlements doit

ambiguity, and that by-laws in restraint of rights of property as well as penal by-laws should be strictly construed. But the very statement of the latter rule implies that a by-law is not necessarily invalid because its terms call for construction—as does also another well recognized rule, viz., that a by-law of a public representative body clothed with ample authority should be “benevolently” interpreted and supported if possible. *Kruse v. Johnson* [1898] 2 Q.B. 91, at p. 99. It may be a counsel of perfection that in drafting by-laws the use of words susceptible of more than one interpretation should be avoided; but it is too much to exact of municipal councils that such a degree of certainty should always be attained. It would be going quite too far to say that merely because a term used in a by-law may be susceptible of more than one interpretation the by-law is necessarily bad for uncertainty.

Respondents and the City cited several judgments in support of their respective arguments: in each of them the courts had to determine whether some provision or certain words in a by-law were so vague as to make the by-law void. Each case is practically unique, and the courts have to determine each time whether the true meaning of the by-law in question can be understood by the persons to whom it applies.

In the case at bar, therefore, the question is whether the vagueness alleged by respondents is such that the residents of the City, and in particular individuals already operating or wishing to operate amusement halls, cannot understand the meaning and scope of the By-law as regards what constitutes an “amusement machine” referred to therein.

The testimony of Jack Lerner is significant in this regard. To the question of what type of customers his amusement machines attract, he answered:

My equipment appeals to everybody, there is absolutely no distinction between any certain type of equipment that will go for a, that is designated specifically for younger or older people.

Likely, it could interest a six (6) year old or an eighty-six (86) year old, they can play the same machine

être explicite et exempt d'ambiguïté et que les règlements qui limitent les droits de propriété et ceux d'ordre pénal doivent recevoir une interprétation stricte. Mais l'énoncé même de cette dernière règle signifie qu'un règlement n'est pas nécessairement invalide parce que ses termes prêtent à interprétation—comme le fait également une autre règle bien établie, savoir qu'un règlement édicté par un organisme qui représente le public et qui est investi d'un pouvoir étendu doit être interprété «avec bienveillance» et maintenu dans la mesure du possible. *Kruse v. Johnson* [1898] 2 Q.B. 91, à la p. 99. Il se peut qu'idéalement, dans la rédaction de règlements, il faille éviter l'emploi de mots susceptibles de recevoir plus d'une interprétation; mais c'est trop exiger des conseils municipaux que d'atteindre toujours un tel degré de certitude. Ce serait aller beaucoup trop loin que d'affirmer que la simple possibilité qu'un terme utilisé dans un règlement ait plus d'un sens emporte la nullité de ce dernier pour cause d'imprécision.

Les intimés et la Ville ont invoqué de nombreux arrêts à l'appui de leurs prétentions respectives; dans chacun de ces arrêts les tribunaux ont eu à déterminer si une disposition quelconque ou certains termes d'un règlement étaient imprécis au point d'entraîner la nullité de ce règlement. Chaque cas est pratiquement un cas d'espèce et il incombe aux tribunaux de déterminer à chaque fois si le sens véritable du règlement en question peut être perçu par les citoyens auxquels il s'adresse.

Dans le cas présent, il s'agit donc de voir si l'imprécision alléguée par les intimés est telle que les citoyens de la Ville et particulièrement les individus qui exploitent déjà ou qui désirent exploiter des salles d'amusement ne peuvent comprendre le sens et la portée du Règlement quant à ce qui constitue un «appareil d'amusement» visé par celui-ci.

Le témoignage de Jack Lerner est significatif à cet égard. À la question lui demandant quel type de clientèle est attiré par ses appareils d'amusement, il répond:

[TRADUCTION] Mes appareils attirent tout le monde. Il n'y a absolument aucune distinction entre un certain type d'appareil qui s'adresse, c'est-à-dire qui est destiné précisément aux plus jeunes ou aux plus vieux.

Ils pourraient tout aussi bien intéresser un enfant de six (6) ans qu'une personne de quatre-vingt-six (86) ans.

or a grandmother can play, a grandchild can play the same machine, competition on themselves and there would be no difference other than a kiddy car or a kiddy horse where an older person will not get on it, but what would be specifically for young ones.

(Emphasis added.)

Mr. Lerner thus illustrated precisely the distinction which s. 2 of By-law 5156 seeks to establish. His testimony confirmed the existence and knowledge by a reasonable man involved in this type of business of certain amusement devices for which a sum of money is required, which are designed for the amusement or entertainment of very young children, in terms of the size of the devices and the lack of interest which children who have more or less attained the age of reason are likely to feel for such amusements. These are not machines intended for the newborn nor for children who attend school alone, beyond the kindergarten level.

A reasonable individual reading By-law 5156 is undoubtedly able to distinguish between, for example, an electronic video game and a toy car or horse, intended primarily for pre-school children, which the witness referred to as a "kiddy car" and "kiddy horse", and which could in no case be regarded as intended to amuse anyone other than young children, or as the witness Lerner observed, children six years of age or less who are usually accompanied by their parents. It is this type of machine which the City intended to exclude from the restrictions imposed by its By-law 5156, and this is what it did, by s. 2 of that by-law, in language which leaves as little room as possible for the arbitrary and subjective. A reasonable individual such as Mr. Lerner knows at once what an amusement machine intended for young children is.

In any case, if any vagueness does exist in the definition contained in s. 2, it will at most produce certain difficulties in interpretation, which is not a sufficient reason for declaring By-law 5156 to be

Ils peuvent jouer avec la même machine. Une grand-mère peut jouer ou un petit-fils peut jouer avec la même machine, se concurrençant eux-mêmes et la seule différence est que c'est comme une voiturette (kiddy car) ou un cheval à bascule (kiddy horse) sur lesquels une personne plus âgée ne montera pas, mais qui serait destinés spécialement aux jeunes.

(C'est moi qui souligne.)

Monsieur Lerner illustre ainsi précisément la distinction que l'art. 2 du Règlement 5156 cherche à établir. Son témoignage confirme l'existence et la connaissance par un homme raisonnable impliqué dans ce type de commerce, de certains dispositifs d'amusement pour lesquels une somme est exigée, qui sont destinés à l'amusement ou à la récréation des très jeunes enfants, compte tenu des dimensions de ces dispositifs et du manque d'intérêt que les enfants qui ont plus ou moins atteint l'âge de raison sont susceptibles d'éprouver pour ces amusements. Il ne s'agit pas d'appareils destinés à des nourrissons non plus qu'à des enfants qui fréquentent l'école seuls, au-dessus du niveau de la maternelle.

Le citoyen raisonnable peut certainement, dans le contexte du Règlement 5156, faire la différence entre, par exemple, un jeu vidéo électronique et une voiturette ou un cheval à bascule destinés principalement aux enfants d'âge préscolaire, ce que le témoin désigne sous le nom de *kiddy horse* et *kiddy car*, et qui en aucun cas ne peuvent être perçus comme étant destinés à divertir d'autres personnes que des enfants en bas âge c'est-à-dire, comme le remarque le témoin Lerner, à des enfants de six ans ou moins qui sont habituellement accompagnés de leurs parents. C'est ce genre d'appareils que la Ville a l'intention d'exclure des restrictions imposées par son Règlement 5156, et c'est ce qu'elle fait, par l'art. 2 de ce règlement, dans un langage qui laisse aussi peu de place que possible à l'arbitraire et à la subjectivité. Un citoyen raisonnable, comme M. Lerner, perçoit aisément dès le premier abord ce qui constitue un appareil d'amusement destiné aux enfants en bas âge.

De toute manière, s'il existe quelque imprécision au niveau de la définition de l'art. 2, celle-ci n'entraîne tout au plus que certaines difficultés d'interprétation, ce qui constitue un motif insuffi-

void. It must be concluded, therefore, that By-law 5156 is not void for imprecision and accordingly does not involve any subdelegation of powers to those responsible for applying it.

#### VI—Section 8 of the By-law

I refer here only to s. 8 of the By-law, but what I have to say about it applies also to para. D of s. 12.

It should also be mentioned at the outset that, in reply to questions by the Court, counsel for the City argued that s. 8 is severable from the rest of the By-law. Counsel for the respondents did not so concede, since as I have already said they erroneously argued that s. 8 is the cardinal provision on which the others simply depend. However, respondent Arcade in its petition only asked that s. 8 be invalidated.

In any case, I think it is clear that the municipal council would have enacted the By-law even without s. 8, which is therefore severable from the remainder.

The argument of illegality made by respondents against s. 8 also has two branches.

The first is that s. 8 contravenes the rule of administrative law that the power to make by-laws does not include a power to enact discriminatory provisions unless the authorizing legislation provides the contrary.

The second branch is that s. 8 infringes the provisions of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, which prohibits discrimination based on civil status.

The trial judge dismissed both branches.

The Court of Appeal did not rule on either: as I indicated above, it invalidated s. 8 on the ground *inter alia* that this provision relates to the capacity of minors and is inconsistent with the *Civil Code*. I have serious doubts concerning both of these conclusions: s. 8 does not impose an incapacity to perform legal acts, with the nullities that may result, it simply prohibits certain physical or ma-

sant pour que le Règlement 5156 soit déclaré invalide. Il faut donc conclure que le Règlement 5156 n'est pas imprécis, et par le fait même, n'est attributif d'aucune sous-délégation de pouvoirs aux personnes chargées de l'appliquer.

#### VI—L'article 8 du Règlement

Je ne réfère ici qu'à l'art. 8 du Règlement mais ce que j'en dis vise également l'al. D de l'art. 12.

Il importe de mentionner aussi, à titre préliminaire, au début de ce chapitre, qu'en réponse aux questions posées par la Cour, les procureurs de la Ville ont soutenu que l'art. 8 est séparable du reste du Règlement. Les procureurs des intimés n'ont rien reconnu de tel puisqu'ils plaident, à tort, je l'ai déjà dit, que l'art. 8 est la disposition cardinale dont les autres ne seraient que l'accessoire. Cependant, l'intimée Arcade n'a demandé dans sa requête que l'annulation de l'art. 8.

De toute façon, il me paraît clair que le conseil municipal aurait édicté le Règlement même amputé de l'art. 8 qui est donc séparable du reste.

Le motif d'illégalité invoqué par les intimés à l'encontre de l'art. 8 comporte lui aussi deux volets.

Le premier volet, c'est que l'art. 8 transgresserait la règle de droit administratif qui veut que le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que le texte législatif qui l'autorise ne prescrive le contraire.

Le second volet, c'est que l'art. 8 violerait les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, qui interdisent la discrimination fondée sur l'état civil.

Le premier juge a rejeté ces deux volets.

La Cour d'appel ne se prononce sur aucun des deux: comme je l'ai indiqué plus haut, elle invalide l'art. 8 au motif, entre autres, que cette disposition est relative à la capacité des personnes mineures et est inconciliable avec le *Code civil*. Je doute beaucoup de ces deux conclusions: ce n'est pas une incapacité de poser des actes juridiques, avec les nullités qui peuvent s'ensuivre, que décrète l'art. 8,



terial acts under penal sanctions; furthermore, it appears that though s. 8 affects civil rights, it is not in relation to them and is not in conflict with the *Civil Code*, in the same way as otherwise valid provincial statutes which are directly contrary to federal statutes are rendered inoperative by that conflict. Only the same type of conflict with provincial statutes can make by-laws inoperative: Ian M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2nd ed., 1971, No. 63.16.

In any case, I do not have to decide this point or the second branch of the argument of illegality advanced against s. 8, for in my view the first branch is correct and suffices to dispose of the question.

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law. It has been and still is applied in municipal law. The statement of it which has now become classic is found in an oft-cited case in British municipal law, *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91. The case concerned the validity of a municipal by-law prohibiting the playing of a musical instrument or singing in a public place or on a highway within fifty yards of a dwelling house, if required to desist by the occupant or a constable. It was argued that this by-law was *ultra vires* because it was unreasonable. Lord Russell of Killowen C.J. gave the majority opinion. At pages 99 and 100, he wrote:

Notwithstanding what Cockburn C.J. said in *Bailey v. Williamson*, (1873) L.R. 8 Q.B. 118, at p. 124, an analogous case, I do not mean to say that there may not be cases in which it would be the duty of the Court to condemn by-laws, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject

mais une simple interdiction de poser des actes physiques ou matériels, assortie de sanctions pénales; il m'apparaît au surplus que si l'art. 8 affecte les droits civils, il ne leur est pas relatif et n'entre pas en conflit avec le *Code civil*, de la même façon que des lois provinciales, valides par ailleurs, mais qui se heurtent directement à des lois fédérales, sont rendues inopérantes par suite de ce conflit. Seule la même sorte de conflit avec les lois provinciales peut rendre des règlements inopérants: Ian M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1971, n<sup>o</sup> 63.16.

Quoi qu'il en soit, je n'ai pas à trancher là-dessus non plus que sur le second volet du motif d'illégalité invoqué contre l'art. 8 car, à mon avis, le premier volet est bien fondé et suffit à disposer de la question.

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien. On l'a appliquée et on l'applique encore en droit municipal. C'est d'ailleurs dans un arrêt de droit municipal anglais souvent cité que l'on en trouve l'expression maintenant devenue classique: *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91. Il s'agissait de la validité d'un règlement municipal interdisant de jouer d'un instrument de musique ou de chanter dans un endroit public ou sur une route, en-deça d'un rayon de 50 yards d'une maison d'habitation, si on était requis de s'arrêter par l'occupant ou par un constable. On prétendait ce règlement *ultra vires* parce que déraisonnable. Le juge en chef lord Russell of Killowen rend le jugement majoritaire. Aux pages 99 et 100 il écrit:

[TRADUCTION] Malgré ce qu'a dit le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Bailey v. Williamson*, (1873) L.R. 8 Q.B. 118, à la p. 124, une affaire similaire, je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir de cas où la cour aurait le devoir d'invalider des règlements, faits en vertu du même pouvoir que ceux-ci l'ont été, en se fondant sur leur caractère déraisonnable. Mais déraisonnable en quel sens? On peut penser, par exemple, à des règlements qui font acception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes, à des règlements manifestement injustes, à des règlements empreints de

to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, "Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and *ultra vires*". But it is in this sense, and in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded. A by-law is not unreasonable merely because particular judges may think that it goes further than is prudent or necessary or convenient, or because it is not accompanied by a qualification or an exception which some judges may think ought to be there. Surely it is not too much to say that in matters which directly and mainly concern the people of the county, who have the right to choose those whom they think best fitted to represent them in their local government bodies, such representatives may be trusted to understand their own requirements better than judges. Indeed, if the question of the validity of by-laws were to be determined by the opinion of judges as to what was reasonable in the narrow sense of that word, the cases in the books on this subject are no guide; for they reveal, as indeed one would expect, a wide diversity of judicial opinion, and they lay down no principle or definite standard by which reasonableness or unreasonableness may be tested.

Then, after analysing the impugned by-law, Lord Russell of Killowen concluded at p. 103 that it was valid:

In my opinion, judged by the test of reasonableness, even in its narrower sense, this is a reasonable by-law; but, whether I am right or wrong in this view, I am clearly of opinion that no Court of law can properly say that it is invalid.

Lord Russell of Killowen accordingly distinguished between the aspect of a by-law's political opportunity, which he referred to as its reasonableness or unreasonableness in the narrow sense, and its reasonableness or unreasonableness in the wide sense, to which he gave a negative legal definition. According to that definition, by-laws are only unreasonable in the wide or legal sense, and *ultra vires*, if: (1) they are partial and unequal in operation between different classes; (2) they are manifestly unjust; (3) they disclose bad faith; and (4) they involve such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as can find no justification in the minds of reasonable

mauvaise foi, à des règlements entraînant une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiables aux yeux d'un homme raisonnable; la cour pourrait alors dire «le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner le pouvoir d'établir ces règles; elles sont déraisonnables et *ultra vires*». C'est en ce sens et uniquement en ce sens qu'il faut considérer la question du caractère déraisonnable. Un règlement n'est pas déraisonnable simplement parce que certains juges peuvent penser qu'il va plus loin que ce qui est prudent, nécessaire ou convenable, ou parce qu'il n'est pas assorti d'une réserve ou d'une exception dont certains juges peuvent estimer la présence nécessaire. Assurément, il n'est pas exagéré de dire que, sur les questions qui touchent directement ou principalement les habitants de la municipalité, qui ont le droit d'élire ceux qu'ils estiment les plus qualifiés pour les représenter au sein des organismes municipaux, il faut faire confiance à ces représentants pour comprendre leurs propres besoins encore plus qu'aux juges. En effet, si la question de la validité des règlements doit être tranchée par l'opinion des juges sur ce qui est raisonnable dans le sens strict du terme, la jurisprudence publiée à ce sujet ne peut servir de guide parce qu'elle recèle, comme l'on peut s'y attendre, une vaste diversité d'opinions judiciaires et qu'elle ne fixe aucun principe ou norme définis permettant de déterminer si le règlement est raisonnable ou non.

Puis, après avoir analysé le règlement contesté, lord Russell of Killowen conclut à sa validité à la p. 103:

[TRADUCTION] J'estime qu'en fonction du critère du caractère raisonnable, même dans son sens le plus strict, le règlement est raisonnable; mais, que j'aie tort ou raison à cet égard, je suis fermement d'avis qu'aucune cour de justice ne peut à bon droit le qualifier d'invalidé.

Lord Russell of Killowen distingue donc entre l'aspect d'opportunité politique d'un règlement, qu'il appelle son caractère raisonnable ou déraisonnable dans le sens étroit, et son caractère raisonnable ou déraisonnable dans le sens large dont il donne une définition juridique négative. Selon cette définition, seuls sont déraisonnables au sens large ou juridique et *ultra vires*: (1) les règlements qui font acception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes; (2) ceux qui sont manifestement injustes; (3) ceux qui sont empreints de mauvaise foi; et (4) ceux qui soumettent les droits qu'ils visent à des entraves si oppressives ou si arbitraires qu'ils ne peuvent se justifier

men. It is important to note that the first category of by-laws unreasonable in the legal sense mentioned by Lord Russell of Killowen is that of by-laws which are discriminatory in the non-pejorative but most neutral sense of the word, and which are rendered invalid even though the distinction on which they are based is perfectly rational or reasonable in the narrow or political sense, and was conceived and imposed in good faith, without favouritism or malice.

Contemporary academic opinion in Quebec, *inter alia*, recognizes the rule stated by Lord Russell of Killowen in *Kruse v. Johnson*, *supra*. Thus, Louis-Philippe Pigeon wrote in *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, at p. 34:

[TRANSLATION] Another important observation has to be made regarding the regulatory power. It is the following: the power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. In other words, unless the legislation authorizing it states the contrary a regulation must apply to everyone in the same way. If the intent is to make a distinction, this must be stated. One of the interesting decisions on this point is *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; and there are many others.

Similarly, in their *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, p. 558, René Dussault and Louis Borgeat observed:

[TRANSLATION] This rule clearly has the corollary that any discriminatory regulation not authorized by legislation is illegal.

Whether or not they refer to the opinion of Lord Russell of Killowen, the number of cases in which the courts have invalidated by-laws in accordance with the neutral rule of discrimination applied by him is very high and simply cannot be counted. Furthermore, this rule was applied before *Kruse v. Johnson*, *supra*. However, other separate but cumulative causes of invalidity may be added to this rule, such as bad faith or in fiscal matters a departure from the principle of equality of taxation. Only a few examples of by-laws invalidated for unauthorized discrimination need be mentioned. Distinctions such as the following have led to the by-laws based on them being held invalid:

dans l'opinion des gens raisonnables. Il importe de noter que la première catégorie de règlements déraisonnables dans le sens juridique retenu par lord Russell of Killowen est celle des règlements discriminatoires suivant l'acception non pas péjorative mais la plus neutre du terme et qui sont frappés de nullité quand même la distinction qui en forme le pivot serait parfaitement rationnelle ou raisonnable dans le sens étroit ou politique et serait conçue et imposée de bonne foi, sans esprit de favoritisme ni de malice.

La doctrine québécoise contemporaine, entre autres, reconnaît le principe énoncé par lord Russell of Killowen dans *Kruse v. Johnson*, précité. Ainsi, Louis-Philippe Pigeon écrit-il, dans *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, à la p. 34:

Il est une autre observation importante à faire sur la question du pouvoir de réglementation. C'est la suivante: le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'établir des dispositions discriminatoires. Autrement dit, un règlement doit, à moins que le texte qui l'autorise dise le contraire, s'appliquer à tout le monde de la même façon. Si l'on veut pouvoir faire des distinctions il faut le dire. Une des décisions intéressantes sur ce point, c'est *Rex v. Paulowich*, (1940) 1 W.W.R. 537. Il y en a quantité d'autres.

De même, René Dussault et Louis Borgeat, dans leur *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, à la p. 558:

Ce principe a évidemment pour corollaire l'illégalité de tout règlement discriminatoire non autorisé par une disposition législative.

Que l'on réfère explicitement ou non à l'opinion de lord Russell of Killowen, le nombre des cas où on a invalidé des règlements en raison du critère neutre de discrimination qu'il a retenu est extrêmement élevé et il est impossible d'en faire le recensement. On applique d'ailleurs ce critère avant l'arrêt *Kruse v. Johnson*, précité. Il arrive cependant qu'à ce critère s'ajoutent d'autres motifs distincts mais cumulatifs d'invalidité tels la mauvaise foi, ou, en matière fiscale, la violation du principe de l'égalité des charges. On ne peut que mentionner quelques exemples d'invalidité de règlements pour cause de discrimination non autorisée. Des distinctions comme les suivantes ont entraîné la nullité des règlements fondés sur elles:

- a distinction between residents and non-residents in the granting of permits: *Jonas v. Gilbert* (1881), 5 S.C.R. 356; *Rex v. Paulowich*, cited *supra* by L.-P. Pigeon; *Re Ottawa Electric Railway Co. and Town of Eastview* (1924), 56 O.L.R. 52; *Rex ex rel. St-Jean v. Knott*, [1944] O.W.N. 432;
- a distinction in respect of closing hours between mariners whose ships were in port and other customers of a dealer: *Regina v. Flory* (1889), 17 O.R. 715;
- a distinction between dogs weighing over thirty-five pounds and those weighing less for purposes of muzzling or putting on a chain: *Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 Que. K.B. 83; in this case the unauthorized distinction was aggravated by the intention to affect one person in particular, but the general principles of a distinction unauthorized by law were cited with approval by Chouinard J., speaking for this Court, in *City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 S.C.R. 541, at p. 559;
- a distinction between businesses of the same class for the purposes, *inter alia*, of setting closing hours: *Forst v. City of Toronto* (1923), 54 O.L.R. 256; *S.S. Kresge Co. v. City of Windsor* (1957), 7 D.L.R. (2d) 708; *City of Calgary v. S.S. Kresge Co.* (1965), 52 D.L.R. (2d) 617; *Regina v. Varga* (1979), 106 D.L.R. (3d) 101; *Entreprises Anicet Gauthier Inc. v. Ville de Sept-Îles*, [1983] C.S. 709.

The distinction based on age, and in particular on the age of children, adolescents and minors, has also attracted the attention of municipal legislators and the courts in a relatively large number of cases. To the best of my knowledge, in all these cases except for the judgment at trial in the case at bar and another case to which I will return, it was held that such a distinction is *ultra vires* unless it is authorized by the enabling statute. Moreover, the almost consistent case law on this point precedes *Kruse v. Johnson*, *supra*.

In a case dating from 1854, *In re Barclay and the Municipality of the Township of Darlington* (1854), 12 U.C.R. 86, the Court of Queen's Bench invalidated a municipal by-law relating to the sale

—la distinction, en matière de permis, entre résidents et non-résidents: *Jonas v. Gilbert* (1881), 5 R.C.S. 356; *Rex v. Paulowich*, cité *supra* par L.-P. Pigeon; *Re Ottawa Electric Railway Co. and Town of Eastview* (1924), 56 O.L.R. 52; *Rex ex rel. St-Jean v. Knott*, [1944] O.W.N. 432;

—la distinction, relativement aux heures de fermeture, entre marins dont le navire mouille dans le port et les autres clients des marchands: *Regina v. Flory* (1889), 17 O.R. 715;

—la distinction entre chiens pesant plus de trente-cinq livres et chiens plus légers, aux fins de les faire museler ou attacher: *Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hugues* (1936), 61 B.R. 83; la distinction non autorisée s'aggravait dans ce dernier cas de l'intention de viser une personne en particulier, mais ce sont les principes généraux relatifs à la distinction non autorisée par la loi que le juge Chouinard, parlant pour cette Cour, cite en les approuvant dans *Ville de Montréal c. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 541, à la p. 559;

—la distinction entre commerces d'une même classe, aux fins, entre autres, de fixer les heures de fermeture: *Forst v. City of Toronto* (1923), 54 O.L.R. 256; *S.S. Kresge Co. v. City of Windsor* (1957), 7 D.L.R. (2d) 708; *City of Calgary v. S.S. Kresge Co.* (1965), 52 D.L.R. (2d) 617; *Regina v. Varga* (1979), 106 D.L.R. (3d) 101; *Entreprises Anicet Gauthier Inc. c. Ville de Sept-Îles*, [1983] C.S. 709.

La distinction fondée sur l'âge, et particulièrement sur l'âge des enfants, des adolescents et des mineurs a également retenu l'attention des édiles municipaux comme des tribunaux dans un nombre relativement élevé de cas. Au meilleur de ma connaissance, dans tous ces cas sauf le jugement de première instance en l'espèce et un autre cas dont je reparlerai, on a tenu qu'une telle distinction est *ultra vires* à moins d'être autorisée par la loi habilitante. La jurisprudence presque constante sur ce point précède d'ailleurs *Kruse v. Johnson*, précité.

Dans un arrêt datant de 1854, *In re Barclay and the Municipality of the Township of Darlington* (1854), 12 U.C.R. 86, la Cour du Banc de la Reine invalide un règlement municipal relatif à la

of alcohol in taverns primarily on the ground that the by-law amounted to a complete prohibition which the municipal council was unable to get the electors to approve a short time earlier. A specific provision of the by-law prohibited the sale of intoxicating liquor to apprentices and minors. Robinson C.J., speaking for the Court, found this provision *ultra vires per se*. After criticizing the way in which it was worded, he wrote at pp. 95 to 97:

... we think the municipal council have taken an incorrect [*sic*] view of their powers in selecting any particular class as persons who shall be unable to obtain wine, or spirits, or beer at an inn under any circumstances.

If the legislature should think it expedient to enable municipal councils to do whatever they like in respect to inns and spirituous and intoxicating liquors, we could have no particular objection, and should be saved the necessity of pronouncing upon questions of this kind; but till the law has been placed upon this footing, we are obliged to consider that by the common law, though actual drunkenness is an offence and an indecency, it is no more illegal to drink a glass of liquor than to eat or drink any other article of diet, and that any change of the law in this respect must be made either by the legislature of the province or by some other legislative body to whom they have delegated an authority to pass such a law. Now, all the authority which the municipal councils have in this particular is to be found in 13 & 14 Vic. ch. 95; for the additional power of absolute prohibition which is given by 16 Vic. ch. 184, to be exercised under certain restrictions, has nothing to do with such a rule as we now discussing [*sic*]. It is the fourth clause of the first mentioned act that the powers committed to them are defined and the only words in that clause which are applicable are those which give authority to pass by-laws "for regulating inns and houses of public entertainment." Now that fairly means nothing more than making general regulations respecting the conduct of the house; it does not give power to enact that any one class of persons shall not have the same meat and drink or other accommodation (all equally lawful till prohibited by law and all equally harmless till abused by excess) as others are allowed to have. There is no more power to say that no person under twenty-one years of age, or no apprentice, shall be able to procure liquor at an inn, than to say that no woman, married or unmar-

vente de l'alcool dans les tavernes pour le motif principal que ce règlement équivaut à une prohibition complète que le conseil municipal n'a pas réussi à faire ratifier par les électeurs peu de temps auparavant. Une disposition particulière du règlement interdisait la vente de boissons enivrantes aux apprentis et aux mineurs. Le juge en chef Robinson, qui rend le jugement de la Cour trouve cette disposition *ultra vires* par elle-même. Après en avoir critiqué la rédaction il écrit aux pp. 95 à 97:

[TRANSDUCTION] ... nous sommes d'avis que le conseil municipal a mal interprété ses pouvoirs en interdisant à une catégorie particulière de personnes d'obtenir sous quelque prétexte que ce soit du vin, de l'alcool ou de la bière dans une taverne.

Si la législature avait jugé bon d'habiliter les conseils municipaux à imposer leur volonté en ce qui concerne les tavernes, les spiritueux et les boissons alcooliques, nous n'aurions aucune objection particulière et on nous aurait épargné la nécessité de nous prononcer sur des questions de ce genre; mais tant que la loi ne sera pas en cet état, nous devons considérer qu'en *common law* même si l'état d'ébriété est une infraction et une indécence, il n'est pas plus illégal de boire un verre d'alcool que de manger ou de boire toute autre chose, et toute modification de la loi à cet égard doit être apportée soit par l'assemblée législative d'une province ou par un autre corps législatif auquel le législateur a délégué son pouvoir d'adopter une telle loi. À l'heure actuelle, tous les pouvoirs que détiennent les conseils municipaux dans ce domaine se trouvent dans 13-14 Vic., chap. 95; quant au pouvoir additionnel de prohibition absolue accordé par 16 Vic., chap. 184, il doit être exercé sous certaines réserves et il n'a rien à voir avec un règlement comme celui que nous analysons maintenant. C'est dans le quatrième article de la première loi mentionnée que sont définis les pouvoirs dont sont investis les conseils municipaux, et les seuls mots applicables de cet article sont ceux qui donnent le pouvoir d'adopter des règlements «pour régir les tavernes et les salles d'amusement publiques». Bien interprété, cet article signifie uniquement que les municipalités peuvent adopter des règlements généraux se rapportant à la gestion de ces salles; il ne leur accorde pas le pouvoir de prescrire qu'une catégorie de personnes ne doit pas, comme d'autres, consommer les mêmes aliments, ni boire les mêmes boissons, ni avoir accès aux mêmes installations (actes qui sont tous également légaux jusqu'à ce qu'ils soient interdits par la loi, et tous également anodins, sauf s'il y a excès). On ne peut pas plus dire qu'une personne de moins de vingt et un ans ou un apprenti ne peut se procurer de l'alcool

ried, shall have it, or no soldier, or no aged person, or no laborer, or no person following some particular trade.

The difficulty in the way of this law is, that power is not given by law to municipal bodies to debar any class of the community more than another from procuring such refreshments at an inn as it has not yet been made unlawful to consume: and until that is the case, the power of merely “*regulating* inns and houses of public entertainment” cannot, in our opinion, be carried that length. This prohibition regarding minors is unqualified, and if every municipality were to exercise their discretion of regulating in the same way, and had a right to do it, then a minor or apprentice travelling alone through the province might be unable to procure, in the whole extent of his journey, what, whether wisely or not, is deemed a refreshment and taken as such, though anybody a year or a month older would not be prevented. He might be all the better for the prohibition, and by no means the worse; but that is for the legislature to pronounce, and not we think, for the municipal councils.

And at page 98:

... we think they cannot, of their own authority, legislate against a class . . .

In *Regina v. Levy* (1899), 30 O.R. 403, Chancellor Boyd and Ferguson J. invalidated a municipal by-law which prohibited dealers in second-hand goods from purchasing goods from individuals under eighteen years of age. Chancellor Boyd wrote, at pp. 404-05:

The motion is to quash a conviction under a by-law of the police commissioners of Guelph, for that the defendant being the keeper of a second-hand store did purchase old iron and bones from three boys appearing at the time to be under eighteen years of age. The provisions of the by-law to this effect purport to be pursuant to the power given to the police commissioners by the Municipal Act, ch. 223, sec. 484, by which they were empowered to “license and regulate second-hand shops and junk stores.” Junk store appears to be an American equivalent for second-hand shop—a place where odds and ends are purchased and sold: American and English Encyclopaedia of Law, *sub voce*.

dans une taverne qu'on peut le dire pour les femmes, mariées ou non, les militaires, les vieillards, les manœuvres ou certains négociants.

Le problème avec cette loi, c'est qu'elle n'accorde pas aux organismes municipaux le pouvoir d'empêcher une catégorie de membres de la collectivité plus qu'une autre de boire dans une taverne tant que la consommation de la boisson en question n'a pas été déclarée illégale. Jusqu'à ce que ce soit le cas, le simple pouvoir de «régir les tavernes et les salles d'amusement publiques» ne peut, à notre avis, aller aussi loin. Cette prohibition qui touche les mineurs est illimitée, et si toutes les municipalités exerçaient leur pouvoir discrétionnaire pour régler de la même manière, et avaient le droit de le faire, alors un mineur ou un apprenti voyageant seul dans la province pourrait être incapable d'obtenir pendant tout son voyage, ce qui, à tort ou à raison, est considéré comme un rafraîchissement et consommé comme tel, même si toute autre personne âgée d'un an ou d'un mois de plus n'en serait pas empêchée. Cette interdiction peut être fort à-propos ou n'être aucunement inopportune; mais nous pensons qu'il appartient à la législature de se prononcer et non aux conseils municipaux.

Et à la page 98:

[TRADUCTION] ... nous pensons qu'ils ne peuvent, de leur propre initiative, légiférer contre une catégorie . . .

Dans *Regina v. Levy* (1899), 30 O.R. 403, le chancelier Boyd et le juge Ferguson invalident un règlement municipal qui interdit aux marchands de produits usagés d'acquérir des biens de personnes âgées de moins de dix-huit ans. Le chancelier Boyd écrit, aux pp. 404 et 405:

[TRADUCTION] La requête vise à faire annuler une déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'un règlement des préfets de police de Guelph. Le défendeur, à titre de marchand d'articles usagés, aurait acheté de la ferraille de trois garçons qui avaient à l'époque moins de dix-huit ans. Les dispositions pertinentes du règlement étaient censées avoir été adoptées en vertu du pouvoir accordé aux préfets de police par la Municipal Act, chap. 223, art. 484. Ces dispositions les investissaient du pouvoir de «délivrer des permis concernant les magasins d'articles usagés et de les régler». (*Junk store* semble être l'équivalent américain de *second-hand shop*—un endroit où l'on achète et on vend du bric-à-brac: American and English Encyclopaedia of Law, *sub voce*).

That is the whole power given to license and regulate and the objection is that the enactment of the by-law transcends the statutory delegation of power.

The by-law is justified in the interests of good government, so as to stop pilfering of trifles by youths under eighteen, by shutting up a ready means of disposing of what is unlawfully gained through the agency of the junk shops. However praiseworthy the motive may be, that will not support a regulation which transcends the power conferred by the statute, and which is on its face unreasonably restrictive. The power given by the Municipal Act is to regulate the junk shop, not to prescribe the class of people who shall deal thereat: see *In re Barclay and the Municipality of Darlington* (1854), 12 U.C.R. at pp. 95-97; . . . In brief, the by-law is open to the objections pointed out by Lord Russell in [*Kruse v. Johnson*], [1898] 2 Q.B. at p. 99, as being partial and unequal in operation as between different classes, and inviting oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to the by-law without reasonable justification.

In *Re T. W. Hand Fireworks Co. and the City of Peterborough*, [1962] O.R. 794, Landreville J. of the High Court of Ontario invalidated a municipal by-law prohibiting *inter alia* the sale of fireworks to persons under twenty-one. The enabling provisions allowed the City to regulate the sale of fireworks and to prohibit such sale on a given day or days in the year. At page 797, one reads:

This brings me to the disqualification of a class of persons stated in the enactment, *i.e.* all persons under the age of 21 years. This constitutes a large class of the residents of a municipality. As lofty as its purpose may be for safety reasons, one cannot read into the statute that which is not there. And paras. 30 and 31 fail to expressly prohibit that class from having, purchasing or setting off fireworks. Infants have the same rights as adults under any statute unless specifically excluded.

They are legal entities. That class could be compared to those of "maids" or "married women" and if we were to substitute one of these for the class of infants, it would be shockingly discriminatory.

Tout le pouvoir accordé se résume à l'octroi de permis et à la réglementation de ces commerces, et l'on conteste le règlement pour le motif qu'il outrepassa la délégation de pouvoir prévue dans la Loi.

<sup>a</sup> Le règlement a été adopté à des fins de bon gouvernement et vise à mettre un frein aux larcins commis par des jeunes de moins de dix-huit ans en leur retirant un moyen facile d'écouler de la marchandise volée dans les magasins d'articles usagés. Aussi louable que puisse être ce motif, il ne peut fonder un règlement qui outrepassa le pouvoir accordé par la Loi et qui est, à première vue, déraisonnablement restrictif. La Municipal Act accorde le pouvoir de réglementer les boutiques d'articles usagés, non de prescrire la catégorie de personnes qui peut y conclure des marchés: voir *In re Barclay and the Municipality of Darlington* (1854), 12 U.C.R., aux pp. 95 à 97; . . . En résumé, le règlement est contestable pour les motifs exposés par lord Russell dans l'arrêt [*Kruse v. Johnson*], [1898] 2 Q.B. à la p. 99, parce qu'il fait <sup>c</sup> acception de personne et s'applique de façon différente à différentes classes et qu'il entraîne un empiètement abusif ou gratuit sur les droits des personnes qui y sont assujetties sans justification raisonnable.

<sup>e</sup> Dans *Re T. W. Hand Fireworks Co. and the City of Peterborough*, [1962] O.R. 794, le juge Landreville de la Haute Cour d'Ontario invalide un règlement municipal interdisant, entre autres, la vente de pièces pyrotechniques à des personnes âgées de moins de vingt et un ans. Les dispositions habilitantes permettaient de réglementer la vente de pièces pyrotechniques et de prohiber une telle vente un jour ou certains jours donnés de l'année. <sup>f</sup> On peut lire, à la p. 797:

[TRADUCTION] Ceci m'amène aux cas où la disposition prévoit l'exclusion d'une catégorie de personnes, c.-à-d. toute personne de moins de vingt et un ans. Cela représente une grande catégorie de résidents d'une municipalité. Aussi noble que son objectif de sécurité puisse être, on ne peut pas faire dire à la Loi ce qu'elle ne dit pas. Par ailleurs, les par. 30 et 31 n'interdisent pas expressément à cette catégorie de personnes d'avoir, d'acheter ou de faire brûler des pièces pyrotechniques. <sup>h</sup> Les mineurs jouissent des mêmes droits que les adultes en vertu de toute loi à moins d'être expressément exclus.

Ils ont la personnalité juridique. Cette catégorie est assimilable à celle des «femmes célibataires» ou des «femmes mariées» et, si nous substituions l'une de ces catégories à la catégorie des mineurs, le texte réglementaire nous paraîtrait outrageusement discriminatoire.

One may consider the *Highway Traffic Act*, the *Liquor Control Act*, the *Voters' Lists Act*, etc., etc. They specifically excluded infants from the general regulations.

In *Fountainhead Fun Centres Ltd. v. Ville St-Laurent*, [1979] C.S. 132, Guy Pager J. of the Superior Court invalidated a municipal by-law which prohibited the occupancy of buildings as places of amusement anywhere in the territory of the municipality, limited the number of gaming machines and prohibited their use by persons under eighteen years of age unless accompanied by a parent or guardian. Pager J. found the latter provision, *inter alia*, *ultra vires* the municipality. At pages 139-43, he reviewed a part of the judicial and academic authorities which I have just cited, and concluded:

[TRANSLATION] All that the Court can add is to draw the conclusion which necessarily follows in any case, and that is to say that by-law 744 is discriminatory with respect to a class of citizens—those under eighteen—a distinction which the law does not at present authorize. This discriminatory nature of by-law 744 suffices for it to be quashed.

In *Re Leavey and City of London* (1979), 107 D.L.R. (3d) 411, J. Holland J. of the High Court of Ontario invalidated a by-law which also related to places of amusement, and *inter alia* excluded persons under sixteen from such places during school hours. At page 421, Holland J. held:

That the by-law discriminates between persons on the question of age is apparent on its face and there can be no real doubt that a main purpose of the by-law was to accomplish that. The motive of the City Council may well be commendable but that is not the issue before me.

I have concluded that this by-law is invalid in that it unlawfully discriminates between businesses of the same class and, in addition, it discriminates between persons without the municipality having the power to do so. The power to regulate, so strongly relied upon here, does not allow or authorize discrimination.

For this alone I find that the by-law is invalid and must be quashed.

Prenons par exemple la *Highway Traffic Act*, la *Liquor Control Act*, la *Voters' Lists Act*, etc. Toutes ces lois excluent précisément les mineurs de leur réglementation générale.

<sup>a</sup> Dans *Fountainhead Fun Centres Ltd. c. Ville St-Laurent*, [1979] C.S. 132, le juge Guy Pager de la Cour supérieure invalide un règlement municipal qui prohibe partout sur le territoire de la municipalité l'occupation d'immeubles comme places d'amusement, qui restreint le nombre d'appareils de jeu et qui en interdit l'usage aux personnes âgées de moins de dix-huit ans sauf si elles sont accompagnées d'un parent ou d'un gardien. Le <sup>b</sup> juge Pager trouve cette dernière disposition, entre autres, *ultra vires* des pouvoirs de la municipalité. Aux pages 139 à 143, il passe en revue une partie des autorités jurisprudentielles et doctrinales que <sup>c</sup> je viens de citer pour conclure: <sup>d</sup>

Tout ce que le Tribunal peut ajouter est de tirer la conclusion qui s'impose d'elle-même d'ailleurs, et c'est de dire qu'en effet ce règlement 744 est discriminatoire à l'égard d'une classe de citoyens—les moins de dix-huit ans—distinction que la loi dans son état actuel n'autorise pas. Ce caractère discriminatoire du règlement 744 suffit à l'annuler.

<sup>e</sup> Dans *Re Leavey and City of London* (1979), 107 D.L.R. (3d) 411, le juge J. Holland de la Haute Cour d'Ontario invalide un règlement portant lui aussi sur les places d'amusement et, entre autres, interdisant ces places aux personnes âgées de moins de seize ans durant les heures d'école. À <sup>f</sup> la page 421, le juge Holland décide: <sup>g</sup>

[TRADUCTION] «À première vue, il ressort que le règlement établit une distinction fondée sur l'âge entre les personnes et l'on ne peut guère douter que c'était là <sup>h</sup> un des objectifs principaux du règlement. L'intention du conseil municipal peut très bien être louable, mais là n'est pas la question qui m'est soumise.

J'ai conclu que ce règlement est invalide parce qu'il établit une distinction illégale entre des entreprises d'une même catégorie et, en plus, parce qu'il établit une distinction entre les personnes sans que la municipalité ait le pouvoir de le faire. Le pouvoir de réglementer, sur lequel on s'appuie si fortement en l'espèce, ne permet pas ou n'autorise pas la discrimination.

<sup>j</sup> Par ce seul motif, je conclus que le règlement est invalide et doit être annulé.



Finally, reference should be made to *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, in which five judges of the Ontario Court of Appeal unanimously affirmed in part a judgment of the Divisional Court invalidating a by-law relating to the sale of erotic magazines and to adult entertainment parlours. It should be observed that in this case the enabling legislation expressly provided for the discrimination based on age. It was nonetheless strictly interpreted. Lacourcière J.A., who gave the reasons of the Court, wrote at p. 500:

The respondent supports the interpretation placed on the *Municipal Act* by the Divisional Court. In addition, the respondent presented other grounds to support the Divisional Court judgment as follows:

- (1) that the impugned by-law was enacted in bad faith;
- (2) that it is void for vagueness and uncertainty;
- (3) that it is discriminatory in the choice of the class of goods regulated, and
- (4) that it involves an unlawful delegation of council's power to a licensing committee without laying down any standards.

We did not call on the appellant to present any argument on grounds (1) and (3), being satisfied that the record does not disclose bad faith as that expression is commonly understood in municipal jurisprudence, and that no discrimination is involved in regulating a class or classes of adult entertainment parlours as authorized by the *Municipal Act*.

Then, at pages 510-11:

The age restriction in s. 368b(7) allows the municipality to pass by-laws prohibiting any person under the age of 18 years to enter or remain in the adult entertainment parlour *or any part thereof*. The impugned by-law, s. 39(4) of sch. 1.01, does not prohibit the entry or presence of a person under 18 years, but purports to prohibit any offer to provide or any provision of erotic goods (magazines) or services to that category of customer. It is now conceded by the appellant that s. 39(4) of sch. 1.01 is unauthorized and should be severed and struck from the by-law.

Though strictly speaking none of these judgments can be regarded as binding on this Court, they nonetheless have considerable weight when

Enfin, il y a lieu de référer à *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, où à l'unanimité, cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario confirment en partie un jugement de la Cour divisionnaire invalidant un règlement relatif à la vente de revues érotiques et aux boutiques réservées aux adultes. Il importe d'observer que dans ce cas la législation habilitante prévoyait expressément la discrimination fondée sur l'âge. Elle n'en est pas moins interprétée strictement. Le juge Lacourcière qui donne les motifs de la Cour écrit à la p. 500:

[TRADUCTION] L'intimée se fonde sur l'interprétation de la *Municipal Act* que donne la Cour divisionnaire. En outre, elle invoque les moyens suivants à l'appui du jugement de la Cour divisionnaire:

- (1) que le règlement contesté a été adopté de mauvaise foi;
- (2) qu'il est nul pour cause d'imprécision et d'incertitude;
- (3) qu'il est discriminatoire dans le choix de la catégorie des biens réglementés, et
- (4) qu'il comporte une délégation illégale du pouvoir du conseil à un comité des permis, sans prescrire aucune norme à suivre.

Nous n'avons pas demandé à l'appelante de présenter d'arguments sur les moyens (1) et (3), étant convaincus que le dossier ne révèle aucune mauvaise foi au sens qu'on donne communément à cette expression en droit municipal et qu'il n'y a aucune discrimination à réglementer une catégorie ou des catégories de boutiques réservées aux adultes comme l'autorise la *Municipal Act*.

Puis aux pages 510 et 511:

[TRADUCTION] La limite d'âge prévue au par. 368b(7) permet à la municipalité d'adopter des règlements interdisant à toute personne de moins de dix-huit ans d'entrer ou de se trouver dans une boutique réservée aux adultes *ou une partie de celle-ci*. Le règlement contesté, le par. 39(4) de l'annexe 1.01, n'interdit pas l'entrée ou la présence d'une personne de moins de dix-huit ans, mais vise à interdire toute offre de vente ou toute vente d'articles érotiques (magazines) ou de services à cette catégorie de clients. L'appelante admet maintenant que le par. 39(4) de l'annexe 1.01 est illégal et devrait être rayé du règlement.

Quoique aucun de ces jugements et arrêts ne puisse être considéré comme liant cette Cour, strictement parlant, ils n'en restent pas moins d'un

viewed together, and I consider that the principle contained in them should be followed at least in so far as it concerns a distinction based on the age of children, adolescents and minors.

I hasten to say that I do not necessarily agree with all the reasons contained in these precedents. Thus, I do not feel that a distinction between minors and adults should be compared, as was suggested in *In re Barclay, supra*, and *Re T. W. Hand Fireworks Co., supra*, with a discrimination affecting women, married or unmarried, soldiers, the elderly, labourers and certain tradesmen. The latter distinctions are *prima facie* arbitrary and irrational, whereas a distinction based on youth is in general prompted by considerations which are completely reasonable in the narrow sense, as many of these judgments have noted. However, it is not the narrow sense of the word "reasonable" which we must consider, but its legal sense. Moreover, and most importantly, there is a relevant analogy between the class of children and adolescents on the one hand and that for example of women and the elderly. Both are significant groups of the population and both are equally powerless to alter their physical or psychological condition. It must be held that, in the absence of express provisions to the contrary or implicit delegation by necessary inference, the sovereign legislator has reserved to itself the important power of limiting the rights and freedoms of individuals in accordance with such fine distinctions. The principle transcends the limits of administrative and municipal law. It is a principle of fundamental freedom.

In the case at bar, the actual wording of the *Charter* confirms me in this conclusion. Paragraphs 6 and 7 of art. 520 empower the municipal council to enact by-laws for the protection of children:

6. Regulate or prohibit the presence of children fifteen years of age or younger in the streets and public places between nine o'clock in the evening and five o'clock in the morning;

poids considérable par leur ensemble, et je crois qu'ils doivent être suivis dans leur principe, en autant du moins qu'il s'agit de la distinction fondée sur l'âge des enfants, des adolescents et des mineurs.

Je m'empresse de préciser que je ne suis pas nécessairement d'accord avec tous les motifs que l'on trouve dans cette jurisprudence. Ainsi, je ne crois pas qu'une distinction entre les mineurs et les adultes doive être assimilée, comme on le laisse entendre dans *In re Barclay, précité*, et *Re T. W. Hand Fireworks Co., précité*, à une discrimination visant les femmes, mariées ou non, les militaires, les vieillards, les manœuvres ou certains négociants. Ces dernières distinctions en effet, sont *prima facie* arbitraires et irrationnelles tandis que la distinction fondée sur le jeune âge est généralement motivée par des considérations tout à fait raisonnables dans le sens étroit, ainsi d'ailleurs que le notent plusieurs de ces jugements et arrêts. Cependant ce n'est pas le sens étroit du mot raisonnable qui doit nous retenir mais son sens juridique. Au surplus et surtout, il y a une analogie pertinente entre la classe des enfants et des adolescents, d'une part, et celle par exemple des femmes ou des vieillards. Il s'agit là de catégories importantes de la population et aussi impuissantes les unes que les autres à modifier leur état physique ou psychologique. Il faut tenir qu'à moins de dispositions explicites au contraire ou de délégation implicite faite par voie d'inférence nécessaire, le législateur souverain s'est réservé à lui-même le pouvoir important de restreindre les droits et libertés des citoyens en fonction de distinctions aussi délicates. Le principe transcende les cadres du droit administratif et du droit municipal. C'est un principe de liberté fondamentale.

En l'espèce, le texte même de la *Charte* me confirme dans cette conclusion. Aux paragraphes 6° et 7° de l'art. 520, il habilite en effet le conseil municipal à édicter des règlements pour la protection de l'enfance:

6° Réglementer et prohiber la présence des enfants de quinze ans ou moins dans les rues et places publiques entre neuf heures du soir et cinq heures du matin;

7. Regulate or prohibit the employment of minors in the streets and public places; grant licenses to newspaper carriers and regulate their operations;

Respondents therefore were correct in arguing that when the legislature wished to allow the City to discriminate on the basis of age, it was capable of doing so in clear language.

In my opinion, none of the arguments made in support of s. 8 of By-law 5156 by counsel for the City weakened the argument of illegality based on the discriminatory nature of that section.

Counsel for the City emphasized the amplitude of the City's general powers as compared with those of other municipalities: they laid particular stress on its policing powers, especially art. 517g. and s. of the *Charter*. However, as can be seen on the face of these provisions, none of them expressly empowers the City to make distinctions based on age. It may well be that an authorization to make distinctions based on the age of children and adolescents would be useful to the City in exercising its general powers, and especially in exercising its power to adopt policing by-laws; but however useful or convenient such an authorization might be, I am not persuaded that it is so absolutely necessary to the exercise of those powers that it would have to be found in the enabling provisions, by necessary inference or implicit delegation.

The same can be said for specific powers of the City, such as the power conferred by para. 7 of art. 521 of the *Charter*.

Furthermore, I note that there is no difference of kind between the powers of the City and those at issue in *Kruse v. Johnson, supra*, which Lord Russell of Killowen described at p. 97 as a "very wide authority to make by-laws". This very wide authority to make by-laws was conferred as follows:

The council may, from time to time, make such by-laws as to them seem meet for the good rule and government of the borough, and for prevention and suppression of nuisances not already punishable in a summary manner . . .

7° Régler ou interdire l'emploi d'enfants mineurs dans les rues et places publiques; accorder des permis aux porteurs de journaux et réglementer leur commerce;

Les intimés ont donc raison de prétendre que lorsque la Législature a voulu permettre à la Ville de discriminer quant à l'âge, elle a su le faire en termes clairs.

Aucun des arguments plaidés par les procureurs de la Ville au soutien de l'art. 8 du Règlement 5156 n'a ébranlé, à mon avis, le motif d'illégalité fondé sur le caractère discriminatoire de cet article.

Les procureurs de la Ville ont fait grand état de l'ampleur des pouvoirs généraux de la Ville par comparaison avec ceux d'autres municipalités et ils ont insisté sur ses pouvoirs de police et particulièrement sur les par. g) et s) de l'art. 517 de la *Charte*. Mais, comme il apparaît à la face même de ces dispositions, aucune d'entre elles n'habilite explicitement la Ville à faire des distinctions fondées sur l'âge. On peut penser que l'autorisation de faire des distinctions fondées sur l'âge des enfants et des adolescents serait utile à la Ville dans l'exercice de ses pouvoirs généraux et particulièrement dans l'exercice de son pouvoir d'adopter des règlements de police. Mais si utile ou commode que puisse être une telle autorisation, je ne puis me convaincre qu'elle soit indispensable à l'exercice de ces pouvoirs de telle sorte que l'on doive la trouver dans ces dispositions habilitantes, par inférence nécessaire ou délégation implicite.

On peut en dire autant des pouvoirs spécifiques de la Ville comme par exemple celui qui est conféré par le par. 7° de l'art. 521 de la *Charte*.

Je note d'ailleurs qu'il n'y a pas de différence de nature entre les pouvoirs de la Ville et ceux dont il était question dans *Kruse v. Johnson*, précité, et que lord Russell of Killowen qualifie, à la p. 97, de [TRADUCTION] «pouvoir très étendu de faire des règlements». Ce pouvoir très étendu de faire des règlements était en effet conféré comme suit:

[TRADUCTION] Le conseil peut prendre les règlements qu'il estime indiqués pour le bon gouvernement de la municipalité et pour la prévention et la suppression des nuisances qui ne peuvent pas déjà faire l'objet d'une poursuite sommaire . . .

It is also true that paras. (4), (7) and (33) of art. 521 of the *Charter* expressly empowers the City to prohibit gaming, places of amusement and the use of slot machines. However, those provisions probably permit only an absolute or simple prohibition, and certainly not a discriminatory prohibition.

Counsel for the City also attached great weight to an argument which they sought to draw from two relatively recent decisions, *Hanson v. Ontario Universities Athletic Association* (1975), 65 D.L.R. (3d) 385, and *Medicine Hat v. Wahl*, [1979] 2 S.C.R. 12.

This argument is that a by-law is only *ultra vires* on account of discrimination if it is unreasonably discriminatory, that is, only where the distinction made is itself unreasonable.

This is the reasoning which Lief J. appeared to follow in *Hanson, supra*, at p. 397, when he wrote:

Viewing discrimination *per se* as a branch of unreasonableness, differentiation between two classes in the sense of different treatment extended to two classes will not necessarily render a by-law invalid: see *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] S.C.R. 444 at pp. 450-1, 18 D.L.R. (2d) 161 at p. 166.

It is only when the difference in treatment is unreasonable in the wide sense, namely, that it is beyond the power of the enacting body, that the by-law will be invalid for unreasonable discrimination; however, if the difference in treatment is within the power of the enacting body it cannot be held invalid for unreasonable discrimination. Following this approach, regard must be had to the reason supporting the difference in treatment. If such reason is found to be within the legislative power of the enacting body the difference in treatment is not unreasonable discrimination.

Lief J. then expressed the view that the intercollegiate athletic associations' regulation which *inter alia* prohibited male students from participating in sports competitions after a five-year period was intended to encourage more students to take part in sports and competitions and to pro-

Il est vrai aussi que l'art. 521 de la *Charte* aux par. 4<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup> et 33<sup>o</sup>, habilite expressément la Ville à prohiber des jeux, des places d'amusement et l'usage des distributeurs automatiques. Mais, outre qu'il ne s'agit probablement là que de prohibition absolue ou pure et simple, il ne s'agit sûrement pas de prohibition discriminatoire.

Les procureurs de la Ville ont également insisté sur un argument qu'ils essaient de tirer de deux décisions relativement récentes: *Hanson v. Ontario Universities Athletic Association* (1975), 65 D.L.R. (3d) 385 et *Medicine Hat v. Wahl*, [1979] 2 R.C.S. 12.

Cet argument, c'est qu'un règlement n'est *ultra vires* pour cause de discrimination que s'il est déraisonnablement discriminatoire, c'est-à-dire dans le cas seulement où la distinction effectuée est elle-même déraisonnable.

C'est là le raisonnement que paraît suivre le juge Lief dans l'affaire *Hanson*, précitée, à la p. 397, quand il écrit:

[TRADUCTION] Si l'on considère que la discrimination en soi fait partie de ce qui est déraisonnable, la distinction entre deux catégories dans le sens d'un traitement différent appliqué à deux catégories ne rend pas nécessairement un règlement invalide: voir *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] R.C.S. 444, aux pp. 450 et 451, 18 D.L.R. (2d) 161, à la p. 166.

C'est seulement lorsque la différence de traitement est déraisonnable au sens large, c'est-à-dire lorsqu'elle excède le pouvoir de l'organisme qui a adopté le règlement, que ce règlement sera invalide pour cause de discrimination déraisonnable; toutefois, si la différence de traitement s'inscrit dans le pouvoir de l'organisme qui a adopté le règlement, ce règlement ne pourra être qualifié d'invalide pour cause de discrimination déraisonnable. Selon ce point de vue, il faut examiner la raison qui justifie la différence de traitement. Si cette raison est conforme au pouvoir législatif de l'organisme qui a adopté le règlement, la différence de traitement ne constitue pas de la discrimination déraisonnable.

Le juge Lief exprime ensuite l'avis que le règlement d'associations athlétiques intercollégiales interdisant entre autres aux étudiants de sexe masculin de participer à des compétitions sportives après une période de cinq ans a pour but d'encourager plus d'étudiants à participer aux sports et

mote equality between the various colleges. He concluded that such objectives fell within the regulatory power of the associations under their constitution, and were not invalid on account of unreasonable discrimination.

The reasons of Lief J. are not wholly devoid of ambiguity; but what he decided, stated otherwise and as I understand it, was that the athletic associations in question in *Hanson, supra*, had exercised a discriminatory power which their constitution implicitly conferred on them, in view of their objectives. He referred to *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] S.C.R. 444, a case concerning a zoning by-law. The power to discriminate is generally implicit in zoning matters. It is not for me to say whether, on this basis, *Hanson* was correctly decided.

In *Medicine Hat v. Wahl, supra*, this Court approved the reasons and finding of McDermid J.A., dissenting, in the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta: *Wahl v. Medicine Hat* (1977), 5 Alta. L.R. (2d) 70, at pp. 78 *et seq.* At issue was the validity of a resolution of a municipal council requiring contractors to become members of an organization accredited for its construction standards, before participating in the drawing of lands by the town. This resolution was challenged on the ground that it was discriminatory. McDermid J.A. rejected this argument. At page 81 he wrote:

That a resolution is discriminatory is not sufficient to justify quashing it; it must be unreasonably discriminatory.

At page 83, he also wrote:

I do not think the appellant has demonstrated that the resolution was unreasonably discriminatory.

At page 82, however, he relied on a passage written by Davies J., as he then was, in *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239, at p. 250:

By-laws passed by municipalities in Canada which are partial and unequal in their operation as between the

aux compétitions et de favoriser l'égalité entre les différents collèges. Il conclut que de tels objectifs se situent en deçà du pouvoir réglementaire des associations, selon leur constitution, et ne sont pas a invalides pour cause de discrimination déraisonnable.

Les motifs du juge Lief ne sont pas dénués d'ambiguïté. Mais ce qu'il se trouve à décider, en b d'autres termes et comme je le comprends, c'est que les associations athlétiques en question dans l'affaire *Hanson*, précitée, avaient exercé un pouvoir de discrimination que leur constitution leur reconnaissait implicitement, compte tenu de leurs c objectifs. Il réfère d'ailleurs à l'arrêt *Township of Scarborough v. Bondi*, [1959] R.C.S. 444, un arrêt portant sur un règlement de zonage. Or, en matière de zonage, le pouvoir de discriminer est d généralement implicite. Il ne m'appartient pas de dire, si sur cette base, l'affaire *Hanson* est bien décidée.

Dans *Medicine Hat v. Wahl*, précité, cette Cour a approuvé les motifs et la conclusion du juge e McDermid, dissident en division d'appel de la Cour suprême d'Alberta: *Wahl v. Medicine Hat* (1977), 5 Alta. L.R. (2d) 70, aux pp. 78 et suiv. Il s'agissait de la validité d'une résolution d'un conseil municipal obligeant les entrepreneurs à devenir membres d'une organisation accréditée pour ses standards de construction, avant de participer au tirage de terrains par la ville. Cette résolution était attaquée au motif qu'elle était discrimina- f toire. Le juge McDermid rejette cette prétention. À la page 81 il écrit:

[TRADUCTION] Le fait qu'une résolution soit discrimi- g natoire n'est pas suffisant pour justifier son annulation: elle doit être déraisonnablement discriminatoire. h

À la page 83, il écrit également:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que l'appellant ait démontré que la résolution est déraisonnablement i discriminatoire.

Cependant, à la p. 82, il s'appuie sur un passage écrit par le juge Davies, avant qu'il ne devienne Juge en chef, dans *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239, à la p. 250: j

[TRADUCTION] Les règlements adoptés par les municipalités canadiennes qui s'appliquent d'une manière

classes affected by them must to be held *intra vires* be supported by legislation which expressly or by necessary implication sanctions and authorizes the inequality.

At page 78, McDermid J.A. noted that the rights and obligations of a city regarding alienation of its territory are not necessarily the same as in the area of regulation, and at p. 79 he cited and commented on the enabling provisions:

Alberta municipal corporations like those in Ontario are creatures of statute and are governed by the provisions of The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, c. 246, and amendments thereto. Section 128(1) of the Act provides:

"128. (1) Where the council is empowered to acquire any land or any estate or interest therein either by purchase, expropriation, gift or other manner other than pursuant to *The Tax Recovery Act* or section 25 of *The Planning Act*, the council may hold, convey or dispose of the land or estate or interest in the land in any manner that the council considers to be advisable or expedient."

The use of the word "expedient" in conjunction with the word "advisable" extends the power of the city. "Expedient" is defined in the Shorter Oxford English Dictionary as "Advantageous; fit, proper, or suitable to the circumstances of the case . . . Useful, politic, as opp. to just or right."

Subsection (2) (am. 1971, c. 74, s. 9) of the said section provides that the council does not require the assent of the electors to dispose of any land except in certain circumstances set out in the subsection, none of which is relevant here. The section goes on further to provide that in respect of land on which housing accommodation is to be constructed, the council may dispose of it at less than its fair actual value at the time of sale, which indicates that the legislature intended municipalities to have wide powers in respect of selling these lots.

In my view, this was a special case which can be explained by the administrative rather than regulatory nature of the impugned document, and by the particular enabling provisions. At least, I do not think this Court intended to reverse the line of judicial and academic authority which I have described above.

partiale ou inégale à diverses catégories de personnes doivent, pour être considérés *intra vires*, être étayés par une loi qui, expressément ou par déduction nécessaire, sanctionne et autorise l'inégalité.

À la page 78, le juge McDermid note que les droits et obligations d'une ville relativement à l'aliénation de son domaine ne sont pas nécessairement les mêmes qu'en matière réglementaire et, à la p. 79, il cite et commente les dispositions habilitantes:

[TRADUCTION] Les corporations municipales de l'Alberta, comme celles de l'Ontario, sont le produit d'une loi et sont régies par les dispositions de The Municipal Government Act, R.S.A. 1970, chap. 246 et ses modifications. Le paragraphe 128(1) de cette loi prévoit:

"128. (1) Lorsque le conseil est investi du pouvoir d'acquérir un bien-fonds ou un droit dans un bien-fonds, par achat, par expropriation, par donation ou de toute manière autre qu'en application de *The Tax Recovery Act* ou de l'art. 25 de *The Planning Act*, le conseil peut détenir, céder ou aliéner le bien-fonds ou le droit sur le bien-fonds d'une manière qu'il considère opportune (*advisable*) ou indiquée (*expedient*)."

L'emploi du mot anglais «*expedient*» en conjonction avec le mot «*advisable*» augmente le pouvoir de la ville. «*Expedient*» est défini de la façon suivante dans le Shorter Oxford English Dictionary: «Avantageux; approprié, qui convient dans les circonstances . . . utile, de bonne guerre, par opp. à juste ou de plein droit.»

Le paragraphe (2) (mod. par 1971, chap. 74, art. 9) de cet article n'exige pas que le conseil obtienne le consentement des électeurs pour aliéner un bien-fonds, sauf dans certaines circonstances énoncées dans le paragraphe et dont aucune n'est pertinente en l'espèce. L'article va plus loin en prévoyant que le conseil peut aliéner un bien-fonds sur lequel un immeuble d'habitation doit être construit pour un prix moindre que sa juste valeur réelle à l'époque de la vente, ce qui indique que la législature entendait investir les municipalités de larges pouvoirs relativement à la vente de ces terrains.

À mon avis, il s'agit d'un cas d'espèce qui s'explique par la nature administrative plutôt que réglementaire de l'acte attaqué et par des dispositions habilitantes particulières. Du moins je ne crois pas que cette Cour ait entendu renverser le courant jurisprudentiel et doctrinal que j'ai décrit plus haut.

I think that the correct principle continues to be that stated by René Dussault and Louis Borgeat in a note to be found at p. 558 of their *Traité, supra*:

[TRANSLATION] One must avoid . . . placing discrimination in the context of other limitations on the regulatory power. Though discrimination is often a sign of bad faith on the part of the regulatory authority and it may also contribute to causing a by-law to be declared unreasonable, it is nonetheless a boundary which limits originally the exercise of the regulatory power. In *R. ex rel. St-Jean v. Knott*, [1944] O.W.N. 432, at 435, Rose J. of the High Court of Ontario stated clearly that unreasonableness should not be confused with discrimination: "It is argued that the ground upon which by-laws are declared invalid for discrimination is that discrimination is unreasonable; and that it follows that the elimination of unreasonableness as a ground for declaring the invalidity of by-laws eliminates discrimination also. I do not agree." This was also implicitly recognized by Spence J. of the Supreme Court of Canada in *The Corporation of the City of Ottawa v. The Royal Trust Co.*, [1964] S.C.R. 526, at 550, when he stated *obiter* that: "By the provision of s. 4(1) of the statute, the by-law must be approved by the Municipal Board and it has been so approved. That approval, of course, does not in any way validate a by-law which is *ultra vires* or discriminatory (. . .)".

There remains to be mentioned a judgment favourable to the City's position, *Re Bright and City of Langley* (1982), 131 D.L.R. (3d) 445, in which MacFarlane J. of the British Columbia Supreme Court upheld a municipal by-law which bore several similarities to By-law 5156. This by-law, titled *A Bylaw to regulate the operation of Pool Halls and Games Rooms*, prohibited *inter alia* persons under sixteen from entering games and amusement rooms unless accompanied by a parent or guardian. MacFarlane J. held that this prohibition was *intra vires* because of a legislative provision empowering the municipal council to regulate this kind of business "for the purpose of protecting the public". MacFarlane J. also heard evidence on the effect of such amusement halls on the crime rate. He distinguished that case from one like *Levy, supra*, on the ground that in *Levy*

Je pense que la vraie doctrine continue d'être celle qu'exposent René Dussault et Louis Borgeat dans une note que l'on trouve à la p. 558 de leur *Traité, précité*:

<sup>a</sup> Il faut éviter . . . de situer la discrimination dans le contexte d'autres limitations du pouvoir réglementaire. En effet, même si la discrimination est souvent la manifestation de la mauvaise foi d'une autorité réglementaire et même si elle peut aussi contribuer à faire déclarer déraisonnable un règlement, elle n'en constitue pas moins une frontière qui vient limiter de façon originale l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans *R. ex rel. St-Jean v. Knott*, (1944) O.W.N. 432, 435, le juge Rose, de la *High Court* d'Ontario, précise bien que l'irrationalité ne doit pas être confondue avec la discrimination: [TRADUCTION] «On prétend que le motif pour lequel les règlements sont déclarés invalides pour cause de discrimination repose sur le caractère déraisonnable de la discrimination; il s'ensuit que l'élimination du caractère déraisonnable comme motif de déclaration d'invalidité des règlements a pour effet d'éliminer la discrimination également. Je ne suis pas d'accord.» C'est aussi ce que reconnaît implicitement le juge Spence, de la Cour suprême du Canada, dans *The Corporation of the City of Ottawa v. The Royal Trust Co.*, [1964] R.C.S. 526, 550, lorsque, en *obiter dictum*, il affirme: [TRADUCTION] «En vertu du par. 4(1) de la Loi, le règlement doit être approuvé par la Commission municipale et cette condition a été remplie. Cette approbation, évidemment, n'a pas pour effet de rendre valide un règlement par ailleurs *ultra vires* ou discriminatoire (. . .).»

Il reste à mentionner un jugement favorable à la position de la Ville, *Re Bright and City of Langley* (1982), 131 D.L.R. (3d) 445, où le juge MacFarlane de la Cour suprême de Colombie-Britannique juge valide un règlement municipal qui comporte plusieurs analogies avec le Règlement 5156. Ce règlement, intitulé *A Bylaw to regulate the operation of Pool Halls and Games Rooms*, interdit entre autres l'accès des salles de jeu et d'amusement aux personnes âgées de moins de seize ans sauf quand elles sont accompagnées d'un parent ou d'un tuteur. Le juge MacFarlane décide que cette prohibition est *intra vires* à cause d'une disposition législative qui habilite le conseil municipal à réglementer cette sorte de commerce [TRADUCTION] «afin de protéger le public». Le juge MacFarlane avait aussi entendu une preuve relative à l'incidence de telles salles d'amusement sur la crimina-

there was no legislation empowering the municipality to make by-laws for the protection of the public. At pages 450-51, he wrote:

The difference between those cases and this case is that here the regulation is not directed at a particular class of people, but it is enacted for the benefit and protection of all the people living within the city. Incidentally, it may affect the rights of some people under the age of 16, but only if they come without a parent or guardian. They are not prohibited from coming there, but the manner of their attendance is prescribed. The manner in which a business may be conducted may be the subject of valid municipal legislation.

At page 451, he answered the argument based on the express power to enact a curfew by-law for persons under sixteen by writing that the curfew by-law was intended to protect children, not the public.

The findings of MacFarlane J. are all the more unexpected as earlier legislation, repealed in 1968, expressly empowered the municipal council to exclude from billiard halls and other establishments of that kind girls under eighteen and boys eighteen or younger.

The only comment which I can make regarding this judgment, and I do so with the greatest respect, is that it is an isolated judgment containing reasons with which I cannot agree, though I find the by-law very reasonable in the narrow sense.

For these reasons, I think that s. 8 of By-law 5156 is *ultra vires* and void.

#### VII—The Constitutional Question

The argument of illegality made against By-law 5156 by respondents and based on the *Constitution Act, 1867* may be summarized as follows. This by-law is said to be similar to *The Slot Machine Act, 1935* of Alberta, struck down in *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, and *The Slot Machine Act, 1954* of Alberta, struck down in *Regent Vending Machines*

lité. Il distingue cette affaire-là d'un arrêt comme l'arrêt *Levy*, précité, au motif que dans *Levy* aucune législation n'habilitait la municipalité à faire des règlements pour la protection du public.

*a* Aux pages 450 et 451 il écrit:

[TRADUCTION] La différence qui existe entre ces affaires et la présente espèce tient à ce qu'en l'espèce le règlement ne vise pas une catégorie particulière de personnes, mais a été adopté pour le bénéfice et la protection de tous les résidents de la ville. Incidemment, il peut toucher les droits de certaines personnes de moins de seize ans, mais seulement si elles se présentent sans être accompagnées d'un parent ou d'un tuteur. On ne leur interdit pas d'entrer dans ces endroits, mais on prescrit la façon de s'y présenter. La manière d'exploiter un commerce peut être assujettie à une législation municipale valide.

À la page 451, il répond à l'argument fondé sur le pouvoir explicite de décréter un règlement de couvre-feu pour les moins de seize ans en écrivant que le règlement de couvre-feu a pour but de protéger les enfants et non le public.

Les conclusions du juge MacFarlane sont d'autant plus inattendues qu'une législation antérieure, abrogée en 1968, habilitait expressément le conseil municipal à interdire les salles de billard et autres établissements du même genre aux filles âgées de moins de dix-huit ans et aux garçons âgés de dix-huit ans ou moins.

Le seul commentaire que je puisse faire à propos de ce jugement, et je le fais avec les plus grands égards, c'est qu'il s'agit d'un jugement isolé avec les motifs duquel il m'est impossible d'être d'accord, même si je trouve le règlement fort raisonnable, dans le sens étroit du terme.

Pour ces raisons, je pense que l'art. 8 du Règlement 5156 est *ultra vires* et nul.

#### VII—La question constitutionnelle

Le motif d'illégalité invoqué par les intimés contre le Règlement 5156 et fondé sur la *Loi constitutionnelle de 1867* peut se résumer comme suit. Ce règlement serait de la même nature que *The Slot Machine Act, 1935* de l'Alberta, invalidée dans *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, et *The Slot Machine Act, 1954* de l'Alberta invalidée dans *Regent Vending*



*Ltd. v. Alberta Vending Machines Ltd.* (1956), 6 D.L.R. (2d) 144. It allegedly does not differ in essence from By-laws 2223 and 2229 of the City, prohibiting pinball machines and *bagatelle* games, repealed by s. 13 of By-law 5156 and themselves declared by the Superior Court to be unconstitutional in *Parkway Amusement Co. v. Cité de Montréal*, [1958] C.S. 209. The impugned by-law seeks to prohibit, and in reality to make a crime, the use of gaming machines which the Parliament of Canada "decriminalized" when, in s. 10 of the *Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76* (Can.), c. 93, it amended s. 180(3) of the *Criminal Code* by excluding from the definition of "slot machine" "an automatic machine or slot machine that dispenses as prizes only one or more free games on that machine". The essential purpose of By-law 5156 is allegedly to prohibit gaming on grounds of public morals and to fill in what are perceived as gaps created in the *Criminal Code*, contrary to the principles recognized in such cases as *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43, and, one might add, *Goldwax v. City of Montréal*, [1984] 2 S.C.R. 525.

This argument of illegality should only be considered if one is of the opinion that By-law 5156 is really prohibitory. Even then, the argument is not necessarily conclusive in constitutional terms. If one concludes, as I did above, that By-law 5156 does not prohibit either amusement machines or amusement halls, but regulates their use and location, the constitutional argument loses all its force and one need go no further in refuting it.

However, I feel I should add certain observations.

Even section 8 of the By-law, which is prohibitory in form and which is *ultra vires* for the reasons mentioned above, is not thereby unconstitutional. This partial prohibition forms an integral though severable part of a comprehensive regulation regarding commerce and zoning, one which is also adopted for policing purposes to protect youth and prevent delinquency. The regulation of local commerce, zoning, the protection of youth and the

*Machines Ltd. v. Alberta Vending Machines Ltd.* (1956), 6 D.L.R. (2d) 144. Il ne différerait pas non plus; pour l'essentiel, des Règlements 2223 et 2229 de la Ville, prohibant les jeux de boules et les jeux de bagatelle, abrogés par l'art. 13 du Règlement 5156 et eux-mêmes déclarés inconstitutionnels par la Cour supérieure dans *Parkway Amusement Co. c. Cité de Montréal*, [1958] C.S. 209. Le règlement attaqué viserait à prohiber et en réalité, à criminaliser l'usage d'appareils de jeu que le Parlement du Canada a «décriminalisés» lorsque, par l'art. 10 de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76* (Can.), chap. 93, il a modifié l'art. 180 du *Code criminel* à son par. (3), en excluant de la définition des «appareils à sous» «une machine automatique ou un appareil à sous qui ne donne en prix qu'une ou plusieurs parties gratuites». Le Règlement 5156 aurait pour fonction essentielle de prohiber le jeu dans un but de moralité publique et de pallier à ce que l'on estime être des lacunes créées dans le *Code criminel*, contrairement aux principes reconnus dans des arrêts comme *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, et aurait-on pu ajouter, *Goldwax c. Ville de Montréal*, [1984] 2 R.C.S. 525.

Ce motif d'illégalité ne doit être pris en considération que si on est d'avis que le Règlement 5156 est véritablement prohibitif. Et même alors, l'argument n'est pas nécessairement déterminant au plan constitutionnel. Mais si on conclut, comme je l'ai fait plus haut, que le Règlement 5156 ne prohibe ni les appareils d'amusement ni les salles d'amusement mais qu'il en réglemente l'usage et l'emplacement, l'argument constitutionnel perd tout fondement et la réfutation de cet argument pourrait s'arrêter ici.

Je crois cependant devoir ajouter quelques observations.

Même l'article 8 du Règlement, dont la forme est prohibitive et qui, pour les raisons mentionnées plus haut, est *ultra vires*, n'en est pas pour autant inconstitutionnel. Cette prohibition partielle forme une partie intégrante quoique divisible d'une réglementation d'ensemble qui porte sur le commerce et le zonage et qui est également adoptée à des fins de police pour la protection de la jeunesse et la prévention de la délinquance. Or la réglementation

prevention of crime are all areas within the authority of the province: *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681, Idington J. at p. 684; *Reference re the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, Sir Lyman Duff at p. 403; *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, Dickson J. at pp. 213-15; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, Ritchie J. at p. 691; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Quebec v. Lechasseur*, [1981] 2 S.C.R. 253, Laskin C.J. at pp. 259-60; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, Dickson J. at p. 132.

Additionally, the amusement machines covered by By-law 5156 are, under the definition in s. 2, amusement devices authorized by law, and the amusements which they provide are perfectly innocent in themselves, in terms of public morals and other points of view as well. With such a by-law, one is far from an attempt to wipe out prostitution as in *Westendorp, supra*, and *Goldwax, supra*. I feel that this is also far from being an attempt to prohibit, even for young people, gaming regarded as a vice and from the standpoint of the criminal law, as three out of seven judges held in *Johnson, supra*. This case is not very decisive with respect to characterizing the legislation at issue there. However, its authority has continued to be cited by this Court in *Nova Scotia Board of Censors, supra*, at pp. 698-99, when a provincial statute reproduced the provisions of the *Criminal Code*.

I would dismiss the argument of illegality based on the *Constitution Act, 1867*.

#### VIII—Conclusions

The appeal of the City should be dismissed as to the Court of Appeal judgment on the petition of respondent Arcade.

As to the Court of Appeal judgment on the petition of respondents Fountainhead *et al.*, the appeal of the City should be allowed in part, the

d'un commerce local, le zonage, la protection de la jeunesse et la prévention du crime sont tous des domaines qui relèvent de l'autorité de la province: *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Bédard v. Dawson*, [1923] R.C.S. 681, le juge Idington à la p. 684; *Reference re the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, sir Lyman Duff à la p. 403; *Di Iorio c. Gardien de la Prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, le juge Dickson aux pp. 213 à 215; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, le juge Ritchie à la p. 691; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253, le juge en chef Laskin aux pp. 259 et 260; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, le juge Dickson à la p. 132.

Au surplus, les appareils d'amusement visés par le Règlement 5156 sont, selon la définition de l'art. 2, des dispositifs d'amusement permis par la loi et les amusements auxquels ils permettent de se livrer sont en eux-mêmes parfaitement innocents, sur le plan de la moralité publique comme à d'autres points de vue. Avec ce règlement on est loin d'une tentative de réprimer la prostitution comme dans *Westendorp, précité* et *Goldwax, précité*. Je crois que l'on est loin aussi d'une tentative d'interdire, même aux jeunes, le jeu considéré comme un vice et sous l'aspect du droit criminel, ainsi que l'ont jugé trois juges sur sept dans l'arrêt *Johnson, précité*. Cet arrêt demeure somme toute assez peu décisif quant à la qualification de la législation qui s'y trouvait en litige. Son autorité a cependant continué d'être retenue par cette Cour dans l'affaire *Nova Scotia Board of Censors, précité*, aux pp. 698 et 699, lorsqu'une loi provinciale reproduit les dispositions du *Code criminel*.

Je rejeterais le motif d'illégalité fondé sur la *Loi constitutionnelle de 1867*.

#### VIII—Conclusions

Le pourvoi de la Ville est rejeté en ce qui a trait à l'arrêt de la Cour d'appel relatif à la requête de l'intimée Arcade.

En ce qui a trait à l'arrêt de la Cour d'appel relatif à la requête des intimés Fountainhead et autres, le pourvoi de la Ville est accueilli en partie,

judgment of the Court of Appeal reversed in part and the judgment of the Superior Court restored in part: the petition of Fountainhead *et al.* to annul By-law 5156 should be dismissed except as to s. 8 and para. D of s. 12. Section 8 and para. D of s. 12 of By-law 5156 are declared to be *ultra vires* and void.

A negative answer is given to the constitutional question.

Arcade shall be entitled to its costs in all courts.

Fountainhead *et al.* shall be entitled to their costs in the Court of Appeal and Superior Court, but Fountainhead *et al.* and the City shall each pay their own costs in this Court.

No award of costs will be made for or against the mis en cause and the interveners.

*Appeal by the City relating to petition of respondent Arcade Amusements Inc. dismissed. Appeal by the City relating to petition of respondents Fountainhead Fun Centres Ltd. et al. allowed in part.*

*Solicitors for the appellant: Péloquin, Badeaux, Allard & Lacroix, Montréal.*

*Solicitors for respondent Arcade Amusements Inc.: Phillips, Halperin, Montréal.*

*Solicitors for respondents The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. and Louis Zuckerman: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

*Solicitors for the mis en cause: Jean-K. Samson, Odette Laverdière, Ste-Foy; Boissonneault, Roy & Poulin, Ste-Foy.*

*Solicitor for the interveners the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé en partie et le jugement de la Cour supérieure est rétabli en partie: la requête de Fountainhead et autres en annulation du Règlement 5156 est rejetée sauf quant à l'art. 8 et l'al. D de l'art. 12. L'article 8 et l'al. D de l'art. 12 du Règlement 5156 sont déclarés *ultra vires* et nuls.

Une réponse négative est donnée à la question constitutionnelle.

Arcade a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Fountainhead et autres ont droit à leurs dépens en Cour d'appel et en Cour supérieure mais, en cette Cour, Fountainhead et autres et la Ville paieront chacun leurs frais.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre le mis en cause et l'intervenant.

*Pourvoi de la Ville relatif à la requête de l'intimée Arcade Amusements Inc. rejeté. Pourvoi de la Ville relatif à la requête des intimés Fountainhead Fun Centres Ltd. et autres accueilli en partie.*

*Procureurs de l'appelante: Péloquin, Badeaux, Allard & Lacroix, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée Arcade Amusements Inc.: Phillips, Halperin, Montréal.*

*Procureurs des intimés The Fountainhead Fun Centres Ltd., Nivel Sales (1969) Limited, Boules de Miel Carnaval Inc. et Louis Zuckerman: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

*Procureurs du mis en cause: Jean-K. Samson, Odette Laverdière, Ste-Foy; Boissonneault, Roy & Poulin, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

**Jumbo Motors Express Limited** *Appellant;*

and

**François Nolin Ltée** *Respondent.*

File No.: 17501.

1984: December 20; 1985: April 24.

Present: Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Prescription — Interruption — Party to action — Action between co-defendants arising from same source as demand — Whether interruption caused by plaintiff's action can benefit one defendant against another — Civil Code, art. 2224.*

A highway accident involving two vehicles, one owned by appellant and the other by respondent occurred on November 13, 1974. Property belonging to the Wajax company was being carried by respondent and was damaged in the accident. In August 1976, Wajax brought an action for damages against appellant and respondent. On November 18, 1976, over two years after the event, respondent in its turn initiated an action against appellant for the damages to its vehicle; appellant replied and filed a cross-demand. In November 1980, respondent withdrew its action and filed an exception to dismiss the cross-demand, alleging that appellant's claim was prescribed. The Superior Court allowed this exception and a majority of the Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal is to determine whether, under para. 2 of art. 2224 C.C., the interruption of prescription resulting from Wajax's action can work to the advantage of one defendant against another.

*Held:* The appeal should be allowed.

Respondent's exception to dismiss must be dismissed. Under para. 2 of art. 2224 C.C., a defendant may benefit from the interruption of prescription caused by a plaintiff against his co-defendant. The language used by the legislator is clear and unambiguous and there is no basis for limiting it. The paragraph provides that an interruption "shall continue until final judgment and shall be effective for every party to the action for any right and recourse arising from the same source as the demand". There is no doubt that the co-defendants are "parties to the action", and that the words "for any right and recourse arising from the same source as the demand" take in rights and recourses of co-defendants

**Jumbo Motors Express Limited** *Appelante;*

et

**François Nolin Ltée** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17501.

1984: 20 décembre; 1985: 24 avril.

Présents: Les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson et <sup>b</sup> Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Interruption — Partie à l'action — Action entre codéfendeurs découlant de la même source que la demande — L'interruption résultant de l'action du demandeur peut-elle profiter à l'un des défendeurs contre l'autre? — Code civil, art. 2224.*

Le 13 novembre 1974, un accident de la circulation <sup>d</sup> est survenu impliquant deux véhicules, l'un appartenant à l'appelante et l'autre à l'intimée. En août 1976, la compagnie Wajax, dont certains biens transportés par l'intimée avaient été endommagés lors de l'accident, a intenté une action en dommages contre l'appelante et <sup>e</sup> l'intimée. Le 18 novembre 1976, soit plus de deux ans après l'événement, l'intimée a intenté à son tour une action contre l'appelante pour les dommages subis à son véhicule; l'appelante a répliqué et présenté une demande reconventionnelle. En novembre 1980, l'intimée s'est <sup>f</sup> désistée de son action et a présenté une requête en irrecevabilité à l'encontre de la demande reconventionnelle alléguant que le recours de l'appelante était prescrit. La Cour supérieure a accueilli cette requête et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé le jugement. D'où ce pourvoi qui vise à déterminer si, en vertu du <sup>g</sup> deuxième alinéa de l'art. 2224 C.c., l'interruption de la prescription résultant de l'action de Wajax peut profiter à l'un des défendeurs contre l'autre.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>h</sup> La requête en irrecevabilité de l'intimée doit être rejetée. En vertu du deuxième alinéa de l'art. 2224 C.c., un défendeur peut bénéficier de l'interruption de la prescription provoquée par le demandeur contre son codéfendeur. Les termes employés par le législateur sont <sup>i</sup> clairs et sans ambiguïté et il n'y a pas lieu de les restreindre. Cet alinéa prévoit que l'interruption «se continue jusqu'au jugement définitif et elle vaut en faveur de toute partie à l'action pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande». Il <sup>j</sup> ne fait pas de doute que les codéfendeurs sont des «parties à l'action» et que les mots «pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande»

arising out of the accident not only against the plaintiff but against each other.

Though the action by Wajax was settled out of court, this solution does not have the effect of making interruption of the prescription continue indefinitely. Transaction has the effect of *res judicata* between the parties and is the equivalent of a judgment. The interruption of prescription therefore ceased in the case at bar on the date of the transaction.

Finally, if the principal demand is dismissed, the interruption of prescription which has not applied in favour of a plaintiff (art. 2226 C.C.) would still apply between co-defendants. As in the case of a cross-demand, there is no reason why actions between co-defendants may not subsist independently of the principal demand.

#### Cases Cited

*Bégin v. Rodrigue Roussel & Co. Ltée*, S.C. Rimouski, No. 100-05-000498-76, February 28, 1978, approved; *Girard v. Danis*, [1975] C.S. 813; *Beauchamp v. Poirier*, [1976] C.P. 187; *Treitel v. Standard Structural Steel Ltd.*, [1982] C.S. 1075, not followed; *Arnault v. Jacques*, [1969] C.S. 77, considered; *Marquis v. Lussier*, [1960] S.C.R. 442; *Paraschuk v. Zuliani*, [1971] R.P. 415; *Durand v. Fraser*, [1964] C.S. 640; *Le Gars v. Francana Real Estate Ltd.*, [1968] R.P. 233; *Mailhot v. Ville de Richmond*, [1969] R.P. 365; *Lussier v. Anders*, [1971] R.P. 313; *Continental Casualty Co. v. O'Neill*, [1971] C.A. 703; *Lapierre v. Prévoyance Compagnie d'assurance*, [1977] C.A. 287, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code*, arts. 1918, 1920, 2183, 2224, 2226, 2232.  
*Code of civil procedure*, art. 172.

#### Authors Cited

Larouche, Angers. "Droit des obligations" (1978), 9 *R.G.D.* 73.  
Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Théorêt, 1916.  
Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1979.  
Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983.  
Tancelin, Maurice. *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984.  
Tancelin, Maurice. *Jurisprudence sur les obligations*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 1981.

comprennent les droits et recours des codéfendeurs résultant de l'accident non seulement contre le demandeur mais également entre eux.

L'action de Wajax ayant été réglée hors cour, cette solution n'a pas pour effet de faire en sorte que l'interruption de la prescription continue indéfiniment. La transaction a, entre les parties, l'effet de la chose jugée et est l'équivalent d'un jugement. L'interruption de la prescription a donc cessé en l'espèce à la date de la transaction.

Enfin, si la demande principale était rejetée, l'interruption de la prescription qui n'a pas eu lieu au bénéfice du demandeur (art. 2226 C.c.), profiterait néanmoins aux codéfendeurs entre eux. Comme dans le cas de la demande reconventionnelle, rien ne s'oppose à ce que les recours des codéfendeurs subsistent indépendamment de la demande principale.

#### Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Bégin c. Rodrigue Roussel & Co. Ltée*, C.S. Rimouski, n° 100-05-000498-76, 28 février 1978; arrêts non suivis: *Girard c. Danis*, [1975] C.S. 813; *Beauchamp c. Poirier*, [1976] C.P. 187; *Treitel c. Standard Structural Steel Ltd.*, [1982] C.S. 1075; arrêt examiné: *Arnault c. Jacques*, [1969] C.S. 77; arrêts mentionnés: *Marquis v. Lussier*, [1960] R.C.S. 442; *Paraschuk c. Zuliani*, [1971] R.P. 415; *Durand c. Fraser*, [1964] C.S. 640; *Le Gars c. Francana Real Estate Ltd.*, [1968] R.P. 233; *Mailhot c. Ville de Richmond*, [1969] R.P. 365; *Lussier c. Anders*, [1971] R.P. 313; *Continental Casualty Co. c. O'Neill*, [1971] C.A. 703; *Lapierre c. Prévoyance Compagnie d'assurance*, [1977] C.A. 287.

#### Lois et règlements cités

*Code civil*, art. 1918, 1920, 2183, 2224, 2226, 2232.  
*Code de procédure civile*, art. 172.

#### Doctrine citée

Larouche, Angers. «Droit des obligations» (1978), 9 *R.G.D.* 73.  
Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Théorêt, 1916.  
Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1979.  
Reid, Hubert et Denis Ferland. *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983.  
Tancelin, Maurice. *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984.  
Tancelin, Maurice. *Jurisprudence sur les obligations*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 523, affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 81-226. Appeal allowed.

*Denis Boudrias*, for the appellant.

*David Wood*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal concerns extinctive prescription and its interruption.

The essential facts are not at issue. They are summarized as follows by Jacques J.A., dissenting in the Court of Appeal, [1982] C.A. 523, at pp. 529-30:

[TRANSLATION] On November 13, 1974 a highway accident occurred involving a Jumbo truck and a Nolin truck.

At the time Nolin was carrying a cargo owned by Wajax Industries Ltd., which was damaged in the accident.

Wajax brought an action against Jumbo and Nolin in August 1976.

On November 18, 1976, and so over two years after the accident, Nolin initiated an action against Jumbo in the Provincial Court for damages to its truck; on February 15, 1977, Jumbo filed a cross-demand which was within the jurisdiction of the Superior Court, and on April 20, 1977 the case was transferred to the Superior Court.

On November 13, 1980, Nolin withdrew its action against Jumbo, leaving only the cross-demand by Jumbo still pending.

On November 25, 1980 the cross-demand by Jumbo and the action by Wajax were joined, and the same day Nolin filed an exception to dismiss the cross-demand, alleging that Jumbo's claim was prescribed.

Jumbo argued that prescription had been interrupted by the action brought by Wajax.

Finally, on April 30, 1981 Wajax's action was settled by Jumbo and Nolin "without prejudice to the rights of any other party".

Jacques J.A. identified the issue at p. 530:

[TRANSLATION] The question therefore is whether para. 2 of art. 2224 of the *Civil Code* can be interpreted so that the action by Wajax interrupted prescription for

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 523, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 81-226. Pourvoi accueilli.

*Denis Boudrias*, pour l'appelante.

*David Wood*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi porte sur la prescription libératoire et son interruption.

Les faits essentiels ne sont pas en litige. Ils sont résumés de la façon suivante par le juge Jacques, dissident en Cour d'appel, [1982] C.A. 523, aux pp. 529 et 530:

Le 13 novembre 1974, un accident de la route est survenu impliquant un camion de Jumbo et un camion de Nolin.

Nolin transportait alors une cargaison appartenant à Wajax Industries Ltd., qui fut endommagée lors de l'accident.

Wajax intente une action contre Jumbo et Nolin au mois d'août 1976.

Le 18 novembre 1976, donc plus de deux ans après l'accident, Nolin intente, en Cour provinciale, une action contre Jumbo pour dommages à son camion; le 15 février 1977, Jumbo présente une demande reconventionnelle de la compétence de la Cour supérieure et, le 20 avril 1977, le dossier est transféré à la Cour supérieure.

Le 13 novembre 1980, Nolin se désiste de son action contre Jumbo, laissant en litige la seule demande reconventionnelle de Jumbo.

Le 25 novembre 1980, la demande reconventionnelle de Jumbo et l'action de Wajax sont réunies et, le même jour, Nolin présente une requête en irrecevabilité à l'encontre de la demande reconventionnelle alléguant que le recours de Jumbo était prescrit.

Jumbo a plaidé que la prescription avait été interrompue par l'action intentée par Wajax.

Enfin, le 30 avril 1981, la cause de Wajax fut réglée par Jumbo et Nolin «sans préjudice aux droits de toute autre partie».

Et le juge Jacques situe le problème à la p. 530:

Il s'agit donc de déterminer si on peut interpréter le deuxième alinéa de l'article 2224 du *Code civil* de façon telle que l'action de Wajax a interrompu la prescription

the recourse which the two defendants in this action, Jumbo and Nolin, may have against each other.

Article 2224 C.C., as amended in 1972 (1972 (Que.), c. 68, s. 10), provides in its first two paragraphs:

**2224.** The filing of a judicial demand in the office of the court creates a civil interruption provided that demand is served within sixty days of the filing in accordance with the Code of Civil Procedure upon the person whose prescription it is sought to hinder.

Such interruption shall continue until final judgment and shall be effective for every party to the action for any right and recourse arising from the same source as the demand.

Before 1960 there was a lively controversy in Quebec as to when prescription that had been interrupted began to run again, and so as to whether a plaintiff who had brought an action in due time could, after the extinctive period of prescription had expired, add to his claim by amendment or a cross-demand.

At the time the relevant portion of art. 2224 read as follows:

A judicial demand in proper form, served upon the person whose prescription it is sought to hinder, or filed and served conformably to the Code of Civil Procedure when a personal service is not required, creates a civil interruption.

This controversy was resolved in favour of the plaintiff by a decision of this Court, *Marquis v. Lussier*, [1960] S.C.R. 442. It was held that the prescription only began to run from the date of the final judgment. Taschereau J., as he then was, wrote for the Court at p. 451:

[TRANSLATION] With all possible respect for those who hold the contrary opinion, I consider that when an action in damages is brought in due time it interrupts prescription, and the latter does not start to run again until the date of the final judgment. It follows that during the proceeding the plaintiff may, by cross-demand or amendment as the case may be, claim additional damages resulting from the same cause of action.

pour les recours que pouvaient avoir l'un contre l'autre les deux défendeurs dans cette action, c'est-à-dire Jumbo et Nolin.

L'article 2224 C.c., tel que modifié en 1972 (1972 (Qué.), chap. 68, art. 10), stipule par ses deux premiers alinéas:

**2224.** Le dépôt d'une demande en justice au greffe du tribunal forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée conformément au Code de procédure civile à celui qu'on veut empêcher de prescrire, dans les soixante jours du dépôt.

Cette interruption se continue jusqu'au jugement définitif et elle vaut en faveur de toute partie à l'action pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande.

Avant 1960 avait cours au Québec une vive controverse à savoir quand recommençait à courir la prescription interrompue et, par voie de conséquence, à savoir si un demandeur qui avait institué une action en temps utile, pouvait, après l'expiration du délai de prescription libératoire, ajouter à sa réclamation par voie d'amendement ou de demande incidente.

À l'époque l'art. 2224, dans sa partie pertinente, était ainsi rédigé:

Une demande en justice suffisamment libellée, signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, ou produite et signifiée conformément au Code de procédure civile, lorsque la signification personnelle n'est pas requise, forme une interruption civile.

Cette controverse fut résolue dans le sens favorable au demandeur par l'arrêt de cette Cour *Marquis v. Lussier*, [1960] R.C.S. 442. Il fut décidé que la prescription ne recommence à courir qu'à partir du jugement définitif. Le juge Taschereau, alors juge puiné, écrit au nom de la Cour à la p. 451:

Avec toute la déférence possible pour ceux qui partagent des vues contraires, je suis d'opinion que lorsqu'une action est instituée dans le temps voulu pour réclamer des dommages, elle interromp la prescription, et ce n'est qu'à partir du jugement définitif qu'elle recommence à courir. Il s'ensuit qu'au cours de l'instance, le demandeur peut, selon le cas, par demande incidente ou amendement, réclamer des dommages additionnels résultant de la même cause d'action.

The controversy was also resolved by legislation at the same time. Article 2224 (1959-60 (Que.), c. 98, s. 4) was introduced, para. 2 of which reads:

Such interruption shall continue until final judgment and shall be effective for any right and recourse arising from the same source as the demand.

In *Marquis v. Lussier*, *supra*, Taschereau J. wrote at p. 446:

[TRANSLATION] However, this controversial question which has created confusion in the legal world because of these two contradictory judgments by the Court of Queen's Bench, and prior judgments of various jurisdictions in the province of Quebec, is not now as significant in view of the amendment to the Code in art. 2224, during the last session, which provides that the judicial interruption shall continue until the final judgment, and affects any rights and recourses arising from the same source as the demand. This long-awaited amendment removes the conflicts and hesitations which had earlier existed.

He went on to say at p. 452:

[TRANSLATION] The recent amendment made by the legislature to art. 2224 C.C. in essence sanctions what in my opinion has always existed.

All the problems were not resolved by this means and debate began on the question of whether the new paragraph extended to a cross-demand. Could a defendant sued within the deadlines, by a cross-demand or a separate action brought after the deadlines had expired, bring a claim against the plaintiff?

With only one exception, namely *Paraschuk v. Zuliani*, [1971] R.P. 415, the courts held that the defendant did not have this right. See, in particular, *Durand v. Fraser*, [1964] C.S. 640; *Le Gars v. Francana Real Estate Ltd.*, [1968] R.P. 233; *Mailhot v. Ville de Richmond*, [1969] R.P. 365; *Lussier v. Anders*, [1971] R.P. 313.

As already mentioned, the article was again amended in 1972:

(a) by replacing the first paragraph by the following:

“2224. The filing of a judicial demand in the office of the court creates a civil interruption provided that demand is served within sixty days of the filing in

Dans le même temps d'ailleurs la controverse était réglée par voie législative. En effet était introduit à l'art. 2224 (1959-60 (Qué.), chap. 98, art. 4) le deuxième alinéa que voici:

<sup>a</sup> Cette interruption se continue jusqu'au jugement définitif et elle vaut pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande.

Dans *Marquis v. Lussier*, précité, le juge Taschereau écrit à la p. 446:

Mais, cette question controversée qui a créé de la confusion dans le monde légal à cause de ces deux jugements contradictoires de la Cour du Banc de la Reine, et des arrêts antérieurs des diverses juridictions de la province de Québec, ne présente plus le même intérêt vu l'amendement apporté au Code, à l'art. 2224, au cours de la dernière session, qui veut que l'interruption judiciaire se continue jusqu'au jugement définitif, et affecte tous les droits et recours résultant de la même source que la demande. Cet amendement longtemps souhaité, fait disparaître les conflits et les hésitations qui ont existé antérieurement.

Il écrit encore à la p. 452:

<sup>e</sup> L'amendement récent fait par la Législature à l'art. 2224 C.C. sanctionne en substance ce qui, à mon sens, a toujours existé.

Tous les problèmes ne se trouvaient pas pour autant résolus et le débat s'engagea sur la question de savoir si le nouvel alinéa s'étendait à la demande reconventionnelle. Le défendeur poursuivi dans les délais pouvait-il, par une demande reconventionnelle ou par une action distincte, après l'expiration des délais, faire valoir une réclamation contre le demandeur.

À une exception près, soit *Paraschuk c. Zuliani*, [1971] R.P. 415, la jurisprudence a refusé ce droit au défendeur. Voir notamment: *Durand c. Fraser*, [1964] C.S. 640; *Le Gars c. Francana Real Estate Ltd.*, [1968] R.P. 233; *Mailhot c. Ville de Richmond*, [1969] R.P. 365; *Lussier c. Anders*, [1971] R.P. 313.

<sup>i</sup> Tel que déjà mentionné, l'article fut de nouveau modifié en 1972:

a) en remplaçant le premier alinéa par le suivant:

«2224. Le dépôt d'une demande en justice au greffe du tribunal forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée conformément au Code



accordance with the Code of Civil Procedure upon the person whose prescription it is sought to hinder.”;

(b) by inserting after the word “effective” in the second line of the second paragraph the words “for every party to the action”.

Since an interruption caused by a plaintiff shall now “be effective for every party to the action for any right and recourse arising from the same source as the demand”, writers and the courts have been unanimous in their conclusion that a defendant may now proceed against a plaintiff even after the deadlines, but before the final judgment, by a cross-demand or even by a separate action. Counsel for the respondent suggested a more limiting interpretation, to which I will return; but for this exception however opinions are all along the lines indicated.

Where opinion is divided, however, is on the question of whether the interruption can work to the advantage of one defendant against another, as in the case at bar.

In *Girard v. Danis*, [1975] C.S. 813, Chevalier J. of the Superior Court held that the interruption made by plaintiff’s action did not benefit one of the defendants who had not sued the other within the specified time.

Chevalier J. first reviewed the basic principles as stated in arts. 2232 and 2183 C.C.:

**2232.** Prescription runs against all persons, unless they are included in some exception established by this code, or unless it is absolutely impossible for them in law or in fact to act by themselves or to be represented by others.

**2183.** . . .

Extinctive or negative prescription is a bar to, and in some cases precludes, any action for the fulfilment of an obligation or the acknowledgment of a right when the creditor has not preferred his claim within the time fixed by law.

Chevalier J. wrote at pp. 814-15:

[TRANSLATION] These provisions lead to a preliminary conclusion: as the right to the benefit of extinctive prescription is of public order, the exceptions contained in the Code for the purpose and effect of interrupting it

de procédure civile à celui qu’on veut empêcher de prescrire, dans les soixante jours du dépôt.»;

b) en insérant, dans la deuxième ligne du deuxième alinéa, après le mot «vaut», les mots «en faveur de toute partie à l’action».

Puisque dorénavant l’interruption provoquée par le demandeur «vaut en faveur de toute partie à l’action pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande», les auteurs et la jurisprudence sont unanimes à conclure que le défendeur peut, en conséquence, procéder contre le demandeur, même après les délais, mais avant jugement définitif, par demande reconventionnelle ou même par une action distincte. Le procureur de l’intimée propose une interprétation plus restrictive sur laquelle je reviendrai plus loin, mais sauf cette réserve, les opinions vont toutes dans le sens indiqué.

Là où cependant les opinions sont partagées, c’est sur la question de savoir si l’interruption peut profiter à l’un des défendeurs contre l’autre comme en l’espèce.

Dans *Girard c. Danis*, [1975] C.S. 813, le juge Chevalier de la Cour supérieure a décidé que l’interruption formée par l’action du demandeur ne profite pas à l’un des défendeurs qui n’a pas poursuivi l’autre en temps utile.

Le juge Chevalier rappelle d’abord les principes fondamentaux énoncés aux art. 2232 et 2183 C.c.:

**2232.** La prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par ce code, ou dans l’impossibilité absolue en droit ou en fait d’agir par elles-mêmes ou en se faisant représenter par d’autres.

**2183.** . . .

La prescription extinctive ou libératoire repousse et en certains cas exclut la demande en accomplissement d’une obligation ou en reconnaissance d’un droit, lorsque le créancier n’a pas réclaté pendant le temps fixé par la loi.

Le juge Chevalier écrit aux pp. 814 et 815:

De ces textes, une conclusion préliminaire s’impose; le droit au bénéfice de la prescription extinctive ou libératoire étant d’ordre public, les exceptions qui se trouvent dans le Code et dont le but et l’effet sont de l’interrom-

must be given a limiting interpretation and their existence must be apparent in the text through the use of express and specific language.

It is clear that, even before 1960, the filing of a judicial demand in accordance with the procedure specified fell within this category of exceptions to art. 2232 and constituted a civil interruption.

The 1960 amendment had two effects, *inter alia*: first, it extended the duration of the interruption until the final judgment; second, it made that interruption valid for any right or recourse arising from the same source as the demand.

By adding the words "for every party to the action" in 1972, did the legislator intend to alter the meaning of the article as it had existed till that time?

After referring to the report of the committee on the law of prescription of the Civil Code Revision Board, dated May 1, 1970, on which the legislator relied, Chevalier J. wrote:

[TRANSLATION] In the circumstances, it is apparent that the 1972 amendment did not make any change in the meaning of the article. On the contrary, it indicated that the interruption applies only in favour of parties to the action and no one else.

Chevalier J. then wrote, at pp. 815-16, and this was the gist of his judgment:

[TRANSLATION] Does this mean that this interruption must take place within the framework of the action itself as instituted, to the exclusion of any other as yet non-existent proceeding, even if the parties are the same in that other proceeding?

The Court answers this question in the affirmative, for the following reasons.

First, the fundamental principle to be borne in mind is that extinctive prescription is based essentially on failure by the beneficiary of an obligation to act to assert his right during the time provided for the purpose. Such neglect by him carries with it its own penalty, and once the time limit for bringing an action has expired, it does not appear to be either logical or legally acceptable to restore to this negligent beneficiary a right which he has allowed to lapse, and enable him to benefit from the diligence shown by another beneficiary of a similar obligation.

This reasoning is in keeping with, and applies, the rule stated by Mignault:

"... the effects of interruption do not extend from one person to another: *De persona ad personam non fit interruptio civilis.*"

pre doivent être interprétées d'une façon restrictive et leur existence doit apparaître dans le texte par l'emploi d'une phraséologie expresse et spécifique.

Il est clair que, même avant 1960, le dépôt d'une demande en justice, accompagnée de la procédure qui y était prévue, tombait dans cette catégorie d'exceptions à l'article 2232 et formait une interruption civile.

L'amendement de 1960 a eu, entre autres, deux effets: en premier lieu, celui de prolonger la durée de l'interruption jusqu'au jugement définitif; en second lieu, celui de rendre cette interruption valable pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande.

En ajoutant, en 1972, les mots «en faveur de toute partie à l'action», le législateur a-t-il voulu modifier le sens de l'article, tel qu'il existait jusque là?

Après avoir fait référence au rapport du Comité du droit de la prescription de l'Office de révision du *Code civil*, en date du 1<sup>er</sup> mai 1970, dont s'est inspiré le législateur, le juge Chevalier écrit:

Dans les circonstances, il faut conclure que l'amendement de 1972 n'a rien changé au sens de l'article. Au contraire, il a précisé que l'interruption ne vaut qu'en faveur des parties à l'action et de nul autre.

Le juge Chevalier écrit ensuite aux pp. 815 et 816, et c'est l'essentiel de son jugement:

Cela veut-il dire que cette interruption doit s'exercer de l'intérieur seulement de l'action elle-même, telle qu'elle est intentée, et ce à l'exclusion de toute autre procédure non encore instituée, même si, dans cette autre procédure, les parties étaient les mêmes?

La Cour répond à cette question dans l'affirmative, et ce pour les raisons suivantes:

En premier lieu, le principe fondamental qu'il convient de rappeler est que la prescription libératoire se fonde essentiellement sur l'inaction du créancier d'une obligation à faire valoir son droit pendant le temps prescrit à cet effet. Cette négligence de sa part comporte en elle-même sa sanction et, une fois le délai pour poursuivre expiré, il n'apparaît pas qu'il soit ni logique ni juridiquement acceptable de réintégrer ce créancier négligent dans un droit qu'il a déjà laissé forclore, en le faisant bénéficier de la diligence dont un autre créancier d'une obligation semblable a fait preuve.

Ce motif rejoint et applique la règle énoncée par Mignault:

"... les effets de l'interruption ne s'étendent pas d'une personne à une autre personne. *De persona ad personam non fit interruptio civilis.*"

Clearly, para. 3 of art. 2224 adds that "Seizures, set-off, interventions, oppositions are considered as judicial demands", which means both a limitation on the persons who may benefit from this interruption and a specific and thus exclusive description of the beneficiaries of the interruption.

For example, a person sued in damages may claim his own damages himself from the plaintiff by a cross-demand, and as such prescription will be interrupted in his favour against the party which initiated the principal action. One may even go so far as to say that the defendant enjoys the privilege of prescription being interrupted so he can bring a separate action for damages against the party who sued him, since the sole purpose of the cross-demand is to simplify the proceeding and, apart from the question of costs, it does not preclude the right to bring a separate action. However, it must be remembered that in that case it is the plaintiff and defendant who are against each other. That is clearly a different case from one in which a defendant decides to sue a co-defendant separately, as happened in the case at bar. Prescription will then continue to apply in favour of that co-defendant, and it does not seem possible by an intervention to vest in the principal defendant a right already acquired in favour of a third person.

Second, the philosophy underlying the concept of extinctive prescription is the fundamental right which a litigant has to know within a reasonable time what will be the consequences for him of an incident which has created a right of action against him. To think otherwise and make the notion of prescription depend entirely on the hazards of the judicial process might give rise to abuses and excessive or extreme situations which would place the litigant in an intolerable position.

M. Tancelin comments favourably on this judgment in *Jurisprudence sur les obligations*, t. 3, 2nd ed., 1981, p. 927, No. 257. A. Larouche, in "Droit des obligations" (1978), 9 *R.G.D.* 73, at p. 209, is of the same opinion.

MM. Tancelin appears to have subsequently changed his views. Commenting on *Girard v. Danis* in his recent text, *Des obligations, contrat et responsabilité* (1984), he writes at No. 1166, p. 550:

[TRANSLATION] In the case of a co-defendant, however, it might be thought that the first action had interrupted the prescription in favour of the defendant who has

Evidemment, le troisième alinéa de l'article 2224 ajoute que «la saisie, la reconvention, l'intervention, l'opposition comportent la demande»; ce qui indique à la fois une limitation des personnes qui peuvent jouir de cette interruption et une description précise et, par le fait même, restrictive des bénéficiaires de cette interruption.

A titre d'exemple, la personne poursuivie en dommages pourra, par demande reconventionnelle, réclamer elle-même du demandeur ses propres dommages et, à ce titre, la prescription sera interrompue en sa faveur contre celui qui a initié la poursuite principale. On pourrait même aller jusqu'à dire que ce défendeur jouirait du privilège de l'interruption de la prescription pour instituer contre celui qui l'a assigné en justice une action en dommages distincte, puisque la reconvention n'a pour but que de simplifier la procédure et que, sauf l'aspect dépens, elle n'exclut pas le droit de prendre action séparée. Mais il faut se rappeler que, dans ce cas, c'est le demandeur et le défendeur qui s'affrontent. Ce cas est évidemment différent de celui où un défendeur décide de poursuivre séparément un codéfendeur comme c'est la circonstance dans la présente affaire. En pareille occurrence, la prescription reste acquise en faveur de ce codéfendeur et il n'apparaît pas que l'on puisse, par une intervention, faire retrouver au défendeur principal un droit déjà acquis en faveur d'une tierce personne.

En second lieu, la philosophie qui est à l'origine du concept de la prescription extinctive réside dans le droit fondamental que possède un justiciable de connaître, dans un délai raisonnable, le sort qui lui est réservé à l'occasion d'un incident qui a ouvert le droit à un recours contre lui. Penser autrement et soumettre l'idée de prescription entièrement aux aléas du processus judiciaire pourrait donner lieu à des abus, des excès et des outrances qui placeraient ce justiciable dans une situation intolérable.

On trouve un commentaire favorable à ce jugement par M. Tancelin dans *Jurisprudence sur les obligations*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., 1981, p. 927, n<sup>o</sup> 257. A. Larouche dans «Droit des obligations» (1978), 9 *R.G.D.* 73, à la p. 209, est du même avis.

M. Tancelin semble avoir changé d'opinion depuis. Dans son ouvrage récent, *Des obligations, contrat et responsabilité* (1984), commentant *Girard c. Danis* il écrit au n<sup>o</sup> 1166, p. 550:

S'agissant d'un codéfendeur, on pouvait croire cependant que la première action avait interrompu la prescription au bénéfice du défendeur devenu demandeur

become a plaintiff in the second. In our view the only possible support for this negative solution is to be found in art. 2226, para. 4 C.C., and such a solution is in itself contrary to the 1972 amendment.

I will deal with art. 2226 C.C. below.

In *Beauchamp v. Poirier*, [1976] C.P. 187, Brassard J. of the Provincial Court, relying on *Girard v. Danis*, came to the same conclusion. Turmel J. adopted the same interpretation in *Treitel v. Standard Structural Steel Ltd.*, [1982] C.S. 1075.

In *Bégin v. Rodrigue Roussel & Co. Ltée*, S.C. Rimouski, No. 100-05-000498-76, February 28, 1978, on the other hand, Doiron J. arrived at the opposite conclusion. He based himself on the actual wording of para. 2 of art. 2224, and the applicable portion of his judgment is as follows:

[TRANSLATION] By this petition, therefore, the Court is being asked to exclude the co-defendants from the benefit of interruption of the prescription.

There is no doubt that they are both parties to the action, and in order to deny them the right to benefit from the interruption there must be either in the legislation or in the general principles of law a limitation preventing the Court from allowing it.

The wording adopted by the legislator is certainly clear and does not contain any limitation.

There is no basis in the existing law or precedent for limiting or restricting the general scope of the words used by the legislator.

It must clearly be given the extension which the legislator manifestly intended it should have, by including every party to the action in the benefit of interruption of the prescription as the result of an action at law, and this includes the two defendants.

With respect, I consider that the latter interpretation is the better one. The Code says "for every party to the action". There is no doubt that the co-defendants are parties to the action; and when the Code says "for any right and recourse arising from the same source as the demand", in my opinion that takes in rights and recourses of co-defendants not only against the plaintiff, but against each other. If the legislator had wanted to limit the rights and recourses of co-defendants to the cross-demand or in some other way, it would

dans la seconde. Seul l'article 2226, alinéa 4 C.c. justifierait peut-être cette solution de refus, contraire en elle-même à la modification de 1972, à notre avis.

<sup>a</sup> Je traiterai plus loin de l'art. 2226 C.c.

Dans *Beauchamp c. Poirier*, [1976] C.P. 187, le juge Brassard de la Cour provinciale, s'appuyant sur *Girard c. Danis*, décide dans le même sens. Le juge Turmel adopte la même interprétation dans *Treitel c. Standard Structural Steel Ltd.*, [1982] C.S. 1075.

Par contre, dans *Bégin c. Rodrigue Roussel & Co. Ltée*, C.S. Rimouski, n° 100-05-000498-76, 28 février 1978, le juge Doiron en arrive à une conclusion opposée. Il s'appuie sur le texte même du deuxième alinéa de l'art. 2224 et voici la partie pertinente de son jugement:

<sup>d</sup> Par la présente requête, on nous demande donc d'exclure les codéfendeurs du bénéfice de l'interruption de la prescription.

<sup>e</sup> Il n'y a pas de doute qu'ils sont tous deux (2) partie à l'action et pour leur nier le droit au bénéfice de l'interruption, il faudrait trouver soit dans le texte législatif, soit dans les principes généraux du droit, une restriction nous empêchant d'y faire droit.

<sup>f</sup> Le texte adopté par le législateur est certainement clair et ne souffre, dans sa lecture, aucune restriction.

Rien dans la Loi et la jurisprudence actuelle ne nous permet de limiter ou de restreindre la portée générale des termes employés par le législateur.

<sup>g</sup> De toute évidence, il faut lui accorder l'extension que le législateur a manifestement voulu lui donner, qui est d'inclure dans le bénéfice de l'interruption à la prescription, à la suite d'une demande en justice, toute partie à l'action, ce qui inclut les deux (2) défendeurs.

<sup>h</sup> Avec égards, je suis d'avis que cette dernière interprétation est la meilleure. Le Code dit: «en faveur de toute partie à l'action». Il ne fait pas de doute que les codéfendeurs sont des parties à l'action. Et lorsque le Code dit: «pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande», cela comprend, à mon sens, les droits et recours des codéfendeurs non seulement contre le demandeur, mais également entre eux. Si le législateur avait voulu limiter les droits et recours des codéfendeurs à la demande reconventionnelle ou

have been quite simple to adopt a different wording. If on the other hand the legislator intended to extend the scope of the interruption to every party to the action, and so unquestionably to a defendant, and in fact for any right or recourse arising in his favour from the same source, including any right or recourse against a co-defendant, in my view he could not have said it better than he did. Where one is dealing with such direct and broad language, I do not see what basis there can be in the enactment for limiting it. In short, the Code is clear and unambiguous regarding the point before the Court: I cannot find any authority for not applying it.

I adopt the following passage from the reasons of Jacques J.A., dissenting in the Court of Appeal (at p. 531):

[TRANSLATION] The second amendment further widens the effect of interruption and introduces a new concept. Formerly, interruption applied only in favour of the party bringing an action and benefited him only, subject to special provisions as to joint and several claims and indivisible claims.

The new concept is that an interruption caused by one of the parties benefits the others. The first example that comes to mind is the right to base a cross-demand on the same source as the principal action.

Should the words "every party" be limited to opposing parties alone, however?

The words "every party" should be interpreted in their usual sense. The word "party", as defined in *Petit Robert*, means "a person engaged in litigation".

This definition coincides with the meaning of the word "party" which emerges from the provisions of the *Code of Civil Procedure*. "Party" is there applied to a plaintiff, defendant, intervenor by voluntary or forced, aggressive or conservatory intervention, and a person objecting to a seizure. The usual meaning of the word "party" is therefore in no way limited by the provisions of the *Code of Civil Procedure*.

When the legislator used the expression "every party" in art. 2224 C.C., one must presume that in the absence of any indication to the contrary, and there is none, he was using this expression in the same sense as in the *Code of Civil Procedure*.

I therefore consider that the parties to the action are at a minimum those named in the writ or subsequently

d'avantage, il eût été fort simple d'adopter une rédaction différente. Si par contre le législateur entendait faire profiter de l'interruption toute partie à l'action, donc indéniablement un défendeur, et vraiment pour tout droit et recours lui résultant de la même source, y compris tout droit et recours contre son codéfendeur, à mon avis il n'aurait pas pu mieux le dire qu'il ne l'a fait. En présence de termes aussi directs et aussi larges, je ne vois pas sur quoi, dans le texte, on peut se fonder pour les restreindre. Bref le Code est clair et sans ambiguïté relativement à la question qui nous est soumise; je ne peux, à l'aide de quelque autorité que ce soit, l'écarter.

Je fais mien l'extrait suivant des motifs du juge Jacques, dissident en Cour d'appel (à la p. 531):

Le deuxième amendement élargit à nouveau l'effet de l'interruption et introduit un concept nouveau. Autrefois, l'interruption ne jouait qu'en faveur de celui qui agissait en justice et elle ne bénéficiait qu'à lui; sous réserve des dispositions spéciales quant à la solidarité et aux créances indivisibles.

Le nouveau concept est que l'interruption provoquée par l'une des parties bénéficie aux autres. Le premier exemple qui saute aux yeux est celui de la possibilité de porter une demande reconventionnelle provenant de la même source que la demande principale.

Cependant, doit-on limiter les mots «toute partie» aux seules parties adverses?

Les mots «toute partie» doivent être interprétés suivant leur sens usuel. Or, le mot «partie», tel que défini au *Petit Robert*, signifie «personne (qui est) engagée dans un procès».

Cette définition concorde avec le sens du mot «partie» qui résulte des dispositions du *Code de procédure civile*. On y appelle «partie» le demandeur, le défendeur, l'intervenant par voie d'intervention volontaire ou forcée, aggressive ou conservatoire, l'opposant à une saisie. Le sens usuel du mot «partie» n'est donc aucunement restreint par les dispositions du *Code de procédure civile*.

Lorsque le législateur a utilisé l'expression «toute partie» dans l'article 2224 C.C., on doit présumer, à moins d'indication au contraire, et il n'y en a pas, qu'il utilisait cette expression dans le même sens qu'il a au *Code de procédure civile*.

Je suis donc d'avis que les parties à l'action sont au moins celles qui y sont nommées dans le bref ou qui s'y

joined thereto before the prescription becomes applicable, and that it is now no longer necessary for parties other than the plaintiff to ask that interruption of the prescription shall benefit them as well by a separate demand brought by each of them. (I make no comment on the possibility that the word "party" may include a virtual party, that is someone who is not expressly named in the action.)

Accordingly, a defendant may benefit from the interruption caused by the plaintiff not only against the plaintiff himself but also against his co-defendant, since the co-defendants are parties to the action.

The principal arguments that might be made against such a solution are contained in the passages from judgments cited. First, the rules of prescription are to be restrictively interpreted, including the rule that the effects of an interruption do not extend from one person to another: *De persona ad personam non fit interruptio civilis*. Second, it would not be right for the diligence of one person to confer a right on someone else who has been negligent.

With respect, this is not the first time that the legislator has altered a rule of the civil law by means of a statute.

Moreover, when a defendant was allowed to take advantage of interruption by a cross-demand, an exception was undoubtedly made to the rule regarding the relative effect of a civil interruption. This was an extension of the interruption from the plaintiff to the defendant, in which the latter benefits from the diligence of the former.

Counsel for the respondent argued that the key to interpretation lay in the word "source", to which he gave a limiting meaning. He cited certain judgments of the Court of Appeal in which the latter explained and limited the word "source", giving it such a limiting meaning. In particular, he cited *Continental Casualty Co. v. O'Neill*, [1971] C.A. 703, and *Lapierre v. Prévoyance Compagnie d'assurance*, [1977] C.A. 287. In the first of these cases, a plaintiff bringing an action in delict was not allowed to amend the pleadings after the prescription deadline and add a claim that was contractual in nature. In the second case, a plaintiff bringing an action pursuant to a clause in an

sont subséquemment jointes avant que la prescription ne soit acquise et qu'il n'est maintenant plus nécessaire que les parties autres que le demandeur demandent que l'interruption de la prescription soit aussi à leur bénéfice par voie de demande distincte portée par chacune d'elles. (Je ne me prononce pas sur la possibilité que le mot «partie» puisse inclure une partie virtuelle, i.e. qui n'est pas expressément nommée dans l'action.)

Un défendeur peut donc bénéficier de l'interruption provoquée par le demandeur, non seulement contre le demandeur lui-même, mais aussi contre son codéfendeur, puisque les codéfendeurs sont des parties à l'action.

Les principaux arguments que l'on pourrait faire valoir contre une telle solution se trouvent dans les extraits des jugements cités. D'une part, les règles de la prescription s'interprètent de manière restrictive, y compris celle qui énonce que les effets de l'interruption ne s'étendent pas d'une personne à une autre—*De persona ad personam non fit interruptio civilis*. D'autre part, il serait inacceptable que l'acte diligent de l'un redonne un droit à l'autre qui a été négligent.

Avec égards, ce n'est pas la première fois que le législateur porte atteinte à une règle de droit civil par le biais d'une loi.

Du reste lorsqu'on a permis au défendeur de se prévaloir de l'interruption par voie de demande reconventionnelle, on a certes fait exception à la règle de l'effet relatif de l'interruption civile. Il y avait là une extension de l'interruption du demandeur au défendeur, celui-ci profitant de la diligence de celui-là.

Le procureur de l'intimée a plaidé que la clef de l'interprétation était le mot «source» auquel il donne un sens restrictif. Il cite certains arrêts de la Cour d'appel où celle-ci aurait précisé et limité le mot «source» en lui donnant un tel sens restrictif. Il cite notamment *Continental Casualty Co. c. O'Neill*, [1971] C.A. 703, et *Lapierre c. Prévoyance Compagnie d'assurance*, [1977] C.A. 287. Dans le premier de ces arrêts il n'a pas été permis à un demandeur exerçant un recours délictuel d'amender sa procédure après les délais de la prescription pour ajouter une réclamation de nature contractuelle. Dans le second arrêt il n'a pas été permis à un demandeur qui exerçait un

insurance policy was not allowed to amend after the prescription deadline and add a claim under another clause in the same policy. With respect, I see no analogy between these cases and the one at bar.

In my opinion, the source in the case at bar is the accident. In *Arnault v. Jacques*, [1969] C.S. 77, there was an action against the owner of a hotel by a customer who had fallen into an opening made in the floor. The plaintiff wanted to amend his statement of claim after the prescription deadline to allege fault by the defendant's employees. Mayrand J., as he then was, wrote at pp. 80-81:

[TRANSLATION] Defendant argued that the amendment requested by the plaintiff cannot be allowed because it tends to revive an action extinguished by the yearly prescription. The Court considers that plaintiff's right of action, based on the fault of defendant's employees, arises from the same source as the initial action, which was itself based on defendant's personal fault. The common source of the action is the accident complained of by plaintiff. For this reason, service of the action on defendant less than a year after the accident interrupted the prescription.

Counsel for the respondent further cited certain other decisions of the Court of Appeal dealing with the phrase "related source" found in art. 172 C.C.P., amended together with art. 2224 C.C. (1972 (Qué.), c. 70, s. 7), which provides:

172. The defendant may plead by defence any ground of law or fact which shows that the conclusions of the demand cannot be granted in whole or in part.

He may also in the same proceeding constitute himself cross-plaintiff in order to urge against the plaintiff any claim arising from the same source as the principal demand, or from a related source. The court remains seized of the cross demand notwithstanding discontinuance of the principal demand.

This in my view is a completely different question, and what these cases indicate is the degree of relationship required if a cross-demand is to be possible under art. 172 C.C.P. See H. Reid and D. Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec*, 1979, vol. 1, p. 219; 1983, Supplément, vol. 4, p. 59, and the cases cited.

recours en vertu d'un article d'une police d'assurance d'amender après les délais de prescription pour ajouter une réclamation en vertu d'un autre article de la même police. Avec égards, je ne vois aucune analogie entre ces affaires et la présente.

La source en l'espèce c'est, à mon avis, l'accident. Dans *Arnault c. Jacques*, [1969] C.S. 77, il s'agissait d'une poursuite contre le propriétaire d'un hôtel par un client qui était tombé dans une ouverture pratiquée dans le plancher. Le demandeur voulait, après le délai de la prescription, amender sa déclaration pour alléguer la faute des préposés du défendeur. Le juge Mayrand, alors juge à la Cour supérieure, écrit aux pp. 80 et 81:

Le défendeur soutient que la modification requise par le demandeur ne peut être permise parce qu'elle tendrait à faire revivre une action éteinte par la prescription annale. Le tribunal estime que le droit d'action du demandeur, fondé sur la faute des préposés du défendeur, résulte de la même source que la demande initiale, elle-même fondée sur la faute personnelle du défendeur. La source commune de la demande est l'accident dont le demandeur se plaint. Pour cette raison, la signification de l'action au défendeur, faite moins d'un an après l'accident, a interrompu la prescription.

Le procureur de l'intimée cite encore certains autres arrêts de la Cour d'appel qui portent sur l'expression «source connexe» que l'on retrouve à l'art. 172 C.p.c., modifié en même temps que l'art. 2224 C.c. (1972 (Qué.), chap. 70, art. 7), et qui stipule:

172. Le défendeur peut faire valoir par sa défense tous moyens de droit ou de fait qui s'opposent au maintien, total ou partiel, des conclusions de la demande.

Il peut aussi, et dans le même acte, se porter demandeur reconventionnel pour faire valoir contre le demandeur toute réclamation lui résultant de la même source que la demande principale, ou d'une source connexe. Le tribunal reste saisi de la demande reconventionnelle, nonobstant un désistement de la demande principale.

Il s'agit à mon avis d'une toute autre question et ce que ces arrêts expliquent c'est le degré de connexité requis pour qu'en vertu de l'art. 172 C.p.c., il soit permis de faire valoir une demande reconventionnelle. Voir H. Reid et D. Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec*, 1979, vol. 1, p. 219; 1983, Supplément, vol. 4, p. 59, et la jurisprudence citée.

Counsel for the respondent further maintained that the rights and recourses which other parties such as defendants might claim against plaintiff under the provisions of art. 2224, after the prescription periods have expired, are only the compensation which can be pleaded even without a cross-demand, and whatever the source. With respect, I am as unable to subscribe to this proposition as to see what justification there is for it in para. 2 of art. 2224.

Counsel for the respondent also argued that if art. 2224 is given the interpretation suggested by appellant, in a case like this one interruption of the prescription would continue indefinitely, since it will endure until the final judgment. There was no final judgment in the case at bar, because the Wajax action was settled by appellant and respondent. He supported this reasoning on the fact that the Civil Code Revision Board had suggested the following as the wording:

Interruption which results from a judicial demand continues until final judgment or, as the case may be, until the settlement between the parties.

As he said, the legislator did not incorporate the second part of the sentence.

This argument is untenable, as it sufficed to mention the final judgment as the term. It was not necessary to mention the transaction, as this was covered by other provisions in the *Civil Code*. Transaction has the effect of *res judicata* between the parties and is the equivalent of a judgment. The interruption of prescription will not go beyond the date of a transaction, any more than the date of a final judgment.

Article 1918 C.C. defines transaction:

**1918.** Transaction is a contract by which the parties terminate a lawsuit already begun, or prevent future litigation by means of concessions or reservations made by one or both of them.

Article 1920 states:

**1920.** Transaction has between the parties to it the authority of a final judgment (*res judicata*).

Le procureur de l'intimée fait valoir par ailleurs que les droits et recours que les autres parties, tels les défendeurs, pourraient réclamer à l'encontre du demandeur grâce aux dispositions de l'art. 2224, après les délais de la prescription, ne seraient que la compensation judiciaire qu'on peut opposer même sans demande reconventionnelle et quelle qu'en soit la source. Avec égards, il m'est impossible d'adhérer à cette proposition comme il m'est impossible de voir ce qui, dans le deuxième alinéa de l'art. 2224, la justifierait.

Le procureur de l'intimée soumet encore que si l'on donnait à l'art. 2224 l'interprétation proposée par l'appelante, dans un cas comme celui-ci l'interruption de la prescription continuerait indéfiniment puisqu'elle doit durer jusqu'au jugement définitif. En l'espèce il n'y aura pas de jugement définitif car la cause de Wajax a été réglée par l'appelante et l'intimée. Il appuie ce raisonnement sur le fait que l'Office de révision du Code civil avait proposé comme texte, celui-ci:

L'interruption résultant d'une demande en justice se continue jusqu'au jugement définitif ou, le cas échéant, jusqu'à la transaction survenue entre les parties.

Or le législateur, dit-il, n'a pas retenu le deuxième membre de la phrase.

Cet argument ne tient pas car il était suffisant de mentionner comme terme le jugement définitif. Il n'était pas nécessaire de mentionner la transaction car d'autres dispositions du *Code civil* y pouvoient. La transaction a, entre les parties, l'effet de la chose jugée et est l'équivalent d'un jugement. L'interruption de la prescription ne dépassera pas la date de la transaction, pas plus que la date du jugement définitif.

L'article 1918 C.c. définit la transaction:

**1918.** La transaction est un contrat par lequel les parties terminent un procès déjà commencé, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux.

Et l'article 1920 énonce:

**1920.** La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.



Finally, counsel for the respondent submitted an argument based on para. 4 of art. 2226 C.C.:

**2226. Prescription is not interrupted:**

If the plaintiff abandon his suit, except to avoid the exclusion provided for in article 1008 of the Code of Civil Procedure;

If the service or the procedure be null from informality;

If he allow peremption of the suit to be obtained;

If the suit be dismissed.

If the suit is dismissed the prescription is not interrupted. In the result, he submitted, that in the case of dismissal of an action the interruption of prescription which has not applied in favour of a plaintiff would still apply in favour of a defendant and between co-defendants.

This provision applies to a plaintiff whose suit has been dismissed. It provides that in such a case, since there is no interruption, the plaintiff may not recommence if the prescription deadline has expired. P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, 1916, t. 9, pp. 422-26, gives the example *inter alia* of a suit dismissed for a formal defect. As a consequence of para. 4 of art. 2226, the plaintiff will lose his recourse if the prescription deadline has expired.

However, the legislator has provided that a cross-demand will subsist independently of the principal demand. Thus, article 172 C.C.P., cited above, provides that "The court remains seized of the cross demand notwithstanding discontinuance of the principal demand". In my view there is no reason why, if the principal demand is dismissed, although the plaintiff cannot recommence after the deadlines have expired, actions between co-defendants may not subsist just as the cross-demand may. This last argument does not appear to me to be valid.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, and dismiss the exception to dismiss by respondent, with costs in this Court and in the Court of Appeal and Superior Court.

Enfin, le procureur de l'intimée soumet un moyen fondé sur le quatrième alinéa de l'art. 2226 C.c.:

**2226. Si l'assignation ou la procédure est nulle par défaut de forme;**

Si le demandeur se désiste de sa demande, à moins que ce ne soit en vue d'éviter l'exclusion prévue à l'article 1008 du Code de procédure civile;

Si il laisse obtenir péremption de l'instance:

Ou si sa demande est rejetée:

Il n'y a pas d'interruption.

Si la demande est rejetée, il n'y a pas d'interruption de la prescription. Si bien, soumet-il, qu'au cas de rejet de l'action l'interruption de la prescription qui n'a pas eu lieu au bénéfice du demandeur, profiterait néanmoins au défendeur et aux codéfendeurs entre eux.

Cette disposition vise le demandeur dont la demande est rejetée. Elle stipule qu'en pareil cas puisqu'il n'y a pas d'interruption le demandeur ne pourra pas recommencer si le délai de prescription est expiré. P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, 1916, pp. 422 à 426, donne l'exemple, entre autres, d'une demande rejetée pour nullité de forme. Par l'effet du quatrième alinéa de l'art. 2226, le demandeur perd son recours si le délai de prescription est expiré.

Mais le législateur a prévu que la demande reconventionnelle puisse subsister indépendamment de la demande principale. Ainsi, l'art. 172 C.p.c. précité stipule que: «Le tribunal reste saisi de la demande reconventionnelle, nonobstant un désistement de la demande principale». Rien ne s'oppose à mon avis à ce que, au cas de rejet de la demande principale, bien que le demandeur ne puisse recommencer après les délais, les recours des codéfendeurs entre eux puissent subsister tout autant que la demande reconventionnelle. Ce dernier moyen ne me paraît pas fondé.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure, et de rejeter la requête en irrecevabilité de l'intimée, avec dépens tant en cette Cour qu'en Cour d'appel et en Cour supérieure.

*Appeal allowed with costs.*

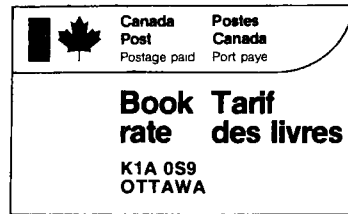
*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Boudrias, Fréchette, Gélinas & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante: Boudrias, Fréchette, Gélinas & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Wood & Aaron, a Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Wood & Aaron, Montréal.*



*If undelivered, return COVER ONLY to,  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 4, 1985 Vol. 1**

**4<sup>e</sup> cahier, 1985 Vol. 1**

**Cited as [1985] 1 S.C.R. 439-611**

**Renvoi [1985] 1 R.C.S. 439-611**

---





## 1985 Volume 1

### Canada Supreme Court Reports

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

*Editors*

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

*Arrêtiſtes*

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

*Published pursuant to the Statute by*

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.†

*Registrar of the Court*

*Publié conformément à la Loi par*

BERNARD C. HOFLEY, c.r.†

*Registraire de la Cour*

† On the 22nd day of January 1985, Mr. Bernard C. Hofley, Q.C., Registrar of the Court, died.

† M<sup>e</sup> Bernard C. Hofley, c.r., Registraire de la Cour, est décédé le 22 janvier 1985.

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

The Honourable GERARD V. LA FOREST

On the 16th day of January 1985, the Honourable GERARD V. LA FOREST, a member of the Court of Appeal for New Brunswick, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

J

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

Le 16 janvier 1985, l'honorable GÉRARD V. LA FOREST, juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.



## ERRATA

- [1985] 1 S.C.R. p. 5, line *i*-1 of the French version. Read “Code de procédure civile” instead of “Code de procèdure civile”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 6, line *a*-5 of the French version. Read “Loi sur les sociétés commerciales canadiennes” instead of “Loi sur les sociétés commerciales canadienne”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 22, line *c*-1 of the English version. Read “Pivovaroff v. Chernbaeff” instead of “Pivovaroff v. Chernbaeff”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 38, line *f*-4 of the English version. Read “Riley” instead of “Ripley”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 81, line *j*-5 of the French version. Read “Representation” instead of “Representaion”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 97, line *h*-5 of the English version. Read “Beson” instead of “Benson”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 229, line *c*-2 of the English version. Read “c. C-34” instead of “c. C-24”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 357, line *a*-5 of the English version and *b*-1 of the French version. Read (3rd ed. 1966) instead of (3rd ed. 1969).
- [1985] 1 S.C.R. p. 522, line *h*-2 of the French version. Read [toleration] instead of [tolération].
- [1985] 1 R.C.S. p. 5, ligne *i*-1 de la version française. Lire «Code de procédure civile» au lieu de «Code de procèdure civile».
- [1985] 1 R.C.S. p. 6, ligne *a*-5 de la version française. Lire «Loi sur les sociétés commerciales canadiennes» au lieu de «Loi sur les sociétés commerciales canadienne».
- [1985] 1 R.C.S. p. 22, ligne *c*-1 de la version anglaise. Lire «Pivovaroff v. Chernbaeff» au lieu de «Pivovaroff v. Chernbaeff».
- [1985] 1 R.C.S. p. 38, ligne *f*-4 de la version anglaise. Lire «Riley» au lieu de «Ripley».
- [1985] 1 R.C.S. p. 81, ligne *j*-5 de la version française. Lire «Representation» au lieu de «Representaion».
- [1985] 1 R.C.S. p. 97, ligne *h*-5 de la version anglaise. Lire «Beson» au lieu de «Benson».
- [1985] 1 R.C.S. p. 299, ligne *c*-2 de la version anglaise. Lire «c. C-34» au lieu de «c. C-24».
- [1985] 1 R.C.S. p. 357, ligne *a*-5 de la version anglaise et *b*-1 de la version française. Lire (3rd ed. 1966) au lieu de (3rd ed. 1969).
- [1985] 1 R.C.S. p. 522, ligne *h*-2 de la version française. Lire [toleration] au lieu de [tolération].

## MOTIONS—REQUÊTES

- 456 693 133 *Private Hinds v. The Queen* (C.M.A.C.), 19291, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Aaserud v. The Queen* (Alta.), 19404, leave to appeal refused, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Abbott v. The Queen* (B.C.), 19370, leave to appeal refused, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Acli Ltd. (formerly A.C. Isreal Woodhouse Co.) v. Cominco Ltd.—Cominco Ltée* (B.C.), 19388, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. The Queen in Right of Alberta et al.* (Alta.), 19403, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allstate Insurance Co. of Canada v. Wigle et al.* (Ont.), 19241, leave to appeal refused with costs, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Andrews v. Farrell Estates Ltd. et al.* (B.C.), 19124, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Annett v. The Queen* (Ont.), 19232, leave to appeal refused, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Apotex Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (Ont.), 19138, leave to appeal refused with costs, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arviv v. The Queen* (Ont.), 19351, leave to appeal refused, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Athena Interiors Ltd. et al. v. Toronto-Dominion Bank et al.* (Alta.), 19088, leave to appeal refused with costs, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atlantic Shopping Centres Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (N.B.), 19259, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Howard* (F.C.A.), 19327, leave to appeal granted, 13.6.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Canada v. Samson Belair Ltd. (Trustee of proposal of Globe Excavations Ltd. a bankruptcy)* (B.C.), 19320, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Ontario v. Pembina Exploration Canada Ltd. et al.* (Ont.), 19374, leave to appeal granted, 27.6.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Babcock v. The Queen* (Alta.), 19195, leave to appeal refused, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Bains v. The Queen* (Ont.), 19257, leave to appeal refused, 23.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Bank of Montreal v. National Trust Co. et al.* (B.C.), 19113, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Bank of Nova Scotia v. The Queen* (N.S.), 19190, leave to appeal refused, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Bellefleur v. The Queen* (Alta.), 19240, leave to appeal refused, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Bergeron et autre v. Encres B.C.M. Ltée* (Qué.), 19323, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bernier v. F. Ménard Inc.* (Qué.), 19394, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bertrand et autre v. Couture* (Qué.), 19117, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bertrand et autre v. Racicot* (Qué.), 19117, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Bilson et al. v. University of Saskatchewan* (Sask.), 19274, leave to appeal refused with costs, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blachford v. Blachford* (Sask.), 19332, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blackwoods Beverage Ltd. et al. v. The Queen et al.* (Man.), 19137, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Boehm v. The Queen* (B.C.), 19343, leave to appeal refused, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Boles et al. v. The Queen* (Alta.), 19126, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Bown v. Minister of Social Services for the Province of Newfoundland* (Nfld.), 19385, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bradbury v. The Queen* (Ont.), 19209, leave to appeal refused, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Medical Association et al. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia* (B.C.), 19192, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burlington (Corporation of the City of) v. Nordee Investments Ltd.* (Ont.), 19115, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burrows et al. v. Burke et al.* (Ont.), 19253, leave to appeal refused with costs, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Buthmann et al. v. Balzer et al.* (Alta.), 19108, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- CAE Metal Abrasive Division of Canadian Bronze Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise et al.* (F.C.A.), 19329, leave to appeal refused, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- C.I.F. Inc. v. Corporation du C.E.G.E.P. André Laurendeau* (Qué.), 19251, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cable Laurentide Ltée v. Bell Canada* (Qué.), 19360, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Caisse de dépôt et placement du Québec v. Sparling* (Qué.), 19377, leave to appeal granted, 3.6.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Callanan v. The Queen* (Ont.), 19428, leave to appeal refused, 26.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Canada (carrying on business under Eve Studio) et al. v. City of Winnipeg* (Man.), 19163, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, 7.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Clark (an infant) et al.* (N.B.), 19299, leave to appeal granted, 13.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission et al.* (Sask.), 19363, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission* (F.C.A.), 19183, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Wire Services Guild, Local 213 v. Canadian Broadcasting Corporation et al.* (F.C.A.), 19309, leave to appeal refused with costs, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canning v. The Queen* (N.S.), 19143, leave to appeal granted, 11.2.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Centre communautaire juridique du Nord-Ouest v. Fortin et autre* (Qué.), 19197, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charbonneau v. La Reine* (Qué.), 19213, leave to appeal refused, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Choquette v. La Reine* (Qué.), 18110, notice of discontinuance filed, 27.3.85, avis de désistement produit.

- Citadel General Assurance Co. v. Wolofsky et autres* (Qué.), 19087, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cohn v. The Queen* (Ont.), 19211, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- College of Physicians & Surgeons of Ontario v. Stumbillich (Estate Michael Stumbillich et al.)* (Ont.), 19097, leave to appeal refused with costs, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Collins v. The Queen* (Ont.), 19296, leave to appeal refused, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Commission des normes du travail v. Compagnie de Sable Ltée et autre* (Qué.), 19410, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des services juridiques v. Fortin* (Qué.), 19189, notice of discontinuance filed, 12.3.85, avis de désistement produit.
- Communauté urbaine de Montréal et autre v. Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc.* (Qué.), 19196, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurance générale de commerce et autres v. RCA Ltée* (Qué.), 19154, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Connolly et al. v. Pinehurst Trailer Courts Ltd.* (Ont.), 19172, leave to appeal refused with costs, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Continental Insurance Co. v. Law Society of Alberta* (Alta.), 19185, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation Dicom v. Petit* (F.C.A.), 19182, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cosentino Bruyer Partnership v. Robyton Investments Ltd.* (Alta.), 19304, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Crépeault et al. v. Ville d'Anjou* (Qué.), 19340, leave to appeal refused with costs, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Csada v. Csada* (Sask.), 19208, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cumis Insurance Society Inc. v. Grindrod and District Credit Union et al.* (B.C.), 19373, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D'Amico et al. v. Royal Bank of Canada* (B.C.), 19337, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dayco (Canada) Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (F.C.A.), 19328, leave to appeal refused, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- De Bané v. Caisse populaire St-Casimir et autre* (Qué.), 19366, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- De Yong et al. v. Weeks et al.* (Alta.), 19136, leave to appeal refused with costs, 21.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deep v. Dominion Securities Ames Ltd.* (Ont.), 18953, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deep v. Midland Doherty Ltd.* (Ont.), 19045, leave to appeal refused with costs, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Delayen v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 19321, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deloitte, Haskins & Sells v. Ranjoy Sales & Leasing Ltd. et al.* (Man.), 19221, leave to appeal refused with costs, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Depeyre v. The Queen* (Alta.), 19128, leave to appeal refused, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée.

- Desjardins v. Nantel* (Qué.), 19384, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desjarlais v. The Queen* (Man.), 19050, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Deutsch v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (Ont.), 19290, leave to appeal refused with costs, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deutsch v. D'Amato* (Ont.), 19203, leave to appeal refused, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Dillon v. The Queen* (Sask.), 19218, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Dobson v. The Queen* (Ont.), 19302, leave to appeal refused, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Dominion Landscapers Construction Ltd. v. Air Canada* (Qué.), 19224, leave to appeal refused with costs, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dumas v. Directeur, Centre de détention Leclerc de Laval et autre* (Qué.), 19153, leave to appeal granted, 21.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Edward Books and Art Ltd. v. The Queen* (Ont.), 19053, leave to appeal granted, 9.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Energy Probe v. Atomic Energy Control Board et al.* (F.C.A.), 19122, 19123, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- États-Unis d'Amérique v. Allard et autre* (Qué.), 19168, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Feiffer v. The Queen* (Sask.), 19391, leave to appeal refused, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Ferrarin et al. v. The Queen* (Ont.), 19233, leave to appeal refused, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Forest Glade Investments Ltd. et al. v. Euroclean Canada Inc.* (Ont.), 19365, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Francis v. The Queen* (N.B.), 19256, leave to appeal granted, 4.4.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 19222, leave to appeal refused with costs, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gagnon v. Poulin* (Qué.), 19285, leave to appeal refused, 24.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Garfield (carrying on business Service de location Garfield) et autres v. Transport Speribel Inc. et autres* (Qué.), 19276, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garfield Transportation Systems Inc. et autre v. Transports Speribel Inc. et autres* (Qué.), 19275, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gatineau (Ville de) v. Bergeron et autres* (Qué.), 19214, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Giagnocavo v. The Queen et al.* (Ont.), 19229, leave to appeal refused, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Gingras v. La Reine* (Qué.), 19306, leave to appeal refused, 23.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Gordon v. The Queen* (B.C.), 19133, leave to appeal refused, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Gorman v. The Queen* (F.C.A.), 19102, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Government of Saskatchewan et al. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al.* (Sask.), 19430, leave to appeal granted with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Graton v. St-Pierre et autres* (Qué.), 19187, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gratton v. The Queen* (Ont.), 19249, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Grewal v. The Queen* (Ont.), 19258, leave to appeal refused, 23.4.85, autorisation de pourvoi refusée.

- Hayward et al. v. Mellick et al.* (Ont.), 18620, notice of discontinuance filed, 28.2.85, avis de désistement produit.
- Heikel et al. v. The Queen* (Alta.), 19111, notice of discontinuance filed, 8.1.85, avis de désistement produit.
- Hellens v. The Queen* (Alta.), 19260, leave to appeal refused, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Hendrickson v. The Queen* (Alta.), 19100, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Hillman v. Paterson* (B.C.), 19381, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Horse et al. v. The Queen* (Sask.), 19164, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Hudson's Bay Co. & Zellers Inc. v. F.W. Woolworth Co.* (N.B.), 19376, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Imperial General Properties Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 19286, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Industries Abex Ltée v. Procureur général du Québec et autres* (Qué.), 19349, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Interpool Ltd. v. Dionne* (Qué.), 19364, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jauron et autres v. Corporation municipale de la ville de Ste-Foy* (Qué.), 19348, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jesshope v. Kostopoulos* (Ont.), 19419, leave to appeal refused with costs, 26.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jodrey v. Dhalla* (N.S.), 19273, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen* (N.S.), 19034, leave to appeal refused, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Kelvin Energy Ltd. v. Bradley Resources Corporation* (Alta.), 19395, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerkhoff & Sons Construction Ltd. v. Royal Bank of Canada* (B.C.), 19380, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kozak v. The Queen* (Alta.), 19322, leave to appeal refused, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Kraft Ltée v. Bastien et autres* (Qué.), 19324, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lacroix v. Valois* (Qué.), 19134, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Lapierre v. Phillips et al.* (Alta.), 19225, leave to appeal refused, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Lau et al. v. Minister of Employment and Immigration et al.* (F.C.A.), 19044, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laval (Ville de) v. Fraternité des policiers de Laval Inc.* (Qué.), 19120, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leclair et al. v. The Queen* (Ont.), 19176, leave to appeal granted, 14.3.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Lefebvre v. The Queen* (B.C.), 19313, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemieux v. R. du chef du Canada* (Qué.), 19389, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lensen v. Lensen* (Sask.), 19150, leave to appeal granted, 4.4.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Leontowicz v. Seaboard Life Insurance Co.* (Alta.), 19245, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Livingston v. The Queen* (Sask.), 19359, leave to appeal refused, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée.

- Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et al. v. The Queen* (Ont.), 19054, leave to appeal granted, 9.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Lumbermen's Mutual Insurance Co. et autre v. RCA Ltée* (Qué.), 19154, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lyons v. The Queen* (N.S.), 19125, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Magarvey v. The Queen* (N.S.), 19243, leave to appeal refused, 23.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Magder v. The Queen* (Ont.), 19046, leave to appeal granted, 9.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Manitoba Human Rights Commission v. Canada Safeway Ltd.* (Man.), 19181, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mansfield v. The Queen* (F.C.A.), 19151, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marchand v. Procureur général du Québec et autre* (Qué.), 19297, leave to appeal refused with costs, 24.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Markham (Corporation of the Town of) v. Sherwood Park Restaurant Inc. et al.* (Ont.), 19180, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Matchee et al. v. The Queen* (Sask.), 19165, leave to appeal refused, 21.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Mazurkewich v. Ritchot* (Man.), 19188, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McIntyre v. The Queen* (Alta.), 19135, leave to appeal refused, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- McKay v. The Queen* (Ont.), 19270, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- McVeetors v. McVeetors* (Ont.), 19140, leave to appeal refused with costs, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Melcor Developments Ltd. v. Desa Stores Ltd. et al.* (Alta.), 19095, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Melcor Developments Ltd. v. Genstar Corporation* (Alta.), 19095, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Metalore Resources Ltd. v. Renaissance Resources Ltd.* (Alta.), 19331, leave to appeal refused with costs, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Metals & Alloys Co. v. Regional Assessment Commissioner Region Number 11* (Ont.), 19325, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Midland Doherty Ltd. et al. v. Volkens et al.* (B.C.), 19316, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moisescu v. Sosnowicz* (Qué.), 19350, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montréal-Est (Ville de) v. Entreprises pétrolières impériales Ltée et autre* (Qué.), 19341, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moore v. The Queen* (Ont.), 19201, leave to appeal refused, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrison (Ida) v. Morrison* (Sask.), 19356, leave to appeal refused, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrison (James) v. The Queen* (Ont.), 19170, leave to appeal refused, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow v. The Queen* (B.C.), 19282, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Myette v. The Queen* (N.S.), 19311, leave to appeal refused, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Nandarahah v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 19387, leave to appeal refused, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée.

- Nelson et al. v. C.T.C. Mortgage Corporation* (B.C.), 19173, leave to appeal granted, 21.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Nelson-Kent v. The Queen* (B.C.), 19277, leave to appeal refused, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Neptune Meters, Ltd. v. The Queen* (Ont.), 19204, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- New York Motel Inc. v. Gestion Alsace Ltée* (Qué.), 19235, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Association of Public Employees v. Attorney General for Newfoundland et al.* (Nfld.), 19194, leave to appeal granted, 21.2.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Nielsen v. The Queen* (Man.), 19131, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Normandeau v. La Reine* (Qué.), 19372, leave to appeal refused, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Norrie v. Norrie* (N.S.), 19238, leave to appeal refused, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Northern Sales Co. v. National Harbours Board* (Man.), 19141, leave to appeal refused with costs, 11.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nuss v. Nuss* (Ont.), 19179, leave to appeal refused, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Ominayak et al. v. Norcen Energy Resources Ltd. et al.* (Alta.), 19202, leave to appeal refused with costs, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ominayak et al. v. Norcen Energy Resources Ltd. et al.* (Alta.), 19202, application for re-hearing of an application for leave to appeal quashed, 13.5.85, demande de nouvelle audition d'une requête en autorisation de pourvoi annulée.
- Ontario Public Service Employees Union v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 19205, leave to appeal refused with costs, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Operative Plasterers & Cement Masons International Assoc., Locals 139 and 924 v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 496 et al.* (Alta.), 19261, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ordre des infirmières et infirmiers du Québec et autres v. Miller et autres* (Qué.), 19375, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Parisien v. The Queen* (Ont.), 19139, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Patel v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18813, notice of discontinuance filed, 31.12.84, avis de désistement produit.
- Pearson v. The Queen* (Qué.), 19416, leave to appeal refused, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Pelletier v. St-Georges* (Qué.), 19212, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peralta et al. v. The Queen et al.* (Ont.), 19386, leave to appeal granted, 27.6.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Petrashuyk v. Law Society of Alberta* (Alta.), 19230, leave to appeal granted, 4.3.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Petrovic v. The Queen* (Ont.), 18989, leave to appeal refused, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Pizzurro v. The Queen* (Ont.), 19210, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Place Desjardins Inc. v. Perras, Fafard, Gagnon Inc.* (Qué.), 19379, leave to appeal refused with costs, 27.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Placer Development Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (B.C.), 19252, leave to appeal refused with costs, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Plamondon v. Trépanier et autre* (Qué.), 19335, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pohoretsky v. The Queen* (Man.), 19330, leave to appeal granted, 13.5.85, autorisation de pourvoi accordée.



- Poirier v. Clermont* (Qué.), 19226, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Polnicky et al. v. Queen's Motel et al.* (Ont.), 19271, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada v. Loto-Québec et autre* (Qué.), 18212, notice of discontinuance filed, 13.6.85, avis de désistement produit.
- Procureur général du Québec v. Banque Royale du Canada et autres* (Qué.), 19305, leave to appeal refused, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Public Service Alliance of Canada v. The Queen in Right of Canada et al.* (F.C.A.), 19246, 19247, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Public Service Commission Appeal Board v. Wilkinson* (F.C.A.), 19184, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Canadian Newspapers Co.* (Ont.), 19298, leave to appeal granted, 24.4.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Chisholm* (N.S.), 19352, leave to appeal refused, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Farmer's Fruit Store Ltd.* (Sask.), 19228, leave to appeal refused with costs, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Nortown Foods Ltd.* (Ont.), 19069, leave to appeal granted, 9.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Paré* (Qué.), 19345, leave to appeal granted, 27.6.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Tutton et al.* (Ont.), 19284, leave to appeal granted, 23.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Velichko* (Alta.), 19406, leave to appeal refused, 26.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- R. aux droits du Canada v. Award Industries (Mechanical) Ltd. et al.* (F.C.A.), 19278, leave to appeal refused with costs, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. in Right of Ontario v. Rokeby* (Ont.), 19166, leave to appeal granted, 11.2.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in Right of Ontario v. Schenck et al.* (Ont.), 19167, leave to appeal granted, 11.2.85, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in Right of the Province of British Columbia et al. v. Gerak* (B.C.), 19223, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. on relation of Andrew Roman v. Law Society of Saskatchewan* (Sask.), 19292, leave to appeal refused with costs, 13.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Republic of Argentina v. Mellino* (Alta.), 19272, leave to appeal granted, 4.4.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Robichaud v. The Queen et al.* (F.C.A.), 19326, leave to appeal granted, 23.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Robichaud et al. v. The Queen* (F.C.A.), 19344, leave to appeal granted, 23.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Rochdale Credit Union Ltd. v. Barney* (Ont.), 19206, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rodis v. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada et autre* (F.C.A.), 19266, leave to appeal refused, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Rosebush v. The Queen* (Ont.), 19319, leave to appeal refused, 26.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Ryel v. Harvey et autre* (Qué.), 19283, leave to appeal refused with costs, 24.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Government Insurance v. Zadvorny* (Sask.), 19346, leave to appeal refused with costs, 14.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Wheat Pool v. The Queen* (F.C.A.), 19193, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Selhi v. The Queen* (Sask.), 19333, leave to appeal granted, 14.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Selling v. The Queen* (Alta.), 19231, leave to appeal refused, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Sembaliuk v. Mulek (Estate Metro Sembaliuk) et al.* (Alta.), 19198, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh (Amir) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 19300, leave to appeal refused, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Skinner v. The Queen* (N.S.), 19132, leave to appeal refused, 14.3.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. The Queen* (Ont.), 19293, leave to appeal refused, 26.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Société Radio-Canada v. Conseil canadien des relations du travail* (F.C.A.), 19289, leave to appeal refused with costs, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sorochan v. Sorochan* (Alta.), 19171, leave to appeal granted, 22.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- St-Georges v. Begama Ltée et autre* (Qué.), 19147, 19148, leave to appeal refused with costs, 21.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St-Jean v. Longpré* (Qué.), 19199, leave to appeal refused with costs, 18.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Lawrence Construction Ltd. v. Federal Commerce and Navigation Co. et al.* (F.C.A.), 19207, leave to appeal refused with costs, 21.2.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stirling v. The Queen* (F.C.A.), 19367, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stonehocker et al. v. Royal Bank of Canada* (B.C.), 19402, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stupp et al. v. The Queen* (Ont.), 19112, leave to appeal refused, 22.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Sullivan v. Western Canada Lottery Foundation et al.* (B.C.), 19157, leave to appeal refused with costs, 4.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Tribunal du travail et autre* (Qué.), 19307, leave to appeal granted, 9.5.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Switzer v. The Queen* (B.C.), 18840, notice of discontinuance filed, 4.3.85, avis de désistement produit.
- Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. v. Nadeau et autres* (Qué.), 19244, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Teichmann et al. v. Wilkes* (Ont.), 19353, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Telford et al. v. Holt et al.* (Alta.), 19175, leave to appeal granted, 14.3.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Thompson v. The Queen* (Alta.), 19411, leave to appeal refused, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Timms v. The Queen* (Alta.), 19250, leave to appeal refused, 22.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Toronto-Dominion Bank v. Jordan* (B.C.), 19378, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Travelers Indemnity Co. et al. v. Laboratoires Ville-Marie Inc.* (Qué.), 19336, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turenko v. Commissioner of Royal Canadian Mounted Police et al.* (F.C.A.), 19073, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Twelfth Building Ltd. v. Co-Operative Trust Co. of Canada* (Sask.), 19267, leave to appeal refused with costs, 25.3.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Verbonac v. Verbonac* (Sask.), 19342, leave to appeal refused with costs, 13.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Vickers (guardian ad litem of infant K) v. Mrs. K. et al.* (B.C.), 19392, leave to appeal refused with costs, 3.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens. The record reveals no person with standing to bring this application. In our view this Court has no jurisdiction to grant Mr. Vickers' standing in this Court. Le dossier n'indique pas que qui que ce soit ait qualité pour présenter cette requête. À notre avis, cette Cour n'a pas compétence pour donner qualité à Me Vickers devant elle.
- Victoria Insurance Co. of Canada et al. v. E. Bondy Excavating & Trucking Ltd. et al.* (Ont.), 19334, leave to appeal refused with costs, 23.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walt Disney Music of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (F.C.A.), 19239, leave to appeal refused with costs, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Westmin Resources Ltd. (formerly Western Mines Ltd.) v. The Queen* (B.C.), 19156, leave to appeal refused, 21.1.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Whitman (in personal capacity and under Whitman Farms) v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (N.S.), 19051, leave to appeal refused with costs, 31.1.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams (Joyce) v. The Queen* (Ont.), 19237, leave to appeal refused, 4.4.85, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams (Robert) v. Attorney General of Canada* (Alta.), 19424, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wipfli (an infant) et al. v. Britten et al.* (B.C.), 19074, leave to appeal granted, 31.1.85, autorisation de pourvoi accordée.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. British Airways Board* (B.C.), 19368, leave to appeal refused with costs, 25.6.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zurich Realties Inc. v. Lemieux* (Qué.), 19310, leave to appeal refused with costs, 9.5.85, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

## TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman <i>et al.</i> ..	2	CEGEP de Lévis-Lauzon, Syndicat des profes- seurs du collège de Lévis-Lauzon <i>et al.</i> v. ....	596
Air Canada v. City of Dorval .....	861	Courville v. The Queen.....	847
American Biltrite (Canada) Ltd., Robitaille v. ....	290		
Arcade Amusements Inc. <i>et al.</i> , Montréal (City of) v. ....	368		
Attorney General of Alberta, Plantation Indoor Plants Ltd. v. ....	366	Dalewood Investments Ltd., Maida v. ....	568
Attorney General of the Province of Quebec, Lapierre v. ....	241	Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Com- pensation Board <i>et al.</i> .....	785
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste- Thérèse Ltée.....	831	Dorval (City of), Air Canada v. ....	861
		Dyck v. Manitoba Snowmobile Association <i>et al.</i> ..	589
<b>B</b>		<b>F</b>	
Bank of Nova Scotia <i>et al.</i> , V.K. Mason Con- struction Ltd. v. ....	271	Feigelman <i>et al.</i> , Aetna Financial Services Ltd. v. ..	2
Bell <i>et al.</i> v. The Queen.....	594	François Nolin Ltée, Jumbo Motors Express Ltd. v. ....	423
Big M Drug Mart Ltd. <i>et al.</i> , R. v. ....	295	Franklin v. The Queen .....	293
Blais v. Minister of National Revenue.....	849		
British Columbia Telephone Co. <i>et al.</i> , Telecom- munication Workers Union <i>et al.</i> v. ....	840	<b>G</b>	
Brouillard v. The Queen.....	39	Graham <i>et al.</i> , Head v. ....	566
		Grdic v. The Queen .....	810
<b>C</b>		<b>H</b>	
Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission <i>et al.</i> .....	174	Head v. Graham <i>et al.</i> .....	566
Canadian Dredge & Dock Co. <i>et al.</i> v. The Queen	662	Horne & Pitfield Foods Ltd., R. v. ....	364
Canadian Radio-television and Telecommunica- tions Commission <i>et al.</i> , Canadian Broad- casting League v. ....	174		
Canadian Union of Public Employees (Local 2115), Miriam Home v. ....	137	<b>I</b>	
Carrières Ste-Thérèse Ltée, Attorney General of Quebec v. ....	831	Ippolito, Janiak v. ....	146

	PAGE		PAGE
<b>J</b>		<b>R</b>	
Janiak v. Ippolito .....	146	R. in right of the Province of British Columbia v. Tener <i>et al.</i> .....	533
Jumbo Motors Express Ltd. v. François Nolin Ltée .....	423	R. v. Big M Drug Mart Ltd. <i>et al.</i> .....	295
		R. v. Horne & Pitfield Foods Ltd. ....	364
		R. v. Therens <i>et al.</i> .....	613
		Rahn v. The Queen .....	659
<b>K</b>		Reference re Manitoba Language Rights .....	721
King v. Low <i>et al.</i> .....	87	Robitaille v. American Biltrite (Canada) Ltd. ....	290
		Rosen v. The Queen .....	83
<b>L</b>		<b>S</b>	
Lamb v. Lamb <i>et al.</i> .....	851	Sansregret v. The Queen .....	570
Lapierre v. Attorney General of the Province of Quebec .....	241	Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd. ....	54
Low <i>et al.</i> , King v. ....	87	Singh <i>et al.</i> v. Minister of Employment and Immigration .....	177
		Skoke-Graham <i>et al.</i> v. The Queen <i>et al.</i> .....	106
		Staranchuk v. The Queen .....	439
<b>M</b>		Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon <i>et al.</i> v. CEGEP de Lévis-Lauzon .....	596
Maida v. Dalewood Investments Ltd. ....	568		
Manitoba Snowmobile Association <i>et al.</i> , Dyck v. Minister of Employment and Immigration, Singh <i>et al.</i> v. ....	177	<b>T</b>	
Minister of National Revenue, Blais v. ....	849	Telecommunication Workers Union <i>et al.</i> v. British Columbia Telephone Co. <i>et al.</i> .....	840
Miriam Home v. Canadian Union of Public Employees (Local 2115) .....	137	Tener <i>et al.</i> , R. in right of the Province of British Columbia v. ....	533
Monachan v. The Queen .....	176	The Queen <i>et al.</i> , Operation Dismantle Inc. <i>et al.</i> v. ....	441
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. <i>et al.</i> .....	368	The Queen <i>et al.</i> , Skoke-Graham <i>et al.</i> v. ....	106
		The Queen, Bell <i>et al.</i> v. ....	594
<b>O</b>		The Queen, Brouillard v. ....	39
Operation Dismantle Inc. <i>et al.</i> v. The Queen <i>et al.</i> .....	441	The Queen, Canadian Dredge & Dock Co. <i>et al.</i> v. ....	662
		The Queen, Courville v. ....	847
		The Queen, Franklin v. ....	293
<b>P</b>		The Queen, Grdic v. ....	810
Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta .....	366	The Queen, Monachan v. ....	176
		The Queen, Rahn v. ....	659
		The Queen, Rosen v. ....	83
		The Queen, Sansregret v. ....	570
		The Queen, Staranchuk v. ....	439
		The Queen, Towne Cinema Theatres Ltd. v. ....	494
		The Queen, Trask v. ....	655

	PAGE		PAGE
Thereens <i>et al.</i> , R. v. ....	613	<b>W</b>	
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen .....	494		
Trask v. The Queen .....	655		
<b>V</b>			
V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia <i>et al.</i> .....	271	W. T. Goodwin Ltd., Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. ....	54
		Workers' Compensation Board <i>et al.</i> , Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. ....	785



## TABLE DES JUGEMENTS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman <i>et autres</i> .....	2	Dalewood Investments Ltd., Maida c. ....	568
Air Canada c. Cité de Dorval .....	861	Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board <i>et autres</i> .....	785
American Bilrite (Canada) Ltée, Robitaille c. ....	290	Dorval (Cité de), Air Canada c. ....	861
Arcade Amusements Inc. <i>et autres</i> , Montréal (Ville de) c. ....	368	Dyck c. Manitoba Snowmobile Association <i>et autre</i> .....	589
<b>B</b>		<b>F</b>	
Banque de Nouvelle-Écosse <i>et autre</i> , V.K. Mason Construction Ltd. c. ....	271	Feigelman <i>et autres</i> , Aetna Financial Services Ltd. c. ....	2
Bell <i>et autres</i> c. La Reine .....	594	François Nolin Ltée, Jumbo Motors Express Ltd. c. ....	423
Big M Drug Mart Ltd. <i>et autres</i> , R. c. ....	295	Franklin c. La Reine .....	293
Blais c. Ministre du Revenu national .....	849	<b>G</b>	
British Columbia Telephone Co. <i>et autres</i> , Telecommunication Workers Union <i>et autres</i> c. ....	840	Graham <i>et autre</i> , Head c. ....	566
Brouillard c. La Reine .....	39	Grdic c. La Reine .....	810
<b>C</b>		<b>H</b>	
Canadian Dredge & Dock Co. <i>et autres</i> c. La Reine .....	662	Head c. Graham <i>et autre</i> .....	566
Carrières Ste-Thérèse Ltée, Procureur général du Québec c. ....	831	Horne & Pitfield Foods Ltd., R. c. ....	364
CEGEP de Lévis-Lauzon, Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon <i>et autres</i> c. .	596	<b>I</b>	
Centre d'accueil Miriam c. Syndicat canadien de la Fonction publique (section locale 2115) .....	137	Ippolito, Janiak c. ....	146
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes <i>et autre</i> , Ligue de la radiodiffusion canadienne c. ....	174	<b>J</b>	
Courville c. La Reine .....	847	Janiak c. Ippolito .....	146



	PAGE		PAGE
Jumbo Motors Express Ltd. c. François Nolin Ltée.....	423		
<b>K</b>			
King c. Low <i>et autre</i> .....	87		
<b>L</b>			
La Reine <i>et autre</i> , Skoke-Graham <i>et autres</i> c. ....	106		
La Reine <i>et autres</i> , Operation Dismantle Inc. <i>et autres</i> c. ....	441		
La Reine, Bell <i>et autres</i> c.....	594		
La Reine, Brouillard c.....	39		
La Reine, Canadian Dredge & Dock Co. <i>et autres</i> c.....	662		
La Reine, Courville c.....	847		
La Reine, Franklin c.....	293		
La Reine, Grdic c.....	810		
La Reine, Monachan c.....	176		
La Reine, Rahn c.....	659		
La Reine, Rosen c.....	83		
La Reine, Sansregret c.....	570		
La Reine, Staranchuk c.....	439		
La Reine, Towne Cinema Theatres Ltd. c.....	494		
La Reine, Trask c.....	655		
Lamb c. Lamb <i>et autres</i> .....	851		
Lapierre c. Procureur général de la province de Québec.....	241		
Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes <i>et autre</i> .....	174		
Low <i>et autre</i> , King c.....	87		
<b>M</b>			
Maida c. Dalewood Investments Ltd.....	568		
Manitoba Snowmobile Association <i>et autre</i> , Dyck c.....	589		
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Singh <i>et autres</i> c.....	177		
Ministre du Revenu national, Blais c.....	849		
Monachan c. La Reine.....	176		
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. <i>et autres</i> .....	368		
<b>O</b>			
Operation Dismantle Inc. <i>et autres</i> c. La Reine <i>et autres</i> .....	441		
<b>P</b>			
Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta.....	366		
Procureur général de l'Alberta, Plantation Indoor Plants Ltd. c.....	366		
Procureur général de la province de Québec, Lapierre c.....	241		
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée.....	831		
<b>R</b>			
R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. Tener <i>et autre</i> .....	533		
R. c. Big M Drug Mart Ltd. <i>et autres</i> .....	295		
R. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.....	364		
R. c. Therens <i>et autres</i> .....	613		
Rahn c. La Reine.....	659		
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	721		
Robitaille c. American Biltrite (Canada) Ltée.....	290		
Rosen c. La Reine.....	83		
<b>S</b>			
Sansregret c. La Reine.....	570		
Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.....	54		
Singh <i>et autres</i> c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	177		
Skoke-Graham <i>et autres</i> c. La Reine <i>et autre</i> .....	106		
Staranchuk c. La Reine.....	439		
Syndicat canadien de la Fonction publique (section locale 2115), Centre d'accueil Miriam c.....	137		
Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon <i>et autres</i> c. CEGEP de Lévis-Lauzon....	596		

	PAGE		PAGE
<b>T</b>		<b>V</b>	
Telecommunication Workers Union <i>et autres</i> c. British Columbia Telephone Co. <i>et autres</i> .....	840	V.K. Mason Construction Ltd. c. Banque de Nou- velle-Écosse <i>et autre</i> .....	271
Tener <i>et autre</i> , R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. ....	533	<b>W</b>	
Therens <i>et autres</i> , R. c. ....	613	W. T. Goodwin Ltd., Scotsburn Co-operative Ser- vices Ltd. c. ....	54
Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine .....	494	Workers' Compensation Board <i>et autres</i> , Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. ....	785
Trask c. La Reine .....	655		



## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
A J Bekhor & Co. v. Bilton .....	[1981] 2 All E.R. 565 .....	25
Abbé de Fontaine's Case .....	(1431), Y.B. 9 H. VI, fol. 32 .....	756
Agar; McNeilly v. Agar, Re .....	[1958] S.C.R. 52 .....	94
Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board .....	[1953] 2 S.C.R. 140 .....	200
Alphacell Ltd. v. Woodward .....	[1972] 2 All E.R. 475 .....	479
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan .....	[1977] 2 S.C.R. 576 .....	745, 757
American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. ....	[1975] A.C. 396 .....	10
Angle v. Minister of National Revenue .....	[1975] 2 S.C.R. 248 .....	816
Arnault v. Jacques .....	[1969] C.S. 77 .....	434
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp. ....	[1979] 1 S.C.R. 633 .....	161
Aslatt v. Southampton (Corporation of) .....	(1880), 16 Ch.D. 143 .....	15
Atlee v. Laird .....	347 F. Supp. 689 (1972) .....	468
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada .....	[1939] A.C. 117 .....	358
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada .....	[1947] A.C. 503 .....	777
Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal .....	[1978] 2 S.C.R. 770 .....	421
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario .....	[1937] A.C. 326 .....	355, 484
Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation .....	[1946] A.C. 193 .....	335
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co. ....	[1903] A.C. 524 .....	319
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada .....	[1980] 2 S.C.R. 735 .....	196, 229 449, 475
Attorney-General of Canada v. Jackson .....	[1946] S.C.R. 489 .....	120
Attorney General of Manitoba v. Forest .....	[1979] 2 S.C.R. 1032 .....	733
Attorney General of Quebec v. Lechasseur .....	[1981] 2 S.C.R. 253 .....	421
Attorney General of Quebec v. Blaikie .....	(1978), 95 D.L.R. (3d) 42; [1978] C.A. 351 .....	774
Attorney General of Quebec v. Blaikie .....	[1979] 2 S.C.R. 1016 .....	734
Attorney General of Quebec v. Blaikie .....	[1981] 1 S.C.R. 312 .....	735
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards .....	[1984] 2 S.C.R. 66 .....	332, 360
Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim .....	[1964] Cyprus Law Reports 195 .....	761
Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd. ....	[1920] A.C. 508 .....	559
Australian Stevedoring Industry Authority v. Oversea and General Stevedoring Co. ....	(1959), 1 F.L.R. 298 .....	689

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
<b>B</b>		
Baby Duffell: Martin v. Duffell, Re.....	[1950] S.C.R. 737.....	94
Badar Bee v. Habib Merican Noordin.....	[1909] A.C. 615.....	815
Baker v. Carr.....	369 U.S. 186 (1962).....	467
Baldy v. Hunter.....	171 U.S. 388 (1898).....	759
Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd. ....	[1932] A.C. 452.....	161
Bank of Toronto v. Lambe.....	(1887), 12 App. Cas. 575.....	357
Barclay and the Municipality of the Township of Darlington (In re)	(1854), 12 U.C.R. 86.....	407
Barclay-Johnson v. Yuill.....	[1980] 3 All E.R. 190.....	11
Bates v. Lord Hailsham.....	[1972] 1 W.L.R. 1373.....	195
Beauchamp v. Poirier.....	[1976] C.P. 187.....	431
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	64
Bédard v. Dawson.....	[1923] S.C.R. 681.....	421
Bedell v. Gefaell (No. 2).....	[1938] O.R. 726.....	12
Bégin v. Rodrigue Roussel & Co. Ltée.....	Unreported.....	431
Bertrand v. Dussault (Jan. 30, 1909).....	(1909), 77 D.L.R. (3d) 445 at p. 458.....	733
Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.).....	[1982] 2 S.C.R. 716.....	95
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba.....	[1981] 5 W.W.R. 393.....	734
Bisaillon v. Keable.....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	121
Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto.....	(1978), 83 D.L.R. (3d) 107.....	152
Black Forest Restaurant Ltd., Re.....	(1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.....	794, 804
Blackstock v. Foster.....	[1938] S.R. (N.S.W.) 341.....	153
Blaikie v. Attorney General of Quebec.....	(1978) 85 D.L.R. (3d) 252; [1978] C.S. 37.....	738
Blenus, Re.....	(1979), 35 N.S.R. (2d) 396.....	97
Board of Education v. Barnette.....	319 U.S. 624 (1943).....	349
Board of Regents of State Colleges v. Roth.....	408 U.S. 564 (1972).....	205
Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen.....	[1973] 1 W.W.R. 190.....	304
Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon.....	(1920), 61 S.C.R. 40.....	868
Boun-Leua v. Minister of Employment and Immigration.....	[1981] 1 F.C. 259.....	190
Bradley Bros. (Oshawa) Ltd. v. A to Z Rental Canada Ltd. ....	(1970), 14 D.L.R. (3d) 171.....	23
Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario.....	[1973] S.C.R. 131.....	870
Braunfeld v. Brown.....	366 U.S. 599 (1961).....	329
Brempong v. Minister of Employment and Immigration.....	[1981] 1 F.C. 211.....	192
Bribery Commissioner v. Ranasinghe.....	[1965] A.C. 172.....	742
Bridgman and City of Toronto, Re.....	[1951] O.R. 489.....	564
Bright and City of Langley, Re.....	(1982), 131 D.L.R. (3d) 445.....	418
British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Under- ground Electric Railways Company of London.....	[1912] A.C. 673.....	161
Brodie v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 681.....	521
Brown v. Board of Education of Topeka.....	347 U.S. 483 (1954).....	469
Brownridge v. The Queen.....	[1972] S.C.R. 926.....	636
Buczynski v. McDonald.....	(1971), 1 S.A.S.R. 569.....	163
Burdett v. Fader.....	(1903), 6 O.L.R. 532 (affirmed (1904), 7 O.L.R. 72).....	11
BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt.....	(1980), 114 D.L.R. (3d) 35.....	29

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>C</b>		
C. v. K. ....	(1959), 30 W.W.R. 310.....	97
C.A.C. v. F.D.R. and S.J.R. ....	(1977), 21 N.S.R. (2d) 631.....	96
Campbell v. Campbell .....	(1881), 29 Gr. 252 .....	14
Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec .....	[1951] A.C. 179 .....	115
Canadian Institute of Public Real Estate Companies v. Corporation of the City of Toronto.....	[1979] 2 S.C.R. 2.....	870
Canadian Pacific Airlines Ltd. v. Hind .....	(1981), 122 D.L.R. (3d) 498 .....	26
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation.....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	609
Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2).....	[1966] 2 All E.R. 536 .....	749, 815
Carlill v. Carboloc Smoke Ball Co. ....	[1892] 2 Q.B. 484 .....	79
Carlill v. Carboloc Smoke Ball Co. ....	[1893] 1 Q.B. 256 .....	282
Celanese Canada Inc. v. Clément.....	[1983] C.A. 319 .....	604
Chandler v. Director of Public Prosecutions .....	[1962] 3 All E.R. 142.....	465
Chaput v. Romain.....	[1955] S.C.R. 834 .....	117, 324
Cherry v. Petch .....	[1948] O.W.N. 378 .....	541
Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball .....	[1953] O.R. 843 .....	9
Chitel v. Rothbart.....	(1982), 39 O.R. (2d) 513 .....	26
Chromiak v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 471 .....	630, 657
Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc. ....	[1977] 2 S.C.R. 67 .....	251
Cité de Québec v. Mahoney.....	(1901), 10 Que. K.B. 378 .....	250
Cité de Sillery v. Sun Oil Co.....	[1964] S.C.R. 552.....	873
Citizens Insurance Co. v. Parsons .....	(1881), 7 A.C. 96.....	421
City of Calgary v. S. S. Kresge Co.....	(1965), 52 D.L.R. (2d) 617 .....	407
City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.....	(1907), 38 S.C.R. 239 .....	416
City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd. ....	[1981] 2 S.C.R. 541 .....	407
City of Montreal v. Morgan.....	(1920), 60 S.C.R. 393 .....	400
City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Out- remont .....	[1952] 2 S.C.R. 506 .....	866
City of Prince George v. Payne.....	[1978] 1 S.C.R. 458 .....	399
City of Toronto v. Outdoor Neon Displays Ltd .....	[1960] S.C.R. 307.....	188
City of Verdun v. Sun Oil Co. ....	[1952] 1 S.C.R. 222 .....	866
Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd., Re .....	(1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238 .....	793, 803
Collin v. Lussier .....	[1983] 1 F.C. 218 dismissed .....	
	[1985] 1 F.C. 124 .....	208
Commission des accidents du travail de Québec v. Pâtes Domtar Ltée. ....	J.E. 78-852.....	604
Commonwealth of Massachusetts v. Beneficial Finance Co.....	275 N.E.2d 33 (1971).....	687
Connelly v. Director of Public Prosecutions .....	[1964] A.C. 1254 .....	816
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754 .....	807
Continental Casualty Co. v. O'Neill .....	[1971] C.A. 703 .....	433
Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney Gen- eral of Canada .....	[1947] A.C. 87 .....	359
Corporation d'Aqueduc de St. Casimir v. Ferron.....	[1931] S.C.R. 47.....	868

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac v. Hogue.....	[1959] S.C.R. 38.....	868
Cretanor Maritime Co. v. Irish Marine Management Ltd. ....	[1978] 1 W.L.R. 966.....	26
Curr v. The Queen.....	[1972] S.C.R. 889.....	206

**D**

Dalbec v. Cité de Montréal.....	(1902), 22 C.S. 23.....	251
Darbishire v. Warran.....	[1963] 1 W.L.R. 1067.....	162
Davies v. Taylor.....	[1972] 3 All E.R. 836.....	170
Davis v. Workers' Compensation Board.....	[1980] 2 W.W.R. 349.....	800
Daylight Theatre Co. v. The Queen.....	(1973), 17 C.C.C. (2d) 451.....	502
De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. United States.....	325 U.S. 212 (1945).....	20
De Gail v. Faculté de médecine de Strasbourg.....	D.1977. 660.....	268
Dechow v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 951.....	501
Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault).....	[1980] 1 S.C.R. 35.....	792 801
Désourdy Construction Ltée v. Perreault.....	[1978] C.A. 111.....	603
Désourdy Inc. v. Sylvestre.....	[1976] C.A. 639.....	603
Di Iorio v. Warden of Montreal Jail.....	[1978] 1 S.C.R. 152.....	421
Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy.....	(1981), 38 C.B.R. (N.S. 253).....	794, 804
Director of Public Prosecutions v. Humphrys.....	[1977] A.C. 1 rev'g [1975] 2 All E.R. 103.....	817, 828
Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.....	[1944] K.B. 146.....	679
Director of Public Prosecutions v. Morgan.....	[1976] A.C. 182.....	578
Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 251.....	506
Donohue Bros. v. Corp. La Malbaie.....	[1924] S.C.R. 511.....	873
Dorval v. Bouvier.....	[1968] S.C.R. 288.....	64
Dowson v. Government of Canada.....	(1981), 37 N.R. 127.....	487
Drummond-Jackson v. British Medical Association.....	[1970] 1 All E.R. 1094.....	486
Duhamel v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 555.....	824
Duke v. The Queen.....	[1972] S.C.R. 917.....	213
Dulieu v. White & Sons.....	[1901] 2 K.B. 669.....	153
Durand v. Fraser.....	[1964] C.S. 640.....	427
Dyson v. Attorney-General.....	[1911] 1 K.B. 410.....	485

**E**

Eadie v. Township of Brantford.....	[1967] S.C.R. 573.....	757
Egan v. United States.....	137 F.2d 369 (1943).....	686
Elias v. Elias.....	(1980), 14 R.F.L. (2d) 228.....	97
Elloway v. Boomars.....	(1968), 69 D.L.R. (2d) 605.....	156
Elmvale Lumber Co. v. Laurin.....	(1977), 16 O.R. (2d) 241.....	287
Engel v. Faculté de médecine de Strasbourg.....	D.1977.660.....	268
Entreprises Anicet Gauthier Inc. v. Ville de Sept-Îles.....	[1983] C.S. 709.....	407
Ernewein v. Minister of Employment and Immigration.....	[1980] 1 S.C.R. 639.....	193, 231
Ezekiel, Re.....	(1980), 30 N.B.R. (2d) 343.....	97

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>F</b>		
Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd. ....	[1948] O.W.N. 221 .....	491
Farrell v. Secretary of State for Defence.....	[1980] 1 All E.R. 166.....	65
Federal Republic of Germany and Rauca, Re .....	(1983), 41 O.R. (2d) 225 .....	489
Federation of Pakistan v. Tamizuddin Khan.....	P.L.R. 1956 W.P. 306 .....	764
Ferguson v. Ferguson.....	(1916), 26 Man. Rep. 269.....	12
Fleming v. Hislop.....	(1886), 11 A.C. 686.....	478
Fogel v. Fogel.....	(1979), 9 R.F.L. (2d) 55 .....	858
Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba, Re.....	(1977), 77 D.L.R. (3d) 445 .....	733
Forst v. City of Toronto.....	(1923), 54 O.L.R. 256 .....	407
Fountainhead Fun Centres Ltd. v. Ville St-Laurent .....	[1979] C.S. 132.....	411
Foyer St-Antoine v. Lalancette .....	[1978] C.A. 349 .....	604
Frankel Structural Steel Ltd. v. Goden Holdings Ltd.....	[1971] S.C.R. 250.....	80
Fraternité des policiers de la Ville de Laval Inc. v. Ville de Laval.....	[1978] C.A. 120 .....	604
Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité v. Ingénierie B.G. Checo Ltée.....	J.E. 81-354.....	604
<b>G</b>		
Gallagher v. Crown Kasher Super Market of Massachusetts, Inc.....	366 U.S. 617 (1961) .....	329
Gelhorne Motors Ltd. v. Yee & Wilcox .....	(1969), 71 W.W.R. 526 .....	67
General Truck Drivers Union, Local 938 v. Hoar Transport Co. ....	[1969] S.C.R. 634.....	604
Gerk v. Ventress.....	(1964), 48 W.W.R. 245.....	97
Gibson and City of Toronto, Re .....	(1913), 28 O.L.R. 20 .....	557
Girard v. Danis.....	[1975] C.S. 813 .....	428
Golden Chemical Products Ltd., In re .....	[1976] 1 Ch. 300.....	835
Goldwax v. City of Montréal .....	[1984] 2 S.C.R. ....	525
Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd. ....	[1964] Qd.R. 98.....	690
Gray v. Cotic.....	[1983] 2 S.C.R. 2.....	153
Great Western Railway Co. v. Birmingham & Oxford Junction Railway Co.....	(1848), 2 Ph. 597, 41 E.R. 1074.....	12
Greenwood v. Martins Bank, Ltd.....	[1933] A.C. 51 .....	66
Griggs v. Duke Power Co.....	401 U.S. 424 (1970) .....	359
Guardian Assurance Co. v. Town of Chicoutimi .....	(1915), 51 S.C.R. 562 .....	250
Gushue v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 798 .....	824
<b>H</b>		
Hamilton (City of) v. Canadian Transport Commission .....	[1978] 1 S.C.R. 640 .....	328
Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton, Re.....	(1983), 143, D.L.R. (3d) 498 .....	412
Hanson v. Ontario Universities Athletic Association .....	(1975), 65 D.L.R. (3d) 385 .....	415
Hargreaves v. Bretherton .....	[1958] 3 All E.R. 122.....	818
Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.....	[1967] 2 Lloyd's Rep. 509.....	162
Harrison v. Mobbs .....	(1908), 12 O.W.R. 465 .....	556
Hawes v. Szewczyk.....	[1979] 2 A.C.W.S. 274 .....	16
Hay or Bourhill v. Young.....	[1943] A.C. 92 .....	152



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.....	[1964] A.C. 465 .....	283
Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal .....	[1955] S.C.R. 799.....	323
Hepburn v. Patton.....	(1879), 26 Gr. 597 .....	12
Hepton v. Maat .....	[1957] S.C.R. 606.....	94
Hogan v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 574 .....	643
Hope v. Hope.....	(1854), 43 E.R. 534 .....	94
Horn v. Lockhart .....	84 U.S. 570 (1873) .....	759
Howard v. Bodington.....	(1877), 2 P. 203 .....	741
Hoystead v. Commissioner of Taxation .....	[1926] A.C. 155 .....	815
Hudson v. Benallack .....	[1976] 2 S.C.R. 168 .....	291
Humphreys v. Buragalia .....	(1982), 135 D.L.R. (3d) 535 .....	27
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	344, 638
Hurt v. Minister of Manpower and Immigration .....	[1978] 2 F.C. 340 .....	193

## I

Immigration and Naturalization Service v. Chadha .....	77 L Ed (2d) 317 (1983).....	212
Initiative and Referendum Act, In re.....	[1919] A.C. 935 .....	777
Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co. S.A.....	[1980] 2 W.L.R. 488 .....	26

## J

J. v. C. ....	[1970] A.C. 668 .....	105
Jackson v. Jackson .....	[1973] S.C.R. 205.....	857
Jenkins, Re .....	(1973), 5 Nfld. & P.E.I.R. 325 .....	96
Jewish Convalescent Hospital v. Syndicat national des employés de l'Hôpital juif pour convalescents .....	[1975] S.A.G. 183 .....	143
John Lewis Industries Ltée v. Tassoni .....	[1977] C.A. 351 .....	603
Johnson v. Attorney General of Alberta .....	[1954] S.C.R. 127.....	419
Jonas v. Gilbert .....	(1881), 5 S.C.R. 356 .....	407
Jones v. Attorney General of New Brunswick .....	[1975] 2 S.C.R. 182 .....	738
Jones v. National Coal Board .....	[1957] 2 All E.R. 155.....	44

## K

Karsales (Harrow), Ltd. v. Wallis.....	[1956] 2 All E.R. 866.....	65
Katz v. Reitz.....	[1973] C.A. 230.....	265
Keewatin Electric & Diesels Ltd. v. Durall Ltd. ....	[1976] W.W.D. 119 .....	67, 77
Kehoe v. Dacol Motors Pty. Ltd.....	[1972] Qd.R. 59 .....	690
Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg, Re.....	[1949] 1 All E.R. 804.....	816
Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec .....	[1968] S.C.R. 172.....	234
Kramer v. Wascana Centre Authority.....	[1967] S.C.R. 237.....	558
Kruse v. Johnson .....	[1898] 2 Q.B. 91 .....	404
Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration.....	[1982] 2 S.C.R. 856; (1980), 34 N.R. 237 .....	199, 238

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>L</b>		
Lamb v. Toledo-Berkel Pty. Ltd.....	[1969] V.R. 343 .....	690
Landreville v. Ville de Boucherville.....	[1978] 2 S.C.R. 801 .....	381
Lapierre v. Prévoyance Compagnie d'assurance.....	[1977] C.A. 287 .....	433
Law Society of Upper Canada v. MacNaughton.....	[1942] O.W.N. 551 .....	10
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	[1984] 1 S.C.R. 357 .....	120, 217, 344, 639
Le Gars v. Francana Real Estate Ltd.....	[1968] R.P. 233 .....	427
Leavy and City of London, Re.....	(1979), 107 D.L.R. (3d) 411 .....	411
Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday (In re)...	(1905), 35 S.C.R. 581 .....	320
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co. ....	[1915] A.C. 705 .....	678
Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society .....	[1918] A.C. 350 .....	479
Liberty National Bank & Trust Co. v. Atkin.....	(1981), 31 O.R. (2d) 715, 121 D.L.R. (3d) 160 .....	25
Lieberman v. The Queen.....	[1963] S.C.R. 643.....	327
Lister & Co. v. Stubbs.....	[1886-90] All E.R. 797.....	10
Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool.....	(1903), 33 S.C.R. 180 .....	869
London Drugs Ltd. v. City of North Vancouver, Re.....	(1972), 24 D.L.R. (3d) 305 .....	400
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia .....	[1959] S.C.R. 497.....	321
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba ...	[1925] A.C. 384 .....	321
Louie Yuet Sun v. The Queen .....	[1961] S.C.R. 70 .....	208
Love v. Port of London Authority .....	[1959] 2 Lloyd's Rep. 541 .....	153
Lugano v. Minister of Manpower and Immigration .....	[1976] 2 F.C. 438 .....	199
Lussier v. Anders .....	[1971] R.P. 313.....	427
<b>M</b>		
MacDonald v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 665 .....	234
Madzimbamuto v. Lardner-Burke .....	[1969] 1 A.C. 645.....	760
Mailhot v. Ville de Richmond.....	[1969] R.P. 365.....	427
Malcolm v. Broadhurst.....	[1970] 3 All E.R. 508.....	153
Mallett v. McMonagle.....	[1970] A.C. 166 .....	170
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen .....	[1979] 1 S.C.R. 101 .....	551, 563
Marbury v. Madison .....	5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) .....	468
Marcroft v. Scruttons, Ltd.....	[1954] 1 Lloyd's Rep. 395.....	154
Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA .....	[1980] 1 All E.R. 213 .....	17
Margate Pier Co. v. Hannam .....	(1819), 3 B. & Ald. 266, 106 E.R. 661.....	756
Marquis v. Lussier .....	[1960] S.C.R. 442.....	426
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602 .....	196
Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co. ....	[1929] 3 W.W.R. 741.....	163
Matters v. Baker and Fawcett .....	[1951] S.A.S.R. 91 .....	163
McAuley v. London Transport Executive.....	[1957] 2 Lloyd's Rep. 500.....	162
McCarthy v. MacPherson's Estate.....	(1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294 .....	171
McGhee v. National Coal Board.....	[1972] 3 All E.R. 1008.....	478
McGowan v. Maryland .....	366 U.S. 420 (1961) .....	329
McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.....	(1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 .....	157
McGrath, Re .....	[1893] 1 Ch. 143 .....	94

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
McKay v. Essex Area Health Authority .....	[1982] 2 All E.R. 771 .....	476
Medicine Hat v. Wahl .....	[1979] 2 S.C.R. 12 .....	415
Meikle v. Authenac .....	(1970), 3 R.F.L. 84 .....	97
Mensah v. Minister of Employment and Immigration .....	[1982] 1 F.C. 70 .....	195
Miller v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 680 .....	487
Mills and Mills v. Petrovic .....	(1980), 30 O.R. (2d) 238 .....	14
Minister of Home Affairs v. Fisher .....	[1980] A.C. 319 .....	633
Minister of Justice of Canada v. Borowski .....	[1981] 2 S.C.R. 575 .....	313, 479
Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal .....	[1978] 1 S.C.R. 470 .....	192
Miranda v. Arizona .....	384 U.S. 436 (1966) .....	625
Mitchell v. The Queen .....	[1976] 2 S.C.R. 570 .....	209, 228
Montreal Street Railway Co. v. Normandin .....	[1917] A.C. 170 .....	740
Moore v. I. Bresler, Ltd. .....	[1944] 2 All E.R. 515 .....	704
Moore and Feldstein, Re .....	(1973), 12 R.F.L. 273 .....	93
Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island .....	[1976] 2 S.C.R. 349 .....	359
Morgan v. Babcock and Wilcox Ltd. .....	(1929), 43 C.L.R. 163 .....	689
Morgan v. T. Wallis Ltd. .....	[1974] 1 Lloyd's Rep. 165 .....	157
Morgentaler v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 616 .....	206
Moussell Brothers, Ltd. v. London and North-Western Railway Co. ..	[1917] 2 K.B. 836 .....	689
Mugford, Re .....	[1970] 1 O.R. 601, approved [1970] S.C.R. 261 .....	97
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon .....	[1982] 2 S.C.R. 161 .....	807, 859
Munro v. National Capital Commission .....	[1966] S.C.R. 663 .....	357

## N

Nelson v. Findlay and Findlay .....	(1974), 15 R.F.L. 181 .....	97
New York Central and Hudson River Railway Co. v. United States ..	212 U.S. 481 (1909) .....	686
Newell v. Lucas .....	[1964-65] N.S.W.R. 1597 .....	170
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police .....	[1979] 1 S.C.R. 311 .....	195
Nicholson v. Mustard .....	[1921] 3 W.W.R. 890 .....	556
Nicholson v. Williscroft .....	[1921] 3 W.W.R. 890 .....	556
Nippon Menkwa Kabushiki Kaisha (Japan Cotton Trading Com- pany, Ltd.) v. Dawson's Bank, Ltd. ....	(1935), 51 Ll. L. Rep. 147 .....	66
Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis .....	[1975] 3 All E.R. 282 .....	17
Nordik Industries Ltd. v. Regional Controller of Inland Revenue .....	[1976] 1 NZLR 194 .....	690
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil .....	[1978] 2 S.C.R. 662 .....	421
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil .....	[1976] 2 S.C.R. 265 .....	313, 480

## O

O'Hara, Re .....	[1900] 2 I.R. 232 .....	95
O'Neil v. Attorney-General of Canada .....	(1896), 26 S.C.R. 122 .....	756
Old Monastery Co. v. United States .....	147 F.2d 905 (1945) .....	709
Ottawa Electric Railway Co. and Town of Eastview, Re .....	(1924), 56 O.L.R. 52 .....	407
Quimet v. Bazin .....	(1912), 46 S.C.R. 502 .....	321
OSF Industries Ltd. v. Marc-Jay Investments Inc. ....	(1978), 88 D.L.R. (3d) 446, 7 C.P.C. 57 .....	12

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>P</b>		
Pacific Investment Co. v. Swan .....	(1898), 3 Terr. L.R. 125 .....	12
Pappajohn v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 120 .....	574
Paraschuk v. Zuliani .....	[1971] R.P. 415 .....	427
Paris Adult Theatre I v. Slaton .....	413 U.S. 49 (1973) .....	514
Parker v. Kett .....	(1702), 1 Ld. Raym. 658; 91 E.R. 1338 .....	756
Parkway Amusement Co. v. Cité de Montréal .....	[1958] C.S. 209 .....	420
Parmar Fisheries Ltd. v. Parceria Maritima Esperanca L. DA. ....	(1982), 141 D.L.R. (3d) 498 .....	25
Patrick L. Roberts Ltd. v. Sollinger Industries Ltd. ....	(1978), 19 O.R. (2d) 44 .....	285
Pellant v. Hebert (March 9, 1982) .....	(1981), 12 R.G.D. 237 at p. 242 .....	732
Permaul v. Minister of Employment and Immigration .....	F.C.A., No. A-576-83, November 24, 1983 .....	214
Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hugues .....	(1936), 61 Que. K.B. 83 .....	407
Phosphate Sewage Co. v. Molleson .....	(1879), 4 App. Cas. 801 .....	820
Pivovarov v. Chernabaeff .....	(1977), 16 S.A.S.R. 329 .....	12
Plenty v. Argus .....	[1975] W.A.R. 155 .....	165
Ponton v. City of Winnipeg .....	(1908), 41 S.C.R. 18 .....	868
Power v. Crowe .....	(1982), 52 N.S.R. (2d) 165 .....	97
Prata v. Minister of Manpower and Immigration .....	[1976] 1 S.C.R. 376 .....	189, 228
Procureur général du Québec v. Brunet .....	J.E. 83-510, rev'd on other grounds, J.E. 84-62 (S.C.) .....	747
Procureur général du Québec v. Collier .....	[1983] C.S. 366 .....	747
Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée) .....	[1962] S.C.R. 676 .....	794, 801
Prudential Transport Co. v. Lefebvre .....	[1978] C.A. 411 .....	603
Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd., Re .....	(1957), 22 W.W.R. 312 .....	737
<b>Q</b>		
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd. ....	[1977] 2 S.C.R. 1054 .....	807
Quinn v. Marsta Cession Services Ltd. ....	(1981), 34 O.R. (2d) 659 .....	26
Quong-Wing v. The King .....	(1914), 49 S.C.R. 440 .....	359
<b>R</b>		
R. ex rel. Anderson v. Buchanan .....	(1909), 44 N.S.R. 112 .....	741
R. v. Aiello .....	(1978), 38 C.C.C. (2d) 485 .....	585
R. v. American News Co. ....	(1957), 118 C.C.C. 152 .....	512
R. v. Ash-Temple Co. ....	(1949), 93 C.C.C. 267 .....	681
R. v. Australian Films Ltd. ....	(1921), 29 C.L.R. 195 .....	689
R. v. Bateman .....	(1946), 31 Cr. App. R. 106 .....	46
R. v. Berrie .....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 66 .....	206
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	367, 483
R. v. Blondin .....	(1970), 2 C.C.C. (2d) 118; (1971), 4 C.C.C. (2d) 566 .....	585
R. v. Cardinal .....	(1969), 8 C.R.N.S. 325 .....	117
R. v. C.D. ....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 206 .....	131
R. v. Cameron .....	(1966), 58 D.L.R. (2d) 486 .....	512, 528

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Campbell.....	(1978), 1 C.R. (3d) 309 .....	830
R. v. Carlson.....	[1970] 3 O.R. 213 .....	817, 825
R. v. Chabot .....	[1980] 2 S.C.R. 985 .....	293
R. v. Chapin.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 538 .....	650
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	674
R. v. Cohen .....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 156 .....	650
R. v. Collins .....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 141 .....	650
R. v. Coombs .....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 85 .....	830
R. v. Corporation of Bedford Level.....	(1805), 6 East 356, 102 E.R. 1323.....	756
R. v. Currie .....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 292 .....	585
R. v. Currie.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 217 .....	635
R. v. Darlyn .....	(1946), 88 C.C.C. 269 .....	45
R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.....	[1963] 2 C.C.C. 103 .....	526
R. v. Doug Rankine Co. ....	(1983), 36 C.R. (3d) 154 .....	505, 522
R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent .....	[1961] O.R. 265 .....	681
R. v. Fane Robinson Ltd. ....	[1941] 3 D.L.R. 409 .....	680
R. v. Fell .....	(1981), 64 C.C.C. (2d) 456 .....	685
R. v. Forest .....	(1976), 74 D.L.R. (3d) 704 .....	733
R. v. Fraser .....	[1966] 1 C.C.C. 110 .....	501
R. v. Gauthier.....	(1905), 11 C.C.C. 263 .....	116, 127
R. v. Gibson.....	(1896), 29 N.S.R. 4 .....	756
R. v. Goldberg and Reitman .....	[1971] 3 O.R. 323 .....	501
R. v. Gordon .....	[1980] 3 W.W.R. 655 .....	814, 824
R. v. Great West Laundry Co.....	(1900), 3 C.C.C. 514 .....	678
R. v. Great West News Ltd. ....	[1970] 4 C.C.C. 307 .....	509, 531
R. v. H.J. O'Connell Ltd. ....	[1962] Que. Q.B. 666 .....	681
R. v. Harrison.....	[1977] 1 S.C.R. 238 .....	835
R. v. Hicklin .....	(1868), L.R. 3 Q.B. 360 .....	502, 526
R. v. Humphrys.....	[1975] 2 All E.R. 1023 .....	817
R. v. I.C.R. Haulage, Ltd. ....	[1944] K.B. 551 .....	680
R. v. J.J. Beamish Construction Co. ....	[1966] 2 O.R. 867 .....	681
R. v. Kerr .....	(1983), 18 Man. R. (2d) 230 .....	830
R. v. Krannenburg .....	[1980] 1 S.C.R. 1053 .....	293
R. v. Lavoie.....	(1902), 6 C.C.C. 39 .....	116
R. v. Linnen .....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 13 .....	814, 824
R. v. Manninen .....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 193 .....	650
R. v. Martin .....	[1932] 3 W.W.R. 1 .....	683
R. v. McDonnell.....	[1966] 1 All E.R. 193 .....	683
R. v. McFall .....	(1975), 26 C.C.C. (2d) 181 .....	510, 585
R. v. McNamara (No. 1) .....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193 .....	671
R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.....	(1974), 16 C.C.C. (2d) 185 .....	506, 522
R. v. P.G. Marketplace and McIntosh.....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 185 .....	681
R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 37 .....	709
R. v. Parkin (No. 2) .....	(1922), 37 C.C.C. 35 .....	830
R. v. Penthouse International Ltd.....	(1979), 46 C.C.C. (2d) 111 .....	507
R. v. Plummer and Brown.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 497 .....	580
R. v. Plummer .....	[1902] 2 K.B. 339 .....	825
R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers .....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 251 .....	507

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Reed .....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 153, aff'd (1984), 10 C.C.C. (3d) 573 .....	115
R. v. Simmons .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 193 .....	635
R. v. Slythe .....	(1827), 6 B. & C. 240, 108 E.R. 441 .....	756
R. v. Spot Supermarket Inc. ....	(1979), 50 C.C.C. (2d) 239 .....	681
R. v. St. Lawrence Corp. ....	[1969] 2 O.R. 305 .....	681
R. v. Stevens .....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 260 .....	650
R. v. Sudbury News Service Ltd. ....	(1978), 39 C.C.C. (2d) 1 .....	508
R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy .....	[1924] 1 K.B. 256 .....	43
R. v. Swinimer .....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 432 .....	131
R. v. Talbourdet .....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 173 .....	639
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613 .....	660
R. v. Therien and Sanseverino .....	(1943), 80 C.C.C. 87 .....	830
R. v. Thompson .....	(1913), 14 D.L.R. 175 .....	125
R. v. Threlfall .....	(1914), 10 Cr. App. R. 112 .....	819
R. v. Torbiak and Campbell .....	(1974), 26 C.R.N.S. 108 .....	44
R. v. Trask .....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 132 .....	635
R. v. Wasyl Kapij .....	(1905), 9 C.C.C. 186 .....	117
R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd. ....	[1974] 4 W.W.R. 516 .....	700
R. v. Wretham .....	(1971), 16 C.R.N.S. 124 .....	585
R. v. Zelensky .....	[1978] 2 S.C.R. 940 .....	335
R. A. Nelson Construction Ltd., Re .....	(1966), 8 C.B.R. (N.S.) 221 .....	803
Racine v. Woods .....	[1983] 2 S.C.R. 173 .....	95
Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha .....	[1980] 1 W.L.R. 1268 .....	25
Rahn v. The Queen .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 152 .....	635
Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara .....	[1977] 3 All E.R. 324 .....	17
Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration .....	[1961] S.C.R. 376 .....	208
Red Deer College v. Michaels .....	[1976] 2 S.C.R. 324 .....	163
Redland Bricks Ltd. v. Morris .....	[1970] A.C. 652 .....	458
Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act .....	[1949] S.C.R. 1 .....	354
Reference in re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour .....	[1925] S.C.R. 505 .....	355
Reference re Adoption Act .....	[1938] S.C.R. 398 .....	421, 857
Reference re B.C. Family Relations Act .....	[1982] 1 S.C.R. 62 .....	858
Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation .....	[1938] S.C.R. 71 .....	753
Reference re resolution to Amend the Constitution .....	[1981] 1 S.C.R. 753 .....	745
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act .....	[1949] S.C.R. 1 .....	115
Regent Vending Machines Ltd. v. Alberta Vending Machines Ltd. ....	(1956), 6 D.L.R. (2d) 144 .....	420
Regina v. Flory .....	(1889), 17 O.R. 715 .....	407
Regina v. Levy .....	(1899), 30 O.R. 403 .....	409
Regina v. Varga .....	(1979), 106 D.L.R. (3d) 101 .....	407
Reliance Gold Mining and Milling Co., In Re .....	(1908), 13 B.C.R. 482 .....	540
Rescue Army v. Municipal Court .....	331 U.S. 549 (1947) .....	189
Rex ex rel. St-Jean v. Knott .....	[1944] O.W.N. 432 .....	407
Robertson and Rosetanni v. The Queen .....	[1963] S.C.R. 651 .....	305
Robinson v. Pickering .....	(1881), 16 Ch.D. 660 .....	22

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Roncarelli v. Duplessis .....	[1959] S.C.R. 121 .....	750
Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter), Ltd. ....	[1951] 2 T.L.R. 284 .....	585
Rosen v. Pullen .....	(1981), 126 D.L.R. (3d) 62 .....	13
Rothman v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 640 .....	650
Royal Bank of Canada v. Larue .....	[1928] A.C. 187 .....	800
Royal Trust Co. v. City of Montreal .....	(1918), 57 S.C.R. 352 .....	558
Russell v. Duke of Norfolk .....	[1949] 1 All E.R. 109 .....	229
Rylands v. Fletcher .....	[1861-73] All E.R. 1 .....	474

## S

S. S. Kresge Co. v. City of Windsor .....	(1957), 7 D.L.R. (2d) 708 .....	407
Saint John Tugboat Co. v. Irving Refinery Ltd. ....	[1964] S.C.R. 614 .....	63
Saraos v. Minister of Employment and Immigration .....	[1982] 1 F.C. 304 .....	214
Saumur v. City of Quebec .....	[1953] 2 S.C.R. 299 .....	323
Savage v. T. Wallis, Ltd. ....	[1966] 1 Lloyd's Rep. 357 .....	161
Scadding v. Lorant .....	(1851), 3 H.L.C. 418, 10 E.R. 164 .....	756
Schneider v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 112 .....	421
Schrump v. Koot .....	(1978), 18 O.R. (2d) 337 .....	170
Segal v. City of Montreal .....	[1931] S.C.R. 460 .....	608
Sekisui House Kabushiki Kaisha (Sekisui House Co.) v. Nagashima .....	(1982), 42 B.C.L.R. 1, 33 C.P.C. 42 .....	27
Selvanayagam v. University of West Indies .....	[1983] 1 All E.R. 824 .....	166
Selvarajan v. Race Relations Board .....	[1976] 1 All E.R. 12 .....	229
Shaughnessy v. U.S. ex. rel. Mezei .....	345 U.S. 206 (1953) .....	211
Shawn v. Robertson .....	(1964), 46 D.L.R. (2d) 363 .....	474
Sherbert v. Verner .....	374 U.S. 398 (1963) .....	307
Simard v. Soucy .....	[1972] C.A. 640 .....	266
Singh v. Minister of Employment and Immigration .....	[1983] 2 F.C. 347 .....	203
Singh v. Minister of Employment and Immigration .....	[1982] 2 F.C. 689 .....	190
Sisters of Charity of Rockingham v. The King .....	[1922] 2 A.C. 315 .....	547
Smith v. Leech Brain & Co. ....	[1962] 2 Q.B. 405 .....	154
Smith v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 776 .....	807
Sniderman v. Sniderman .....	(1982), 36 O.R. (2d) 289 .....	858
Société Asbestos Ltée v. Société nationale de l'amiante .....	[1979] C.A. 342 .....	735
Solosky v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 821 .....	457, 481
Special Reference No. 1 of 1955 .....	P.L.R. 1956 W.P. 598 .....	764
St-Joseph de Beauce v. Lessard .....	[1954] Que. Q.B. 475 .....	873
St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue .....	(1917), 56 S.C.R. 157 .....	323
Standard Oil Co. of Texas v. United States .....	307 F.2d 120 (1962) .....	710
Starr Manufacturing Co. v. Spike .....	(1893), 40 N.S.R. 626 .....	67, 78
State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc. ....	483 P.2d 687 (1971) .....	687
State of Louisiana v. Chapman Dodge Center Inc. ....	428 S.2d 413 (1983) .....	687
Steele v. Robert George and Co. ....	[1942] A.C. 497 .....	151
Stein v. The Ship 'Kathy K' .....	[1976] 2 S.C.R. 802 .....	214
Stere v. Stere .....	(1980), 15 R.F.L. (2d) 357 .....	858
Sterling Engineering Co. v. Patchett .....	[1955] 1 All E.R. 369 .....	816
Syndicat des employés de l'Hôpital Régina Ltée v. Hôpital Régina Ltée .....	[1980] C.A. 378 .....	604

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. C.L.R.B.....	[1984] 2 S.C.R. 412 .....	610
Syndicat international des travailleurs, local 333 v. Cie Sucre Atlantic Ltée .....	[1981] C.A. 416 .....	602

## T

T. W. Hand Fireworks Co. and the City of Peterborough, Re .....	[1962] O.R. 794 .....	410
Taxada Mines Ltd. v. Attorney General of British Columbia .....	[1960] S.C.R. 713 .....	358
Taylor v. Addems and Addems .....	[1932] 1 W.W.R. 505 .....	163
Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass .....	[1972] A.C. 153 .....	683
Texas v. White .....	74 U.S. 700 (1868) .....	759
The Duchess of Kingston's Case .....	(1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644 .....	818, 826
The Japanese Immigrant Case .....	189 U.S. 86 (1903) .....	211
The People v. Canadian Fur Trappers Corp. ....	248 N.Y. 159 (1928) .....	687
The Queen v. Drybones .....	[1970] S.C.R. 282 .....	238
The Queen v. Operation Dismantle Inc. ....	[1983] 1 F.C. 745 .....	202
Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine SA .....	[1979] 2 All E.R. 972 .....	17
Thistle v. Thistle .....	(1980), 42 N.S.R. (2d) 430 .....	65
Thorson v. Attorney General of Canada .....	[1975] 1 S.C.R. 138 .....	313, 479
Toronto (City of) v. McIntosh .....	(1977), 16 O.R. (2d) 257 .....	14
Toronto v. Virgo .....	[1896] A.C. 88 .....	384
Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co. ....	(1903), 13 Que. K.B. 19 .....	870
Township of Scarborough v. Bondi .....	[1959] S.C.R. 444 .....	416
Trade Practices Commission v. Annand and Thompson Pty. Ltd. ....	(1978), 19 A.L.R. 730 .....	690
Treitel v. Standard Structural Steel Ltd. ....	[1982] C.S. 1075 .....	431
Trinel Office Products Ltd.; Workers' Compensation Board of Alberta v. Davis, Re .....	(1971), 14 C.B.R. (N.S.) 248 .....	803
Trustees of Grosvenor St. Presbyterian Church v. City of Toronto ...	(1918), 45 D.L.R. 327 .....	868
Tudale Explorations Ltd. and Bruce, Re .....	(1978), 88 D.L.R. (3d) 584 .....	287
Turtle v. Township of Euphemia .....	(1900), 31 O.R. 404 .....	756
Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley .....	366 U.S. 582 (1961) .....	329

## U

U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy .....	338 U.S. 537 (1950) .....	208
Union des employés de commerce, local 503 v. Roy .....	[1980] C.A. 394 .....	604
Union des employés de service (local 298) F.T.Q. v. École Notre-Dame-de-Liesse .....	[1974] R.D.T. 487 .....	603
Union des employés de service (local 298 F.T.Q.) v. Résidence Chambly .....	Unreported .....	140
Union Carbide Canada Ltd. v. Weiler .....	[1968] S.C.R. 966 .....	604
United States v. Basic Construction Co. ....	711 F.2d 570 (1983) .....	687
United States v. Beusch .....	596 F.2d 871 (1979) .....	711
United States v. Carter .....	311 F.2d 934 (1963) .....	711
United States v. Cincotta .....	689 F.2d 238 (1982) .....	711
United States v. Empire Packing Co. ....	174 F.2d 16 (1949) .....	710
United States v. Hilton Hotels Corp. ....	467 F.2d 1000 (1972) .....	700



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
United States v. Insurance Companies .....	89 U.S. 99 (1874) .....	759
United States v. Kennerley .....	209 F. 119 (1913) .....	502
United States v. Nixon .....	418 U.S. 683 (1974) .....	468
United States v. Richmond .....	700 F.2d 1183 (1983) .....	711
United States v. Ridglea State Bank .....	357 F.2d 495 (1966) .....	711
United States v. Various Articles of Obscene Merchandise .....	709 F.2d 132 (2d Cir. 1983) .....	514
United Steelworkers of America, Local 4589 v. Bombardier— M.L.W. Ltée .....	[1980] 1 S.C.R. 905 .....	141
Universal Telecasters (QLD) Ltd. v. Guthrie .....	(1978), 32 F.L.R. 361 .....	690
Upholsterers International Union of North America, Local 1 v. Hankin & Struck Furniture Ltd. ....	(1964), 49 W.W.R. 33 .....	700
<b>V</b>		
Vandervell's Trusts (No. 2), Re .....	[1974] 3 All E.R. 205 .....	65
Ville de Montréal v. Desfossés .....	[1972] R.D.T. 473 .....	603
Ville de Montréal-Est v. Gagnon .....	[1978] C.A. 100 .....	603
Villemaire v. The Queen .....	(1962), 39 C.R. 297 .....	825
<b>W</b>		
Wahl v. Medicine Hat .....	(1977), 5 Alta. L.R. (2d) 70 .....	416
Walter v. Attorney General of Alberta .....	[1969] S.C.R. 383 .....	358
Waterous Engine Works Co. v. Town of Palmerston .....	(1892), 21 S.C.R. 556 .....	869
Watson v. M'Ewan .....	[1905] A.C. 480 .....	818
Weidman v. Shragge .....	(1912), 46 S.C.R. 1 .....	525
Wells, Re .....	(1962), 33 D.L.R. (2d) 243 .....	96
Weredale House v. Syndicat canadien de la Fonction publique, sec- tion locale 1511 .....	Unreported .....	143
Westendorp v. The Queen .....	[1983] 1 S.C.R. 43 .....	420
Whelan v. Ryan .....	(1891), 20 S.C.R. 65 .....	869
Widmar v. Vincent .....	454 U.S. 263 (1981) .....	340
Wieckowska v. Lanthier .....	[1980] 1 F.C. 655 .....	197
William A. Flemming Ltd. v. Fisher .....	(1978), 29 N.S.R. (2d) 338 .....	67
Wolf v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 107 .....	819
Workers' Compensation Board v. Kinross Mortgage Corporation .....	[1982] 1 W.W.R. 87 .....	805
Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta .....	(1967), 59 W.W.R. 298 .....	791, 799
<b>Y</b>		
Yuill v. Yuill .....	[1945] 1 All E.R. 183 .....	45
<b>Z</b>		
Z Ltd v. A .....	[1982] 1 All E.R. 556 .....	24
Z Ltd. v. A-Z and AA-LL .....	[1982] 2 W.L.R. 288 .....	25
Zamora No. 2 (The) .....	[1921] 1 A.C. 801 .....	585

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Absconding Debtors Act, R.S.O. 1980, c. 2		Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), c. 14	721
s. 2	2	Act to Repeal an Act as related to Rectories, (Imp.), 14 & 15 Vict., c. 175	295
Act Against Papists, 35 Eliz. 1, c. 2	295	Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1980 (Man.), c. 3	721
Act Against Sectaries, 35 Eliz. 1, c. 1	295		
Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday, 1 Car. 1, c. 1	295	<b>B</b>	
Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [Sunday Observance Act], 29 Car. 2, c. 7	295	Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3	
Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday, 3 Car. 1, c. 2	295	s. 2	785
Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days, 5 & 6 Edw. 6, c. 3	295	s. 50(6)	785
Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1960 (Can.), c. 44		s. 73	290
s. 5(2)	177	s. 95(1)	849
Act of Uniformity, 1 Eliz. 1, c. 2	295	s. 107(1)(h)	785
Act of Uniformity, 5 & 6 Edw. 6, c. 1	295	s. 107(1)(j)	785
Act respecting a judgment rendered in the Supreme Court of Canada on 13 December 1979 on the language of the legislature and the courts in Québec, 1979 (Que.), c. 61	721	By-law on Amusement Machines and Halls, By-law of the City of Montreal, No. 5156	368
Act to amend an Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1982 (Man.), c. 3		By-law Concerning Business Taxes and License Fees, By-law of the City of Dorval, No. 577	
s. 1	721	art. 2	861
Act to amend the charter of the town of Dorval, 1954-55 (Que.), c. 83		<b>C</b>	
art. 1 (as am. by An Act to amend the charter of the city of Dorval, 1956-57 (Que.), c. 91, art. 4)	861	Canada Evidence Act, 1980-81-82-83 (Can.), c. 111, Schedule III	
Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada, 1845 (Can.), c. 45	295	s. 36.1	177
		Canada Business Corporations Act, 1974-75-76 (Can.), c. 33	2
		Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1	
		s. 60(1)	840
		s. 60(2)	840
		s. 60(4)	840
		s. 60.2(d)	840

	PAGE		PAGE
<b>Canada Labour Standards Regulations, C.R.C., c. 986</b>		<b>Cities and Towns Act, R.S.Q. 1941, c. 233, art. 526 (as repl. by s. 1 of An Act to amend the charter of the town of Dorval, 1954-55 (Que.), c. 83, and as am. by s. 4 of An Act to amend the charter of the city of Dorval, 1956-57 (Que.), c. 91)</b>	
s. 30(a).....	840		861
s. 30(b).....	840		
s. 30(c)(i).....	840		
s. 30(c)(ii).....	840		
<b>Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III</b>		<b>Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193</b>	
s. 1.....	177, 295	s. 385.....	861
s. 1(a).....	441	s. 388.....	861
s. 2(c).....	613	s. 390.....	861
s. 2(e).....	177	s. 391.....	861
<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms</b>	106	s. 395.....	861
s. 1.....	177, 295, 441, 613	s. 396.....	861
s. 2(a).....	295	s. 411.....	861
s. 7.....	177, 441	s. 421.....	861
s. 10.....	613, 655, 659	s. 423.....	861
s. 24.....	613, 655, 659	<b>Cities and Towns Act, R.S.Q. 1977, c. C-19</b>	
s. 24(1).....	177, 295, 441	s. 70(2) (as rep. by An Act respecting land use planning and development, 1979 (Que.), c. 51)	
s. 26.....	177	s. 260.....	861
s. 27.....	295	<b>Civil Code</b>	
s. 32(1).....	177, 295	art. 11.....	241
s. 32(1)(a).....	441	art. 179.....	2
s. 32(1)(b).....	441	art. 407.....	241
<b>Charter of the City of Montréal, 1960, 1959-60 (Que.), c. 102</b>		art. 417.....	241
art. 516.....	368	art. 420.....	241
art. 517f.....	368	art. 423.....	241
art. 517g.....	368	art. 428.....	241
art. 571s.....	368	art. 478.....	241
art. 518.....	368	art. 575.....	241
art. 520(6).....	368	art. 983.....	241
art. 520(7).....	368	art. 1046.....	241
art. 521(3).....	368	art. 1052.....	241
art. 521(4).....	368	art. 1057.....	241
art. 521(7).....	368	art. 1220.....	2
art. 521(33).....	368	art. 1539.....	241
art. 524(2)a.....	368	art. 1546.....	241
art. 524(2)b.....	368	art. 1595.....	241
<b>Charter of the French Language, R.S.Q. 1977, c. C-11</b>	295	art. 1767.....	241
<b>Child Welfare Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3</b>		art. 1768.....	241
s. 84.....	87	art. 1775.....	241
s. 85.....	87	art. 1804.....	241
		art. 1812.....	241
		art. 1813.....	241
		art. 1918.....	423
		art. 1920.....	423
		art. 1973.....	241

	PAGE		PAGE
art. 1980 .....	241	s. 12 .....	441
art. 1981 .....	241	s. 13 .....	441
art. 1982 .....	241	s. 14 .....	441
art. 1994 .....	241	s. 15 .....	441
art. 1996 .....	241	s. 55 .....	721
art. 2007 .....	241	s. 57 .....	721
art. 2009 .....	241	s. 90 .....	721
art. 2183 .....	423	s. 91 .....	295, 441
art. 2224 .....	423	s. 91(27) .....	106
art. 2226 .....	423	s. 92 .....	295, 441, 721
art. 2232 .....	423	s. 92A .....	721
art. 2242 .....	861	s. 93 .....	295, 721
art. 2260.8 .....	861	s. 95 .....	721
art. 2383 .....	241	s. 133 .....	721
art. 2385 .....	241	<b>Constitution Act, 1982</b>	
art. 2387 .....	241	preamble .....	721
art. 2399 .....	241	s. 18(1) .....	721
art. 2402 .....	241	s. 41(a) .....	721
art. 2410 .....	241	s. 43 .....	721
art. 2411 .....	241	s. 52 .....	441, 613, 721
art. 2412 .....	241	s. 52(1) .....	177, 295
art. 2427 .....	241	<b>Corporations Act, 1976 (Man.), c. 40, C.C.S.M.,</b>	
art. 2445 .....	241	c. 225	
art. 2450 .....	241	s. 186 .....	2
art. 2451 .....	241	s. 187 .....	2
art. 2677 .....	241	<b>Criminal Code Amendment Act, 1909, 1909</b>	
art. 2680 .....	241	(Can.), c. 9	
art. 2691 .....	241	s. 2 .....	662
art. 2692 .....	241	<b>Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34</b>	
art. 2709 .....	241	s. 143(a) .....	570
art. 2712 (formerly 2613) .....	241	s. 143(b)(i) .....	570
<b>Civil Procedure Rules, (N.S.)</b>		s. 159(8) .....	494
R. 43.02 .....	2	s. 163 .....	494
<b>Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25</b>		s. 164 .....	494
art. 33 (formerly art. 50) .....	861	s. 171 .....	106
art. 172 .....	423	s. 172(2) .....	106
art. 178 .....	2	s. 172(3) .....	106
art. 179 .....	2	s. 180(3) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c.	
art. 180 .....	2	93] .....	368
art. 752 .....	2	s. 234.1(1) [added 1974-75-76 (Can.), c. 93,	
<b>Colonial Laws Validity Act, 1865 (Imp.), 28 &amp;</b>		s. 15] .....	613
<b>29 Vict., c. 63</b>		s. 235 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 93,	
s. 2 .....	295, 441, 721	s. 16] .....	613, 655, 659
<b>Common Law Procedure Act, 1854, 17 &amp; 18</b>		s. 236 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 93,	
<b>Vict., c. 125</b> .....	2	s. 17] .....	613
<b>Constitution Act, 1867</b> .....	368	s. 237(1)(c) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.),	
preamble .....	721	c. 93, s. 18] .....	613
s. 9 .....	441	s. 296 .....	83
s. 10 .....	441	s. 338(1) .....	662
s. 11 .....	441	s. 423(1)(d) .....	662

	PAGE		PAGE
s. 429.1 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 38] .....	494	s. 469 .....	441
s. 647 .....	662	s. 470(1) .....	2
s. 762 .....	295	s. 1104 .....	441
Criminal Code, 9 Maine Rev. Stats. Anno., Title 17-A		s. 1723 .....	441
§ 60 .....	662	Fraudulent Conveyances Act, C.C.S.M., c. F-160	2
		Fraudulent Conveyances Act, R.S.O. 1980, c. 176	2
		Freshwater Fish Marketing Act, R.S.C. 1970, F-13 .....	533
<b>D</b>			
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8			
s. 11(1) .....	851	<b>G</b>	
Domestic Relations Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9		Garnishment Act, C.C.S.M., c. G-20 .....	2
s. 28(1) .....	87		
s. 35(2) .....	87	<b>I</b>	
s. 37 .....	87	Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52	
s. 39 .....	87	s. 2 .....	177
		s. 3g) .....	177
		s. 4 .....	177
		s. 5(1) .....	177
		s. 23 .....	177
		s. 27 .....	177
		s. 32 .....	177
		s. 37 .....	177
		s. 45 to 48 .....	177
		s. 55 .....	177
		s. 70 .....	177
		s. 71 .....	177
		s. 72 .....	177
		Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18	
		s. 4 .....	271
		Interpretation Act, 1867 (Can.), 31 Vict., c. 1	
		s. 6(3) .....	721
		Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23	
		s. 12 .....	106
		s. 13 .....	106
		s. 28 .....	721
		<b>J</b>	
		Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1	
		s. 13(2) .....	2
		Judicature Act, R.S.N. 1970, c. 187	
		s. 21(n) .....	2

	PAGE		PAGE
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2		Mineral Act, 1977 (B.C.), c. 54	
s. 1 .....	2	s. 7 .....	533
s. 33 (as am. 1981 (N.B.) c. 6) .....	2	s. 10 .....	533
Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223		s. 21 .....	533
s. 19(1) .....	2	Mineral Land Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 260 .....	533
Judicature Act, R.S.P.E.I. 1974, c. J-3		Mines Right-of-way Act, R.S.B.C. 1936, c. 187	
s. 15(4) .....	2	s. 3 .....	533
Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2		Mining Right of Way Act, R.S.B.C. 1979, c. 266	
s. 39(9) .....	2	s. 2 .....	533
		Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, c. 109	
<b>L</b>		s. 14 .....	533
Labour Code, R.S.Q., c. C-27		s. 15 .....	533
s. 139 .....	596	s. 18(3) .....	533
Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, c. 209		Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280	
s. 4 .....	533	s. 26 .....	533
s. 69 .....	533	s. 29 .....	533
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224		Municipal Code of Québec, R.S.Q., c. C-27.1	
s. 36 .....	2	s. 989 .....	861
Lord's Day (Ontario) Act, R.S.O. 1980, c. 253 .....	295		
Lord's Day (Saskatchewan) Act, R.S.S. 1978, c. L-34 .....	295	<b>P</b>	
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13		Park (Amendment) Act, 1973 (B.C.), c. 67	
s. 4 .....	295	s. 3 .....	533
Lord's Day Act, 1906 (Can.), c. 27 .....	295	Park Act, R.S.B.C. 1979, c. 309 .....	533
		Park Act, 1965 (B.C.), c. 31	
<b>M</b>		s. 6 .....	533
Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II		s. 9 .....	533
s. 2 .....	721	s. 11 .....	533
s. 14 .....	721	s. 18 .....	533
s. 17 .....	721	Provincial Parks Act, R.S.B.C. 1936, c. 211	
s. 23 .....	721	s. 2 .....	533
Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, am. 1975 (Ont.), c. 43 .....	83	Public Health Act, R.S.Q. 1964, c. 161	
Mineral Act, R.S.B.C. 1936, c. 181		s. 42 .....	831
s. 17 .....	533	s. 46 .....	831
s. 23 .....	533	s. 49 .....	831
Mineral Act, R.S.B.C. 1960, c. 244		s. 55 .....	831
s. 12(1a) .....	533		
Mineral Act, 1973 (B.C.), c. 52		<b>Q</b>	
s. 9 .....	533	Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C-280	
		s. 59 .....	2

	PAGE		PAGE
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, c. Q-1		Statute of Westminster, 1931, R.S.C. 1970, App.	
s. 45(8) .....	2	II,	
Queen's Bench Rules, (Man.)		s. 7 .....	441, 721
R. 330(1) .....	2	s. 7(1) .....	295
R. 526 .....	2	Sunday Fairs Act, 27 Hen. 6, c. 5 .....	295
R. 582 .....	2	Supreme Court of Judicature (Consolidation)	
Queen's Bench Rules, (Sask.)		Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49	
R. 389 .....	2	s. 45(1) .....	2
		Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19	
		s. 55 .....	721
<b>R</b>		Supreme Court Act, 1981, 1981 (U.K.), c. 54	
Reciprocal Enforcement of Judgments Act,		s. 37(3) .....	2
C.C.S.M., c. J-20 .....	2	Supreme Court Rules, (Alta.)	
Retail Sales Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 71		R. 468 .....	2
s. 30 .....	785		
Rules of Court (British Columbia)		<b>U</b>	
s. 33 .....	533	United Nations Convention Relating to the Status	
Rules of Practice, R.R.O. 1980		of Refugees, chap. 1	
R. 372 .....	2	art. 1, para. A(2) .....	177
R. 540 .....	2	Universal Declaration of Human Rights (1948)	
		art. 25(1) .....	177
<b>S</b>			
Social Affairs Department Act, 1970 (Que.), c. 42		<b>W</b>	
s. 4 .....	831	Workers' Compensation Act, 1973 (Alta.), c. 87	
s. 5 .....	831	s. 78(4)(a) .....	785
s. 8 .....	831	s. 78(4)(b) .....	785

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>B</b>	
Absconding Debtors Act, R.S.O. 1980, chap. 2		By-law Concerning Business Taxes and License Fees, Règlement de la cité de Dorval, n° 577	
art. 2.....	2	art. 2.....	861
Act Against Papists, 35 Eliz. 1, chap. 2.....	295		
Act Against Sectaries, 35 Eliz. 1, chap. 1.....	295	<b>C</b>	
Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday, 1 Car. 1, chap. 1.....	295	Charte canadienne des droits et libertés.....	106
Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [Sunday Observance Act], 29 Car. 2, chap. 7.....	295	art. 1.....	177, 295, 441, 613
Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday, 3 Car. 1, chap. 2.....	295	art. 2a).....	295
Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days, 5 & 6 Edw. 6, chap. 3.....	295	art. 7.....	177, 441
Act of Uniformity, 1 Eliz. 1, chap. 2.....	295	art. 10.....	613, 655, 659
Act of Uniformity, 5 & 6 Edw. 6, chap. 1.....	295	art. 24.....	613, 655, 659
Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada, 1845 (Can.), chap. 45.....	295	art. 24(1).....	177, 295, 441
Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), chap. 14.....	721	art. 26.....	177
Act to Repeal an Act as related to Rectories, (Imp.), 14 & 15 Vict., chap. 175.....	295	art. 27.....	295
Acte concernant l'observance du dimanche, 1906 (Can.), chap. 27.....	295	art. 32(1).....	177, 295
Acte d'Interprétation, 1867 (Can.), 31 Vict., chap. 1		art. 32(l)a).....	441
art. 6(3).....	721	art. 32(l)b).....	441
		Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11.....	295
		Charte de la Ville de Montréal, 1960, 1959-60 (Qué.), chap. 102	
		art. 516.....	368
		art. 517f).....	368
		art. 517g).....	368
		art. 517s).....	368
		art. 518.....	368
		art. 520(6).....	368
		art. 520(7).....	368
		art. 521(3).....	368
		art. 521(4).....	368
		art. 521(7).....	368
		art. 521(33).....	368
		art. 524(2)a).....	368
		art. 524(2)b).....	368
		Civil Procedure Rules, (N.-É.)	
		R. 43.02.....	2



	PAGE		PAGE
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1		art. 2410 .....	241
art. 60(1) .....	840	art. 2411 .....	241
art. 60(2) .....	840	art. 2412 .....	241
art. 60(4) .....	840	art. 2427 .....	241
art. 60.2d) .....	840	art. 2445 .....	241
Code civil		art. 2450 .....	241
art. 11 .....	241	art. 2451 .....	241
art. 179 .....	2	art. 2677 .....	241
art. 407 .....	241	art. 2680 .....	241
art. 417 .....	241	art. 2691 .....	241
art. 420 .....	241	art. 2692 .....	241
art. 423 .....	241	art. 2709 .....	241
art. 428 .....	241	art. 2712 (ancien 2613) .....	241
art. 478 .....	241	Code criminel, Loi de 1909 modifiant le, 1909 (Can.), chap. 9	
art. 575 .....	241	art. 2 .....	662
art. 983 .....	241	Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
art. 1046 .....	241	art. 143a) .....	570
art. 1052 .....	241	art. 143b)(i) .....	570
art. 1057 .....	241	art. 159(8) .....	494
art. 1220 .....	2	art. 163 .....	494
art. 1539 .....	241	art. 164 .....	494
art. 1546 .....	241	art. 171 .....	106
art. 1595 .....	241	art. 172(2) .....	106
art. 1767 .....	241	art. 172(3) .....	106
art. 1768 .....	241	art. 180(3) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93] .....	386
art. 1775 .....	241	art. 234.1(1) [aj. 1974-75-76 (Can.), chap. 93 art. 15] .....	613
art. 1804 .....	241	art. 235 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 16] .....	613, 655, 659
art. 1812 .....	241	art. 235(1) [abr. & rempl. par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art.16] .....	659
art. 1813 .....	241	art. 236 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 17] .....	613
art. 1918 .....	423	art. 237(1)c) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 18] .....	613
art. 1920 .....	423	art. 296 .....	83
art. 1973 .....	241	art. 338(1) .....	662
art. 1980 .....	241	art. 423(1)d) .....	662
art. 1981 .....	241	art. 429.1 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 38] .....	594
art. 1982 .....	241	art. 647 .....	662
art. 1994 .....	241	Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25	
art. 1996 .....	241	art. 33 (ancien art. 50) .....	861
art. 2007 .....	241	art. 172 .....	423
art. 2009 .....	241	art. 178 .....	2
art. 2183 .....	423	art. 179 .....	2
art. 2224 .....	423	art. 180 .....	2
art. 2226 .....	423	art. 752 .....	2
art. 2232 .....	423		
art. 2242 .....	861		
art. 2260.8 .....	861		
art. 2383 .....	241		
art. 2385 .....	241		
art. 2387 .....	241		
art. 2399 .....	241		
art. 2402 .....	241		

PAGE		PAGE	
	<b>G</b>		
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27			
art. 139.....	596	Garnishment Act, C.C.S.M., chap. G-20.....	2
Code municipal du Québec, L.R.Q., chap. C-27.1			
art. 989.....	861	<b>J</b>	
Colonial Laws Validity Act, 1865 (Imp.), 28 & 29 Vict., chap. 63		Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1	
art. 2.....	295, 441, 721	art. 13(2).....	2
Common Law Procedure Act, 1854, 17 & 18 Vict., chap. 125.....	2	Judicature Act, R.S.N. 1970, chap. 187	
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, chap. 1		art. 21(n).....	2
art. 1, par. A2).....	177	Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223	
Corporations Act, 1976 (Man.), chap. 40, C.C.S.M., chap. 225		art. 19(1).....	2
art. 186.....	2	Judicature Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. J-3	
art. 187.....	2	art. 15(4).....	2
Criminal Code, 9 Maine Rev. Stats. Anno., Title 17-A		Judicature Act, 1972, (N.-É.), chap. 2	
§ 60.....	662	art. 39(9).....	2
<b>D</b>		<b>L</b>	
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III		Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, chap. 209	
art. 1.....	177, 295	art. 4.....	533
art. 1a).....	441	art. 69.....	533
art. 2c).....	613	Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, chap. 224	
art. 2e).....	177	art. 36.....	2
Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)		Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1960 (Can.), chap. 44	
art. 25(1).....	177	art. 5(2).....	177
<b>E</b>		Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec, 1979 (Qué.), chap. 61.....	721
Expropriation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 117		Loi constitutionnelle de 1867.....	368
art. 2.....	533	préambule.....	721
art. 67.....	533	art. 9.....	441
<b>F</b>		art. 10.....	441
Fraudulent Conveyances Act, C.C.S.M., chap. F-160.....	2	art. 11.....	441
Fraudulent Conveyances Act, R.S.O. 1980, chap. 176.....	2	art. 12.....	441
		art. 13.....	441
		art. 14.....	441
		art. 15.....	441
		art. 55.....	721
		art. 57.....	721
		art. 90.....	721
		art. 91.....	295, 441

	PAGE		PAGE
art. 91(27) .....	106	art. 421 .....	861
art. 92 .....	295, 441, 721	art. 423 .....	861
art. 92A .....	721		
art. 93 .....	295, 721	Loi sur les cités et villes, L.R.Q. 1977, chap. C-19	
art. 95 .....	721	art. 70.2 (abr. par la Loi sur l'aménagement	
art. 133 .....	721	et l'urbanisme, 1979 (Qué.), chap. 51	
		art. 260) .....	861
Loi constitutionnelle de 1982		Loi du ministère des affaires sociales, 1970	
préambule .....	721	(Qué.), chap. 42	
art. 18(1) .....	721	art. 4 .....	831
art. 41a) .....	721	art. 5 .....	831
art. 43 .....	721	art. 8 .....	831
art. 52 .....	441, 613, 721		
art. 52(1) .....	177, 295	Loi modifiant la charte de la ville de Dorval,	
		1954-55 (Qué.), chap. 83	
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23		art. 1 (mod. par l'art. 4 de la Loi modifiant la	
art. 12 .....	106	charte de la cité de Dorval, 1956-57	
art. 13 .....	106	(Qué.), chap. 91) .....	861
art. 28 .....	721		
Loi de l'hygiène publique, S.R.Q. 1964, chap. 161		Loi modifiant la Loi sur l'application de l'article	
art. 42 .....	831	23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs,	
art. 46 .....	831	1982 (Man.), chap. 3	
art. 49 .....	831	art. 1 .....	721
art. 55 .....	831		
Loi de l'impôt sur la vente au détail, S.R.Q. 1964,		Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O.	
chap. 71		1980, chap. 152	
art. 30 .....	785	art. 8 .....	851
		art. 18(1) .....	851
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II		art. 18(5) .....	851
art. 2 .....	721	art. 18(6) .....	851
art. 14 .....	721	art. 19(1d) .....	851
art. 17 .....	721	art. 40(1) .....	851
art. 23 .....	721	art. 40(2) .....	851
		art. 45(1) .....	851
Lois des cités et villes, S.R.Q. 1941, chap. 233		art. 45(3) .....	851
art. 526 (rempl. par l'art. 1 de la Loi modi-			
fiant la charte de la ville de Dorval, 1954-		Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du	
55 (Qué.), chap. 83, et mod. par l'art. 4 de		Manitoba aux textes législatifs, 1980 (Man.),	
la Loi modifiant la charte de la cité de		chap. 3 .....	721
Dorval, 1956-57 (Qué.), chap. 91) .....	861		
Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193		Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.),	
art. 385 .....	861	chap. 52	
art. 388 .....	861	art. 2 .....	177
art. 390 .....	861	art. 3g) .....	177
art. 391 .....	861	art. 4 .....	177
art. 395 .....	861	art. 5(1) .....	177
art. 396 .....	861	art. 23 .....	177
art. 411 .....	861	art. 27 .....	177
		art. 32 .....	177
		art. 37 .....	177
		art. 45 à 48 .....	177

	PAGE		PAGE
art. 55.....	177	<b>M</b>	
art. 70.....	177		
art. 71.....	177		
art. 72.....	177	Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, mod. par 1975 (Ont.), chap. 43.....	83
Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18		Mineral Act, R.S.B.C. 1936, chap. 181	
art. 4.....	271	art. 17.....	533
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2		art. 23.....	533
art. 1.....	2	Mineral Act, R.S.B.C. 1960, chap. 244,	
art. 33 (mod. par 1981 (N.-B.) chap. 6).....	2	art. 12(1a).....	533
Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce, S.R.C. 1970, chap. F-13.....	533	Mineral Act, 1973 (C.-B.), chap. 52,	
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 <sup>e</sup> Supp.), chap. 10		art. 9.....	533
art. 18.....	177	Mineral Act, 1977 (C.-B.), chap. 54	
art. 28.....	177	art. 7.....	533
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19		art. 10.....	533
art. 55.....	721	art. 21.....	533
Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3		Mineral Land Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 260.....	533
art. 2.....	785	Mines Right-of-way Act, R.S.B.C. 1936, chap. 187	
art. 50(6).....	785	art. 3.....	533
art. 73.....	290	Mining Right of Way Act, R.S.B.C. 1979, chap. 266	
art. 95(1).....	849	art. 2.....	533
art. 107(1)h).....	785	Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, chap. 109	
art. 107(1)j).....	785	art. 14.....	533
Loi sur la preuve au Canada, 1980-81-82-83 (Can.), chap. 111, annexe III		art. 15.....	533
art. 36.1.....	177	art. 18(3).....	533
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13		Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, chap. 280	
art. 27(1).....	849	art. 26.....	533
art. 27(3).....	849	art. 29.....	533
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13		<b>O</b>	
art. 4.....	295	Ordonnance sur la protection de l'enfance, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3	
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8		art. 84.....	87
art. 11(1).....	851	art. 85.....	87
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 33.....	2	Ordonnance sur les relations familiales, O.R.T.N.-O. 1974, chap. D-9	
Lord's Day (Ontario) Act, R.S.O. 1980, chap. 253.....	295	art. 28(1).....	87
Lord's Day (Saskatchewan) Act, R.S.S. 1978, chap. L-34.....	295	art. 35(2).....	87
		art. 37.....	87
		art. 39.....	87

	PAGE		PAGE
<b>P</b>			
Park (Amendment) Act, 1973 (C.-B.), chap. 67		Règles de la Cour fédérale	
art. 3.....	533	art. 408.....	441
Park Act, R.S.B.C. 1979, chap. 309.....	533	art. 419(1)a.....	441
Park Act, 1965 (C.-B.), chap. 31		art. 421.....	441
art. 6.....	533	art. 469.....	441
art. 9.....	533	art. 470(1).....	2
art. 11.....	533	art. 1104.....	441
art. 18.....	533	art. 1723.....	441
Provincial Parks Act, R.S.B.C. 1936, chap. 211		Rules of Court (British Columbia)	
art. 2.....	533	art. 33.....	533
		Rules of Practice, R.R.O. 1980	
		R. 372.....	2
		R. 540.....	2
<b>Q</b>		<b>S</b>	
Queen's Bench Act, C.C.S.M., chap. C-280		Statut de Westminster de 1931, S.R.C. 1970, app.	
art. 59.....	2	II	
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, chap. Q-1		art. 7.....	441,721
art. 45(8).....	2	art. 7(1).....	295
Queen's Bench Rules, (Man.)		Sunday Fairs Act, 27 Hen. 6, chap. 5.....	295
R. 330(1).....	2	Supreme Court of Judicature (Consolidation)	
R. 526.....	2	Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, chap. 49	
R. 582.....	2	art. 45(1).....	2
Queen's Bench Rules, (Sask.)		Supreme Court Act, 1981, 1981 (U.K.), chap. 54	
R. 389.....	2	art. 37(3).....	2
		Supreme Court Rules, (Alb.)	
		R. 468.....	2
<b>R</b>		<b>W</b>	
Reciprocal Enforcement of Judgments Act,		Workers' Compensation Act, 1973 (Alb.),	
C.C.S.M., chap. J-20.....	2	chap. 87	
Règlement du Canada sur les normes du travail,		art. 78(4)a.....	785
C.R.C., chap. 986		art. 78(4)b.....	785
art. 30a).....	840		
art. 30b).....	840		
art. 30c)(i).....	840		
art. 30c)(ii).....	840		
Règlement sur les appareils et les salles d'amuse-			
ment, Règlement de la Ville de Montréal,			
n° 5156.....	368		

## AUTHORS CITED

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Aboaf, J. <i>L'état de nécessité et la responsabilité délictuelle</i> , Paris, L.G.D.J., 1942.....	248
Adler, Mortimer J. <i>Six Great Ideas</i> , New York, Macmillan Publishing Co., 1981.....	488
<i>American Jurisprudence</i> , 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.....	168
Andrews, John. "Reform in the Law of Corporate Liability," [1973] <i>Crim. L.R.</i> 91, 91-97.....	706
<i>Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases</i> , 41st ed., Stephen Mitchell, P.G. Richardson and J.H. Buzzard, eds., London, Sweet & Maxwell, 1982.....	706
<i>Australian Commentary on Halsbury's Laws of England</i> (4th ed.), vol. D, Sydney, Butterworths, 1976.....	688
Barron, J.A. "Sunday in North America" (1965), 79 <i>Harv. L. Rev.</i> 42, 42-54.....	330
Baudouin, J.L. <i>Les obligations</i> , Yvon Blais Inc., Montréal, 1983.....	264
Bickel, Alexander M. <i>The Least Dangerous Branch</i> , Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1962.....	469
Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979.....	541
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book 4 (Lewis ed.), Philadelphia, Rees Welsh & Co., 1900.....	317
Borchard, Edwin. <i>Declaratory Judgments</i> , 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.....	457, 480
Bower, George Spencer. <i>The Law Relating to Estoppel by Representation</i> , 3rd ed., by Sir Alexander K. Turner, London, Butterworths, 1977.....	66
Burns, Peter. "A Feature of Corporate Criminal Liability or Why the Brains of a Corporation Are Not Necessarily Its 'Intimate Friends'" (1977-78), 2 <i>Can. Bus. L.J.</i> 474, 474-476.....	709
Canada, Commission de réforme du droit. Document de travail n° 26, <i>Le traitement médical et le droit criminel</i> , Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1980.....	207
Canada, Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur l'Observance du dimanche</i> , Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services, 1978.....	335
Canada, Law Reform Commission. <i>Report on Sunday Observance</i> , Ottawa, Minister of Supply and Services, 1978.....	335
Canada, Law Reform Commission. Working Paper No. 26, <i>Medical Treatment and Criminal Law</i> , Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1980.....	206
Canada, Minister of Employment and Immigration. <i>The Refugee Status Determination Process</i> , Ottawa, 1981.....	219
Canada, Ministre de l'Emploi et de l'Immigration. <i>Reconnaissance du statut de réfugié</i> , Ottawa, 1981.....	219
Caroline, M.W. "Corporate Criminality and the Courts: Where are They Going?" (1985), 27 <i>C.L.Q.</i> 237, 237-254.....	707
Challies, George S. <i>The Law of Expropriation</i> , 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur Ltd., 1963.....	548

Clad, J.C. "The Criminal Liability of Companies," [1977] <i>N.Z.L.J.</i> 420, 420-424.....	690
Constantineau, A. <i>The De Facto Doctrine</i> , Toronto, Canada Law Book Co., 1910.....	755
Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> , Toronto, Carswells, 1981.....	160
Corbin, A. L. <i>Corbin on Contracts</i> , vol. 3, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1960.....	79
Côté, P.A. "Le règlement municipal indéterminé" (1973), 33 <i>R. du B. can.</i> 474.....	400
Cotler, Irwin. "Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion" in <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> , W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswells, 1982.....	333
Cross, R. <i>Cross on Evidence</i> , 5th ed., London, Butterworths, 1979.....	66
de Smith, S.A. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 4th ed., Harmondsworth, England, Penguin Books Ltd., 1981.....	486
Demers, C. <i>Traité de Droit civil du Québec</i> , t. 14, Montréal, Wilson & Lafleur, 1950.....	255
Dicey, A.V. <i>The Law of the Constitution</i> , 10th ed., London, MacMillan & Co. Ltd., 1959.....	750
Dobbs, Dan B. <i>Law of Remedies</i> , St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.....	160
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. 1, Québec, P.U.L., 1984.....	406
Dworkin, R. M. <i>Taking Rights Seriously</i> , London, Duckworth, 1977.....	489, 638
Eager, Samuel W. <i>The Declaratory Judgment Action</i> , Buffalo, N.Y., Dennis & Co., 1971.....	456
Ewaschuk, E.G. "Corporate Criminal Liability and Related Matters" (1975), 29 <i>C.R.N.S.</i> 44, 44-78.....	683
Faribault, L. <i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 7-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957.....	264
Fauteux, Gérald. <i>Le livre du magistrat</i> , Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1980...	43
Fien, C.M. "Corporate Responsibility Under Criminal Law" (1973), 5 <i>Man. L.J.</i> 421, 421-439.....	706
Finkelstein, Maurice. "Judicial Self-Limitation", 37 <i>Harv. L. Rev.</i> 338 (1924), 338-364.....	469
Finkelstein, Neil. "The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication" (1982), 4 <i>Supreme Court L. R.</i> 267, 267-286.....	333
Fisse, W.B. "The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability" (1967), 41 <i>A.L.J.</i> 203, 203-210.....	689
Fleming, J. G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed., Sydney, Law Book Company Ltd., 1983.....	159, 649
Ford, H.A.J. <i>Principles of Company Law</i> , 3rd ed., Sydney, Butterworths, 1982.....	690
Friedland, M.L. <i>Double Jeopardy</i> , Oxford, Clarendon Press, 1969.....	820
Furmston, M. P. <i>Cheshire and Fifoot's Law of Contracts</i> , 10th ed., London, Butterworths, 1981.....	63
Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice" in W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin (eds.), <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , Toronto, Carswells, 1982.....	207
Garant, Patrice. «Libertés fondamentales et justice naturelle», dans W. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin (éd.), <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.....	207
Gibson D. "Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 377.....	653
Gibson, D. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> , W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswells, 1982.....	315
Gibson, D. «La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin (éd.), <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982..	315

Gotlieb, A.E. "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," in <i>Canadian Perspectives on International Law and Organization</i> , eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.....	485
Guest, A. G. <i>Anson's Law of Contract</i> , 25th ed., Oxford, Clarendon Press, 1979.....	63
Haanappel, P.P.C. "Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle", (1978) 24 <i>McGill L.J.</i> 635.....	266
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 1st ed., vols. 8 and 9, London, Butterworths, 1909.....	676
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 2nd ed., vols. 8 and 9, London, Butterworths, 1933.....	676
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 3rd ed., vols. 9 and 10, London, Butterworths, 1954.....	677
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 3rd ed., vol. 21, London, Butterworths, 1957.....	23
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 9, London, Butterworths, 1974.....	79, 677, 684
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 14, London, Butterworths, 1975.....	684
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 16, London, Butterworths, 1976.....	66
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 18, London, Butterworths, 1977.....	28
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 24, London, Butterworths, 1979.....	15, 23
Henkin, Louis. "Is There a 'Political Question' Doctrine?" 85 <i>Yale L.R.</i> 597 (1976), 597-625.....	469
Hogg, Peter W. <i>Canada Act, 1982, Annotated</i> , Toronto, Carswells, 1982.....	315
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , Toronto, Carswells, 1977.....	357, 807
Honore, A.M. "Reflections on Revolutions" (1967), 2 <i>Irish Jurist</i> 268.....	756
Howard, Colin. <i>Criminal Law</i> , 4th ed., Sydney, Law Book Co., 1982.....	688
Jennings, W.I. <i>The Law and the Constitution</i> , 5th ed., London, University of London Press, 1959.....	749
Kerr, William W. <i>Kerr on Injunctions</i> , 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1927.....	23
Krishnaswami, Arcot. <i>Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices</i> , New York, United Nations, 1960.....	352
La Forest, Gerard J. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 19, 19-29.....	482
Larouche, Angers. "Droit des obligations" (1978), 9 <i>R.G.D.</i> 73.....	430
Laskin, Bora. <i>Canadian Constitutional Law</i> , 3rd ed., Toronto, Carswells, 1966.....	357
Laskin, Bora. "Freedom of Religion and the Lord's Day Act" (1964), 42 <i>Can. Bar Rev.</i> 147, 147-156.....	333
Leigh, L.H. "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups" (1971), 9 <i>U. Ott. L.R.</i> 247, 247-302.....	678, 683
Macdonald, R. St. J. "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in <i>Canadian Perspectives on International Law and Organization</i> , eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.....	484
Manning, Morris. <i>Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982</i> , Toronto, Emond-Montgomery, 1983.....	207
Marshall, G. "Justiciability," in <i>Oxford Essays in Jurisprudence</i> , ed. A.G. Guest, London, Oxford University Press, 1961.....	466
Maudsley R. and J. Martin. <i>Hanbury and Maudsley Modern Equity</i> , 11th ed., London, Stevens, 1981.....	66
Mayrand, A. "L'abus des droits en France et au Québec", (1974) 9 <i>R.J.T.</i> 321.....	266
Mazeaud, H. & L. et A. Tunc. <i>Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle</i> , 6 <sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965.....	249
McAllister, Debra M. "Mareva Injunctions", 28 <i>C.P.C.</i> , 1.....	29



McGregor, Harvey. <i>McGregor on Damages</i> , 14th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1980.....	285
Mignault, P.B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 1, Montréal, Whiteford & Théoret, 1895.....	259
Mignault, P.B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 5, Montréal, Théoret, 1901.....	263
Mignault, P.B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916.....	255, 436
Morel, A. <i>L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause</i> , Thémis, 1955.....	257
Muir, I.A. "Tesco Supermarkets Corporate Liability and Fault" (1973), 5 <i>N.Z.V.L.R.</i> 357, 357-372.....	690
Nadeau, A. et R. Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 1971.....	266
Nichols, Philip. <i>The Law of Eminent Domain</i> , vol. 4, revised 3rd ed. by Julius L. Sackman, New York, Matthew Bender, 1973.....	557
<i>Ogders' Construction of Deeds and Statutes</i> , 5th ed. by G. Dworkin, London, Sweet & Maxwell, 1967.....	737
Ontario, Ontario Law Reform Commission. <i>Report on Sunday Observance Legislation</i> , Toronto, Department of Justice, 1970.....	335
Pallard, R. <i>L'exception de nécessité en droit civil</i> , Paris, L.G.D.J., 1949.....	249
Pépin, Gilles et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.....	400
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> , Québec, Éditeur officiel, réimpression 1978.....	406
Pound, Roscoe. <i>Jurisprudence</i> , vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959.....	489
Pue, W. Wesley. <i>Natural Justice in Canada</i> , Vancouver, Butterworths (Western Canada), 1981.....	200
Rawls, John. <i>A Theory of Justice</i> , Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.....	489
Raz, J. <i>The Authority of Law</i> , Oxford, Clarendon Press, 1979.....	750
Redish, Martin H. "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function," 94 <i>Yale L.J.</i> 71 (1984), 71-115.....	472
Reid, Hubert et Denis Ferland. <i>Code de procédure civile annoté du Québec</i> , vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1979.....	434
Reid, Hubert et Denis Ferland. <i>Code de procédure civile annoté du Québec</i> , vol. 4, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983.....	434
<i>Restatement of the Law of Contracts</i> (2d), St. Paul, Minn., American Law Institute, 1932.....	79
Ripert, G. <i>Droit maritime</i> , 4 <sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Rousseau et Cie, 1953.....	252
Rodière, R. <i>Droit maritime</i> , 8 <sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979.....	254
Rodière, R. <i>Traité général de droit maritime</i> , t. 4, Paris, Dalloz, 1972.....	254
Rogers, Brian M. and George W. Hately. "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	29
Rogers, Ian M. <i>The Law of Canadian Municipal Corporations</i> , vol. 1, 2nd ed., Toronto, Carswells, 1971.....	404
Rousseau, G. "Le recours en cassation dans le contentieux municipal" (1980), 21 <i>C. de D.</i> 715.....	866
Sarna, Lazar. <i>The Law of Declaratory Judgments</i> , Toronto, Carswells, 1978.....	457
Savatier, R. «L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle» dans <i>Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant</i> , Paris, Dalloz, 1939.....	247
Savatier, R. «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables» dans <i>Mélanges offerts à Marcel Waline</i> , t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974.....	267
Savatier, R. <i>Traité de la responsabilité civile en droit français</i> , 2 <sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1951.....	247
Scharpf, Fritz W. "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," 75 <i>Yale L.J.</i> 517 (1966), 517-597.....	211, 469
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , Toronto, Canada Law Book Ltd., 1983.....	12, 457

<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , Oxford, Clarendon Press, 1959.....	692
Stavsky, M.M. "The Doctrine of State Necessity in Pakistan" (1983), 16 <i>Cornell Int. L.J.</i> 341. ....	758
Stevens, Robert. "Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined," [1964] <i>Public Law</i> 221, 221-255.....	466
Stockwood, David. "'Mareva' Injunction" (1981-82), 3 <i>Advocates' Q.</i> 85.....	29
Stroud's Judicial Dictionary, vol. 4, 4th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1974.....	540
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> , Toronto, Carswells, 1982.....	586, 706
Summers, Robert S. "Justiciability" (1963), 26 <i>M.L.R.</i> 530, 530-538.....	466
Tancelin, M. <i>Jurisprudence sur les obligations</i> , t. 3, 2 <sup>e</sup> éd., Québec, P.U.L., 1981.....	430
Tancelin, M. <i>Des obligations, contrat et responsabilité</i> , Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984. ....	266, 430
Tarnopolsky, Walter. <i>The Canadian Bill of Rights</i> , 2nd ed., Toronto, McClelland & Stewart, 1975. ....	207
Taschereau, R. <i>Théorie du cas fortuit et de la force majeure dans les obligations</i> , Montréal, Théoret, 1901.....	261
Tigar, Michael E. "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations," 17 <i>U.C.L.A. L.R.</i> 1135 (1970), 1135-1179.....	469
Todd, Eric C.E. "The Mystique of Injurious Affection in the Law of Expropriation" (1967), <i>U.B.C.L. Rev.—C. de D.</i> (Centennial Edition) 125, 125-69.....	548
Todd, Eric C.E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , Toronto, Carswells 1976.....	547
Tribe, Lawrence H. <i>American Constitutional Law</i> , Mineola, New York, Foundation Press, Inc., 1978. ....	340
Waddams, S. M. "Alter Ego and the Criminal Liability of Corporations" (1966), 24 <i>U.T. Fac. L.R.</i> 145, 145-153.....	706
Waddams, S. M. <i>The Law of Contract</i> , Toronto, Canada Law Book, 1977.....	63
Wade, E.C.S. and G.G. Phillips. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 9th ed., by A.W. Bradley, London, Longman, 1977. ....	749
Walker, D.M. <i>The Oxford Companion to Law</i> , Oxford, Clarendon Press, 1980.....	310
Wechsler, Herbert. Book Review, 75 <i>Yale L.J.</i> 672 (1966).....	469
Wechsler, Herbert. <i>Principles, Politics, and Fundamental Law</i> , Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961.....	469
Welsh, R.S. "The Criminal Liability of Corporations" (1946), 62 <i>L.Q.R.</i> 345, 345-365.....	706
Weston, Melville. "Political Questions," 38 <i>Harv. L. Rev.</i> 296 (1925), 296-333. ....	466
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961.....	585
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , London, Stevens & Sons, 1978.....	685
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed., London, Stevens & Sons, 1983.....	706
Williston, Samuel. <i>Williston on Contracts</i> , 3rd ed., Mount Kisco, N.Y., Baker, Voorhis & Co., Inc., 1957.....	79
Winn, C.R.N. "The Criminal Responsibility of Corporations" (1929), 3 <i>Camb. L.J.</i> 398, 398-415. ....	682
Yarosky, Harvey. "The Criminal Liability of Corporations" (1964), 10 <i>McGill L.J.</i> 142, 142-157.....	707
Zamir, J. <i>The Declaratory Judgment</i> , London, Stevens & Sons Ltd., 1962.....	482



**Nicholas Staranchuk** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 17931.

1985: May 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of rights — Self-incrimination — Bankruptcy offences — False statements under oath — Statements under oath admissible to prove perjury — Section 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms not applied.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [1983] 6 W.W.R. 729, 8 C.C.C. (3d) 150, 6 C.R.R. 254, 48 C.B.R. (N.S.) 6, 28 Sask. R. 45, reversing a decision of Grotsky J., [1983] 2 W.W.R. 145, 3 C.C.C. (3d) 138, 4 C.R.R. 243, 45 C.B.R. (N.S.) 200, granting accused's application to prevent incriminating documents being entered as exhibits at trial. Appeal dismissed.

*Drew S. Plaxton*, for the appellant.

*Barry D. Collins, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Collins. We agree with the following passage from the reasons of the Court of Appeal of Saskatchewan:

We believe that a distinction must be drawn between those occasions where a person in the course of providing evidence under oath is required, when answering truthfully, to disclose the commission by him, previously, of an offence (in which event, generally speaking, that evidence cannot subsequently be used against him) and those occasions where a person makes false statements, while under oath, as a result of which he is charged with giving false evidence. In the latter case the very essence of the offence, and its *actus reus*, is the

**Nicholas Staranchuk** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 17931.

1985: 3 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Témoignage incriminant — Infractions en matière de faillite — Fausses déclarations sous serment — Déclarations sous serment admissibles pour prouver le parjure — L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés n'a pas d'application.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1983] 6 W.W.R. 729, 8 C.C.C. (3d) 150, 6 C.R.R. 254, 48 C.B.R. (N.S.) 6, 28 Sask. R. 45, qui a infirmé une décision du juge Grotsky, [1983] 2 W.W.R. 145, 3 C.C.C. (3d) 138, 4 C.R.R. 243, 45 C.B.R. (N.S.) 200, qui avait accueilli la demande de l'accusé visant à empêcher la production de documents incriminants comme pièces au procès. Pourvoi rejeté.

*Drew S. Plaxton*, pour l'appellant.

*Barry D. Collins, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Collins. Nous sommes d'accord avec le passage suivant des motifs de la Cour d'appel de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] Nous croyons qu'il faut faire la distinction entre le cas où une personne est tenue, en répondant véridiquement au cours de son témoignage sous serment, de révéler la perpétration antérieure d'une infraction (le cas échéant, ce témoignage ne peut généralement pas, par la suite, être utilisé contre elle), et le cas où une personne fait, sous serment, de fausses déclarations par suite desquelles elle est accusée d'avoir rendu un faux témoignage. Dans ce dernier cas, l'essence même de l'infraction et son *actus reus* est le fait

giving of the false testimony. In this case the Crown sought to place the two exhibits into evidence to prove the *actus reus* of the offences charged and, if that evidence was otherwise admissible, it ought to have been received.

The appeal is accordingly dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Drew S. Plaxton, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.*

de rendre un faux témoignage. En l'espèce, la poursuite a cherché à soumettre en preuve les deux pièces à conviction afin d'établir l'*actus reus* des infractions reprochées et, si ces éléments de preuve avaient été par ailleurs admissibles, ils auraient dû être admis.

Le pourvoi est donc rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Drew S. Plaxton, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.*

Operation Dismantle Inc., Canadian Union of Public Employees, Canadian Union of Postal Workers, National Union of Provincial Government Employees, Ontario Federation of Labour, Arts for Peace, Canadian Peace Research and Education Association, World Federalists of Canada, Alberni Valley Coalition for Nuclear Disarmament, Comox Valley Nuclear Responsibility Society, Cranbrook Citizens for Nuclear Disarmament, Peace Education Network, Windsor Coalition for Disarmament, Union of Spiritual Communities of Christ Committee for World Disarmament and Peace, Against Cruise Testing Coalition, B.C. Voice of Women, National Action Committee on the Status of Women, Carman Nuclear Disarmament Committee, Project Survival, Denman Island Peace Group, Thunder Bay Coalition for Peace and Nuclear Disarmament, Muskoka Peace Group, Global Citizens' Association, Physicians for Social Responsibility (Montreal Branch)

*Appellants;*

and

Her Majesty The Queen, The Right Honourable Prime Minister, the Attorney General of Canada, the Secretary of State for External Affairs, the Minister of Defence  
*Respondents.*

File No.: 18154.

1984: February 14, 15; 1985: May 9.

Present: Ritchie\*, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Right to life, liberty and security of person — U.S. cruise missile testing in Canada — Testing alleged to increase risk of nuclear war in violation of that right — Motion to strike out — Whether or not facts as alleged in violation of Charter — Canadian*

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

Operation Dismantle Inc., Syndicat canadien de la Fonction publique, Syndicat des postiers du Canada, Syndicat national de la Fonction publique provinciale, Fédération du travail de l'Ontario, Arts for Peace, Association canadienne d'éducation et de recherche pour la paix, Mouvement canadien pour une fédération mondiale, Alberni Valley Coalition for Nuclear Disarmament, Comox Valley Nuclear Responsibility Society, Cranbrook Citizens for Nuclear Disarmament, Peace Education Network, Windsor Coalition for Disarmament, Union of Spiritual Communities of Christ Committee for World Disarmament and Peace, Against Cruise Testing Coalition, La Voix des femmes (C.-B.), Comité national d'action sur le statut de la femme, Carman Nuclear Disarmament Committee, Project Survival, Denman Island Peace Group, Thunder Bay Coalition for Peace and Nuclear Disarmament, Muskoka Peace Group, Global Citizens' Association, Association des médecins pour la responsabilité sociale (section de Montréal)  
*Appellants;*

et

Sa Majesté La Reine, le très honorable Premier ministre, le procureur général du Canada, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le ministre de la Défense  
*Intimés.*

*g*

N° du greffe: 18154.

1984: 14, 15 février; 1985: 9 mai.

Présents: Les juges Ritchie\*, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Essais du missile de croisière américain au Canada — Allégation que les essais accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de ce droit — Requête en radiation — Les faits allégués constituent-*

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

*Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1), 32(1)(a)* — *Constitution Act, 1982, s. 52(1)*.

*Jurisdiction — Judicial review — Cabinet decision relating to national defence and external affairs — Whether or not decision reviewable by courts.*

*Practice — Motion to strike — U.S. cruise missile tests alleged to increase risk of nuclear war in violation of s. 7 of Charter — Whether or not statement of claim should be struck out — Whether or not statement of claim can be amended before statement of defence filed — Federal Court Rules, Rules 419(1), 421, 1104, 1723.*

This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal which allowed respondents' appeal from a judgment dismissing their motion to strike out the appellants' statement of claim.

Appellants alleged that a decision made by the Government of Canada to allow the United States to test cruise missiles in Canada violated s. 7 of the *Charter*. The development of the cruise missile, it was argued, heightened the risk of nuclear war and the increased American military presence and interest in Canada as a result of the testing allegedly made Canada more likely to be a target for nuclear attack. Declaratory relief, an injunction and damages were sought.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The appellants' statement of claim should be struck out and their cause of action dismissed. The statement of claim does not disclose facts which, if taken as true, would prove that the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise missile in Canada could cause a violation or a threat of violation of their rights under s. 7 of the *Charter*.

The principal allegation of the statement of claim is that the testing of the cruise missile in Canada poses a threat to the lives and security of Canadians by increasing the risk of nuclear conflict and thereby violates the right to life, liberty and security of the person. This alleged violation of s. 7 turns upon an actual increase in the risk of nuclear war resulting from the federal cabinet's decision to permit the testing. This allegation is premised upon assumptions and hypotheses about how independent and sovereign nations, operating in an international arena of uncertainty and change, will react to the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise. Since the foreign policy decisions of independent nations are not capable of prediction on the

*ils une violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1), 32(1)a) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).*

*Compétence — Contrôle judiciaire — Décision du cabinet concernant la défense nationale et les affaires extérieures — Les tribunaux peuvent-ils contrôler une telle décision?*

*Pratique — Requête en radiation — Allégation que les essais du missile de croisière américain accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de l'art. 7 de la Charte — La déclaration doit-elle être radiée? — La déclaration peut-elle être modifiée avant la production de la défense? — Règles de la Cour fédérale, règles 419(1), 421, 1104, 1723.*

Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement rejetant leur requête en radiation de la déclaration des appelants.

Les appelants allèguent que la décision du gouvernement du Canada d'autoriser les États-Unis à procéder aux essais des missiles de croisière au Canada viole l'art. 7 de la *Charte*. La mise au point du missile de croisière, soutient-on, augmente le danger de guerre nucléaire et la présence militaire et les intérêts américains se trouvant accrues au Canada par suite des essais, cela augmentera la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire. Un jugement déclaratoire, une injonction et des dommages-intérêts sont demandés.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: La déclaration des appelants est radiée et leur cause d'action est rejetée. La déclaration n'articule pas des faits qui, s'ils étaient exacts, démontreraient que la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croisière au Canada pourrait porter atteinte ou menacer de porter atteinte aux droits que leur confère l'art. 7 de la *Charte*.

Dans la déclaration, il est allégué principalement que les essais du missile de croisière au Canada constituent une menace pour la vie et la sécurité des Canadiens parce qu'ils accroissent le danger de conflit nucléaire et que, par conséquent, ils violent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La prétendue violation de l'art. 7 suppose un accroissement réel du danger de guerre nucléaire résultant de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais. Cette allégation repose sur des suppositions et des hypothèses concernant la manière dont des pays indépendants et souverains, agissant dans un climat international d'incertitude et de changement, réagiront face à la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croi-

basis of evidence to any degree of certainty approaching probability, the nature of the reaction to the federal cabinet's decision to permit the testing can only be a matter of speculation. The appellants could never prove the causal link between the decision to permit the testing and the increase in the threat of nuclear conflict.

Cabinet decisions are reviewable by the courts under s. 32(1)(a) of the *Charter* and the executive branch of the Canadian government bears a general duty to act in accordance with the dictates of the *Charter*. The decision to permit the testing of the cruise missile cannot be considered contrary to the duties of the executive since the possible effects of this government action are matters of mere speculation. Section 7 could only give rise to a duty on the part of the executive to refrain from permitting the testing if it could be said that a deprivation of life or security of the person could be proven to result from the impugned government act.

*Per Wilson J.:* The government's decision to allow the testing of the U.S. cruise missile in Canada, even although an exercise of the royal prerogative, was reviewable by the courts under s. 32(1)(a) of the *Charter*. It was not insulated from review because it was a "political question" since the Court had a constitutional obligation under s. 24 of the *Charter* to decide whether any particular act of the executive violated or threatened to violate any right of the citizen.

On a motion to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action, the court must take the allegations of fact therein as proved. If such allegations raise a justiciable issue the court cannot abdicate its responsibility for review on the basis of anticipated problems of proof.

This statement of claim was struck, notwithstanding the general hesitancy of the courts to strike, because the facts disclosed no reasonable cause of action (1) under s. 24(1) of the *Charter*, (2) under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or (3) under the common law power to grant declaratory relief. To succeed in their claim for relief under s. 24 of the *Charter* the plaintiffs would have to establish a violation or threat of violation of their right under s. 7 of the *Charter*. To obtain a declaration of unconstitutionality under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the plaintiffs would have to show that the government's decision to test the cruise missile in Canada was inconsistent with their right

sière. Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature des réactions face à la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais ne peut être que conjecturale. Les appelants ne pourraient jamais établir le lien de causalité entre la décision d'autoriser les essais et l'accroissement de la menace de conflit nucléaire.

Les décisions du cabinet sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et l'exécutif du gouvernement canadien a l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*. La décision d'autoriser les essais du missile de croisière ne peut pas être considérée comme contraire aux obligations du pouvoir exécutif puisque les effets possibles de cette mesure gouvernementale sont purement conjecturaux. L'article 7 n'aurait pu imposer au pouvoir exécutif l'obligation de s'abstenir d'autoriser les essais que si l'on avait pu dire qu'il était possible de prouver qu'une atteinte à la vie ou à la sécurité de la personne pouvait résulter de l'action gouvernementale attaquée.

*Le juge Wilson:* La décision gouvernementale d'autoriser les essais du missile de croisière américain au Canada, même s'il s'agit d'un exercice de la prérogative royale, est assujettie au contrôle judiciaire en vertu de l'al. 32(1)a) de la *Charte*. Elle n'échappe pas au contrôle du fait qu'il s'agit d'une «question politique» puisque la Cour a l'obligation constitutionnelle, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, de décider si un acte particulier quelconque du pouvoir exécutif viole ou menace de violer quelque droit du citoyen.

Lorsqu'elle est saisie d'une requête en radiation d'une déclaration pour le motif que cette dernière ne divulgue aucune cause raisonnable d'action, la cour doit considérer comme prouvées les allégations de fait y contenues. Si ces allégations soulèvent une question qui relève de la cour, celle-ci ne peut abdiquer sa responsabilité de contrôle parce qu'elle anticipe des problèmes de preuve.

La déclaration est radiée, bien qu'en règle générale les tribunaux hésitent à le faire, pour le motif que les faits ne révèlent aucune cause raisonnable d'action fondée (1) sur le par. 24(1) de la *Charte*, (2) sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ou (3) sur le pouvoir de *common law* d'accorder un jugement déclaratoire. Pour avoir droit à une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, les demandeurs doivent établir qu'il y a violation ou menace de violation du droit que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les demandeurs doivent démontrer que la décision gouvernementale de procéder aux essais du



under s. 7. To obtain declaratory relief at common law, they would have to establish a violation or threatened violation of their right under s. 7.

The government's decision to test the cruise missile in Canada does not give rise to a violation or threatened violation of the plaintiffs' right under s. 7. Even an independent, substantive right to life, liberty and security of the person cannot be absolute. It must take account of the corresponding rights of others and of the right of the state to protect the collectivity as well as the individual against external threats. The central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. It does not extend to incidental effects of governmental action in the field of inter-state relations.

There is at the very least a strong presumption that governmental action concerning the relation of the state with other states, and not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may incidentally increase the risk of death or injury that individuals generally have to face.

Section 1 of the *Charter* was not called into operation here given the finding that the facts as alleged could not constitute a violation of s. 7.

Since the application to amend the statement of claim was filed after the Crown instituted its appeal, the application was made "during the pendency of an appeal" to which the Rules of the Federal Court of Appeal applied. Appellants' right under Rule 421 had therefore expired and their only recourse was to proceed under Rule 1104.

#### Cases Cited

*Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, affirming [1962] 2 All E.R. 314; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771, considered; *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Leyland*

missile de croisière au Canada est incompatible avec le droit que leur confère l'art. 7. Pour obtenir un jugement déclaratoire en *common law*, ils doivent établir qu'il y a violation ou menace de violation du droit que leur confère l'art. 7.

La décision gouvernementale de procéder aux essais du missile de croisière au Canada ne viole ni ne menace de violer le droit que garantit aux demandeurs l'art. 7. Même un droit fondamental et indépendant à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut être absolu. Il doit prendre en compte les droits correspondants d'autrui ainsi que le droit de l'État de protéger la collectivité aussi bien que l'individu contre des menaces extérieures. L'article vise principalement l'atteinte gouvernementale directe à la vie, à la liberté et à la sécurité personnelle des citoyens. Il ne s'étend pas aux effets incidents de l'action gouvernementale dans le domaine des relations entre États.

Il y a, à tout le moins, une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale concernant les relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7, même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général.

L'article 1 de la *Charte* ne joue pas en l'espèce étant donné la conclusion que les faits allégués ne peuvent constituer une violation de l'art. 7.

Comme la demande de modification de la déclaration a été produite après que la Couronne eut formé son appel, la requête a été formulée «pendant qu'un appel ... est en cours», de sorte que les règles de la Cour d'appel fédérale s'appliquaient. Le droit que la règle 421 conférerait aux appelants devenait donc caduc et leur seul recours était d'agir sur le fondement de la règle 1104.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142, confirmant [1962] 2 All E.R. 314; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771; arrêts mentionnés: *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686; *Alphacell Ltd. v. Woodward*,

*Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221; *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(a).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 24(1), 32(1)(a),(b).  
*Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 91, 92.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Federal Court Rules*, ss. 408, 419(1)(a), 421, 469, 1104, 1723.  
*Statute of Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, c. 4 (R.S.C. 1970, App. II, No. 26), s. 7.

#### Authors Cited

Adler, Mortimer J. *Six Great Ideas*, New York, Macmillan Publishing Co., 1981.  
 Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1962.  
 Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.  
 de Smith, S.A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed., Harmondsworth, England, Penguin Books Ltd., 1981.  
 Dworkin, Ronald Myles. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.  
 Eager, Samuel W. *The Declaratory Judgment Action*, Buffalo, N.Y., Dennis & Co., 1971.  
 Finkelstein, Maurice. "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), 338-364.  
 Gotlieb, A.E. "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.

[1972] 2 All E.R. 475; *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094; *Dowson c. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221; *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 24(1), 32(1)(a), b).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 91, 92.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 2.  
*Règles de la Cour fédérale*, art. 408, 419(1)a), 421, 469, 1104, 1723.  
*Statut de Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, chap. 4 (S.R.C. 1970, app. II, n° 26), art. 7.

#### Doctrine citée

Adler, Mortimer J. *Six Great Ideas*, New York, Macmillan Publishing Co., 1981.  
 Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1962.  
 Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1941.  
 de Smith, S.A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed., Harmondsworth, England, Penguin Books Ltd., 1981.  
 Dworkin, Ronald Myles. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.  
 Eager, Samuel W. *The Declaratory Judgment Action*, Buffalo, N.Y., Dennis & Co., 1971.  
 Finkelstein, Maurice. "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), 338-364.  
 Gotlieb, A.E. "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.

- Henkin, Louis. "Is There a 'Political Question' Doctrine?" 85 *Yale L.R.* 597 (1976), 597-625.
- La Forest, Gerard J. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 19, 19-29.
- Macdonald, R. St. J. "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- Marshall, G. "Justiciability," in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest, London, Oxford University Press, 1961.
- Pound, Roscoe. *Jurisprudence*, vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Redish, Martin H. "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function," 94 *Yale L.J.* 71 (1984), 71-115.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, Toronto, Carswell Co., 1978.
- Scharpf, Fritz W. "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," 75 *Yale L.J.* 517 (1966), 517-597.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Ltd., 1983.
- Stevens, Robert. "Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined," [1964] *Public Law* 221, 221-255.
- Summers, Robert S. "Justiciability" (1963), 26 *M.L.R.* 530, 530-538.
- Tigar, Michael E. "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations," 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), 1135-1179.
- Wechsler, Herbert. Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966).
- Wechsler, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961.
- Weston, Melville. "Political Questions," 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), 296-333.
- Zamir, J. *The Declaratory Judgment*, London, Stevens & Sons Ltd., 1962.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 745, 49 N.R. 363, allowing an appeal from a judgment of Cattnach J., [1983] 1 F.C. 429, dismissing a motion to strike out. Appeal dismissed.
- Gordon F. Henderson, Q.C., Lawrence Greenspon and Emilio Binavince*, for the appellants.
- W. I. C. Binnie, Q.C., and Graham R. Garton*, for the respondents.
- Henkin, Louis. «Is There a 'Political Question' Doctrine?» 85 *Yale L.R.* 597 (1976), 597-625.
- La Forest, Gerard J. «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview» (1983), 61 *R. du B. can.* 19, 19-29.
- <sup>a</sup> Macdonald, R. St. J. «The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada,» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, eds. R. St. J. Macdonald, Gerald L. Morris and Douglas M. Johnston, Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- <sup>b</sup> Marshall, G. «Justiciability,» in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest, London, Oxford University Press, 1961.
- <sup>c</sup> Pound, Roscoe. *Jurisprudence*, vol. 4, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959.
- <sup>c</sup> Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Redish, Martin H. «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function,» 94 *Yale L.J.* 71 (1984), 71-115.
- <sup>d</sup> Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, Toronto, Carswell Co., 1978.
- Scharpf, Fritz W. «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis,» 75 *Yale L.J.* 517 (1966), 517-597.
- <sup>e</sup> Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Ltd., 1983.
- Stevens, Robert. «Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined,» [1964] *Public Law* 221, 221-255.
- <sup>f</sup> Summers, Robert S. «Justiciability» (1963), 26 *M.L.R.* 530, 530-538.
- Tigar, Michael E. «Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations,» 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), 1135-1179.
- Wechsler, Herbert. Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966).
- <sup>g</sup> Wechsler, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961.
- Weston, Melville. «Political Questions,» 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), 296-333.
- <sup>h</sup> Zamir, J. *The Declaratory Judgment*, London, Stevens & Sons Ltd., 1962.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 1 C.F. 745, 49 N.R. 363, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Cattnach, [1983] 1 C.F. 429, qui avait rejeté une requête en radiation. Pourvoi rejeté.
- Gordon F. Henderson, c.r., Lawrence Greenspon et Emilio Binavince*, pour les appelants.
- <sup>j</sup> *W. I. C. Binnie, c.r., et Graham R. Garton*, pour les intimés.

The judgment of Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

DICKSON J.—This case arises out of the appellants' challenge under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the decision of the federal cabinet to permit the testing of the cruise missile by the United States of America in Canadian territory. The issue that must be addressed is whether the appellants' statement of claim should be struck out, before trial, as disclosing no reasonable cause of action. In their statement of claim, the appellants seek: (i) a declaration that the decision to permit the testing of the cruise missile is unconstitutional; (ii) injunctive relief to prohibit the testing; and (iii) damages. Cattanach J. of the Federal Court, Trial Division, refused the respondents' motion to strike. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the respondents' appeal, struck out the statement of claim and dismissed the appellants' action.

The facts and procedural history of this case are fully set out and discussed in the reasons for judgment of Madame Justice Wilson. I agree with Madame Justice Wilson that the appellants' statement of claim should be struck out and this appeal dismissed. I have reached this conclusion, however, on the basis of reasons which differ somewhat from those of Madame Justice Wilson.

In my opinion, if the appellants are to be entitled to proceed to trial, their statement of claim must disclose facts, which, if taken as true, would show that the action of the Canadian government could cause an infringement of their rights under s. 7 of the *Charter*. I have concluded that the causal link between the actions of the Canadian government, and the alleged violation of appellants' rights under the *Charter* is simply too uncertain, speculative and hypothetical to sustain a cause of action. Thus, although decisions of the federal cabinet are reviewable by the courts under the *Charter*, and the government bears a general

<sup>a</sup> LE JUGE DICKSON—Ce litige résulte de la contestation par les appelants, en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les États-Unis d'Amérique à procéder à des essais du missile de croisière sur le territoire canadien. La question dont nous sommes saisis est de savoir si la déclaration des appelants devrait être radiée, avant l'audition au fond, parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Dans leur déclaration, les appelants concluent: (i) à un jugement qui déclarerait inconstitutionnelle la décision d'autoriser les essais du missile de croisière; (ii) à une injonction qui interdirait les essais; et (iii) à des dommages-intérêts. Le juge Cattanach de la Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté la requête en radiation des intimés. La Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a accueilli l'appel interjeté par les intimés, a radié la déclaration et a rejeté l'action des appelants.

<sup>f</sup> Les faits et le déroulement de la procédure suivie dans cette affaire sont exposés en détail dans les motifs de madame le juge Wilson. Je conviens avec le juge Wilson que la déclaration des appelants devrait être radiée et le pourvoi rejeté. Je suis arrivé à cette conclusion toutefois pour des motifs différents de ceux du juge Wilson.

<sup>h</sup> À mon avis, pour que les appelants aient droit à une audition au fond, leur déclaration doit articuler des faits qui, s'ils étaient exacts, montreraient que l'action du gouvernement canadien pourrait porter atteinte aux droits que leur confère l'art. 7 de la *Charte*. J'en suis venu à la conclusion que le lien causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la *Charte* est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action. Ainsi, quoique les décisions du cabinet fédéral soient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* et que le

duty to act in accordance with the *Charter's* dictates, no duty is imposed on the Canadian government by s. 7 of the *Charter* to refrain from permitting the testing of the cruise missile.

I

### The Appellants' Statement of Claim

The relevant portion of the appellants' statement of claim is found in paragraph 7 thereof. The deprivation of s. 7 *Charter* rights alleged by the appellants and the facts they advance to support this deprivation are described as follows:

7. The plaintiffs state and the fact is that the testing of the cruise missile in Canada is a violation of the collective rights of the Plaintiffs and their members and all Canadians, specifically their right to security of the person and life in that:

- (a) the size and eventual dispersion of the air-launched cruise missile is such that the missile cannot be detected by surveillance satellites, thus making verification of the extent of this nuclear weapons system impossible;
- (b) with the impossibility of verification, the future of nuclear weapons' control and limitation agreements is completely undermined as any such agreements become practically unenforceable;
- (c) the testing of the air-launched cruise missiles would result in an increased American military presence and interest in Canada which would result in making Canada more likely to be the target of a nuclear attack;
- (d) as the cruise missile cannot be detected until approximately eight minutes before it reaches its target, a "Launch on Warning" system would be necessary in order to respond to the cruise missile thereby eliminating effective human discretion and increasing the likelihood of either a pre-emptive strike or an accidental firing, or both;
- (e) the cruise missile is a military weapon, the development of which will have the effect of a needless and dangerous escalation of the nuclear arms race, thus endangering the security and lives of all people.

Section 7 of the *Charter* provides in English:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

gouvernement ait l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*, l'art. 7 de la *Charte* ne lui impose aucune obligation de ne pas autoriser les essais du missile de croisière.

a

I

### La déclaration des appelants

Le paragraphe 7 de la déclaration des appelants en constitue la partie pertinente. L'atteinte aux droits visés à l'art. 7 de la *Charte* qu'allèguent les appelants et les faits qu'ils avancent à l'appui de celle-ci y sont décrits comme suit:

- [TRADUCTION] 7. Les demandeurs affirment, et considèrent comme fait avéré, que les essais de missiles de croisière au Canada portent atteinte aux droits collectifs des demandeurs et de leurs membres, et à ceux de tous les Canadiens, notamment à leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, parce que:
  - a) les dimensions des missiles de croisière air-sol et leur dissémination les rendront virtuellement indétectables par les satellites de surveillance et la vérification de l'importance de ce système d'armes nucléaires deviendra donc impossible;
  - b) la vérification étant impossible, l'avenir des accords de limitation et de contrôle des armements nucléaires se trouve gravement compromis puisque ces accords deviendront pratiquement inapplicables;
  - c) les essais de missiles de croisière air-sol augmenteront la présence militaire américaine et ses intérêts au Canada, et accroîtront donc la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire;
  - d) comme il est impossible de détecter le missile de croisière avant qu'il soit à environ huit minutes de son objectif, il sera nécessaire d'établir un système de «lancement sur alerte» pour y riposter, ce qui supprime toute intervention humaine réelle et accroît les dangers d'attaques préemptives et de lancements accidentels;
  - e) le missile de croisière est une arme militaire dont la mise au point constitue une escalade inutile et dangereuse de la course aux armements nucléaires; il met ainsi en danger la sécurité et la vie de tous.

L'article 7 de la *Charte* dispose, en anglais:

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.

and in French:

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.

Before turning to an examination of the appellants' allegations concerning the results of the decision to permit testing and its consequences on their rights under s. 7, I think it would be useful to examine the principles governing the striking out of a statement of claim and dismissal of a cause of action.

(a) Striking Out a Statement of Claim

The respondents, by a motion pursuant to Rule 419(1)(a) of the *Federal Court Rules*, moved for an order to strike out the appellants' statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. Rule 419(1)(a) reads as follows:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be, . . .

The most recent and authoritative statement of the principle applicable to determine when a statement of claim may be struck out is that of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.)

Madame Justice Wilson in her reasons in the present case [at p. 486] summarized the relevant principles as follows:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the

except in accordance with the principles of fundamental justice.

et en français:

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.

Avant d'examiner les allégations des appelants concernant les résultats de la décision d'autoriser les essais, et ses conséquences sur leurs droits en vertu de l'art. 7, je pense qu'il serait utile d'examiner les principes régissant la radiation d'une déclaration et le rejet d'une cause d'action.

a) La radiation d'une déclaration

Par requête fondée sur la règle 419(1)a) des *Règles de la Cour fédérale*, les intimés ont demandé une ordonnance qui aurait pour effet de radier la déclaration des appelants parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Voici le texte de la règle 419(1)a):

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas . . .

On trouve l'énoncé le plus récent faisant autorité du principe applicable pour déterminer si une déclaration peut être radiée dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.)

Dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce, madame le juge Wilson résume ainsi les principes pertinents [à la p. 486]:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est

question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed".

I agree with Madame Justice Wilson that, regardless of the basis upon which the appellants advance their claim for declaratory relief—whether it be s. 24(1) of the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, or the common law—they must at least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*.

In short then, for the appellants to succeed on this appeal, they must show that they have some chance of proving that the action of the Canadian government has caused a violation or a threat of violation of their rights under the *Charter*.

(b) The Allegations of the Statement of Claim

The principal allegation of the statement of claim is that the testing of the cruise missile in Canada poses a threat to the lives and security of Canadians by increasing the risk of nuclear conflict, and thus violates the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

As a preliminary matter, it should be noted that the exact nature of the deprivation of life and security of the person that the appellants rely upon as the legal foundation for the violation of s. 7 they allege is not clear. There seem to be two possibilities. The violation could be the result of actual deprivation of life and security of the person that would occur in the event of a nuclear attack on Canada, or it could be the result of general insecurity experienced by all people in Canada as a result of living under the increased threat of nuclear war.

The first possibility is apparent on a literal reading of the statement of claim. The second possibility, however, appears to be more consistent with the appellants' submission at p. 31 of their factum, that:

de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, c.-à-d. une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Je conviens avec le juge Wilson qu'indépendamment du fondement qu'invoquent les appelants pour faire valoir leur demande de jugement déclaratoire—que ce soit le par. 24(1) de la *Charte*, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou la *common law*—ils doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a une menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*.

En bref donc, pour que les appelants aient gain de cause dans ce pourvoi, ils doivent montrer qu'ils ont quelques chances de prouver que l'action du gouvernement canadien a porté atteinte à leurs droits en vertu de la *Charte* ou menace de le faire.

b) Les allégations de la déclaration

La principale allégation de la déclaration est que les essais du missile de croisière au Canada constituent une menace pour la vie et la sécurité des Canadiens parce qu'ils accroissent le danger de conflit nucléaire et que, donc, ils violent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

Tout d'abord, il faut noter que la nature exacte de l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne que les appelants invoquent comme fondement juridique de la prétendue violation de l'art. 7 n'est pas claire. Il semble y avoir deux possibilités. La violation pourrait consister en une atteinte réelle à la vie et à la sécurité de la personne advenant une attaque nucléaire contre le Canada, ou elle pourrait résulter de l'insécurité générale qu'éprouveraient tous les habitants du Canada obligés de vivre sous une menace accrue de guerre nucléaire.

La première possibilité ressort du mot à mot de la déclaration. La seconde possibilité, toutefois, paraît plus conforme à l'argument que font valoir les appelants à la p. 31 de leur mémoire, soit que:

... at the minimum, the above allegations show [in paragraph 7 of the statement of claim] that there is a "threat" to the life and security of the Appellants which "threat", depending upon the construction of the concept "infringe" or "deny" in Section 7 [sic], could arguably constitute an infringement or denial of their right to life and security of the person. The amendment to the Statement of Claim, rejected by the Court of Appeal, would have made infringement or denial more explicit when it states: "The very testing of the cruise missile *per se* in Canada endangers the *Charter of Rights and Freedoms* Section 7: (sic) Rights".

I believe that we are obliged to read the statement of claim as generously as possible and to accommodate any inadequacies in the form of the allegations which are merely the result of drafting deficiencies.

Thus, I am prepared to accept that the appellants intended both of these possible deprivations as a basis for the violation of s. 7. It is apparent, however, that the violation of s. 7 alleged turns upon an actual increase in the risk of nuclear war, resulting from the federal cabinet's decision to permit the testing of the cruise missile. Thus, to succeed at trial, the appellants would have to demonstrate, *inter alia*, that the testing of the cruise missile would cause an increase in the risk of nuclear war. It is precisely this link between the cabinet decision to permit the testing of the cruise and the increased risk of nuclear war which, in my opinion, they cannot establish. It will not be necessary therefore to address the issue of whether the deprivations of life and security of the person advanced by the appellants could constitute violations of s. 7.

As I have noted, both interpretations of the nature of the infringement of the appellants' rights are founded on the premise that if the Canadian government allows the United States government to test the cruise missile system in Canada, then there will be an increased risk of nuclear war. Such a claim can only be based on the assumption that the net result of all of the various foreign powers' reactions to the testing of the cruise missile in Canada will be an increased risk of nuclear war.

[TRADUCTION] ... au minimum, les allégations qui précèdent [au paragraphe 7 de la déclaration] montrent qu'il y a «menace» pour la vie et la sécurité des appelants, «menace» qui, selon l'interprétation donnée à la notion de «violation» ou de «négation» à l'article 7 (sic), pourrait, est-il possible de soutenir, constituer une atteinte au droit à la vie et à la sécurité de la personne. La modification de la déclaration, que la Cour d'appel a refusée, aurait rendu plus explicite la violation ou négation en ajoutant: «Les essais des missiles de croisière au Canada, en eux-mêmes, portent atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*».

Je crois que nous avons l'obligation d'interpréter la déclaration de manière aussi libérale que possible et de remédier à tout vice de forme, imputable à une carence rédactionnelle, qui aurait pu se glisser dans les allégations.

C'est pourquoi je suis disposé à accepter que les appelants ont voulu que ces deux formes d'atteintes possibles servent de fondement à la violation de l'art. 7. Il est clair, toutefois, que la prétendue violation de l'art. 7 suppose un accroissement réel du danger de guerre nucléaire résultant de la décision du cabinet fédéral d'autoriser les essais du missile de croisière. Ainsi, pour avoir gain de cause sur le fond, les appelants auraient à démontrer, notamment, que les essais du missile de croisière auront pour effet d'accroître le danger de guerre nucléaire. C'est précisément ce lien entre la décision du cabinet d'autoriser les essais du missile et l'accroissement du danger de guerre nucléaire qu'à mon avis, ils ne peuvent établir. Il ne sera donc pas nécessaire d'aborder la question de savoir si les atteintes à la vie et à la sécurité de la personne, alléguées par les appelants, peuvent constituer des violations de l'art. 7.

Comme je l'ai déjà dit, les deux interprétations de la nature de l'atteinte aux droits des appelants sont fondées sur la prémisse selon laquelle si le gouvernement canadien autorise le gouvernement américain à procéder aux essais du missile de croisière au Canada, il y aura alors un accroissement du danger de guerre nucléaire. Cette prétention ne peut être fondée que sur la supposition que le résultat net de l'ensemble des réactions des diverses puissances étrangères aux essais du missile de croisière au Canada constituera un accroissement du danger de guerre nucléaire.



The statement of claim speaks of weapons control agreements being “practically unenforceable”, Canada being “more likely to be the target of a nuclear attack”, “increasing the likelihood of either a pre-emptive strike or an accidental firing, or both”, and “escalation of the nuclear arms race”. All of these eventualities, culminating in the increased risk of nuclear war, are alleged to flow from the Canadian government’s single act of allowing the United States to test the cruise missile in Canada.

Since the foreign policy decisions of independent and sovereign nations are not capable of prediction, on the basis of evidence, to any degree of certainty approaching probability, the nature of such reactions can only be a matter of speculation; the causal link between the decision of the Canadian government to permit the testing of the cruise and the results that the appellants allege could never be proven.

An analysis of the specific allegations of the statement of claim reveals that they are all contingent upon the possible reactions of the nuclear powers to the testing of the cruise missile in Canada. The gist of paragraphs (a) and (b) of the statement of claim is that verification of the cruise missile system is impossible because the missile cannot be detected by surveillance satellites, and that, therefore, arms control agreements will be unenforceable. This is based on two major assumptions as to how foreign powers will react to the development of the cruise missile: first, that they will not develop new types of surveillance satellites or new methods of verification, and second, that foreign powers will not establish new modes of co-operation for dealing with the problem of enforcement. With respect to the latter of these points, it is just as plausible that lack of verification would have the effect of enhancing enforceability than of undermining it, since an inability on the part of nuclear powers to verify systems like the cruise could precipitate a system of enforce-

La déclaration parle d’accords de contrôle d’armements «pratiquement inapplicables», d’une plus grande «probabilité pour le Canada d’être la cible d’une attaque nucléaire», d’un accroissement des «dangers d’attaques préemptives et de lancements accidentels» et d’une «escalade . . . de la course aux armements nucléaires». Toutes ces éventualités, culminant dans l’accroissement du danger de guerre nucléaire, découleraient de la seule autorisation accordée par le gouvernement canadien aux États-Unis de procéder aux essais du missile de croisière au Canada.

Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature de ces réactions ne peut être que conjecturale; on ne pourrait jamais établir le lien de causalité entre la décision du gouvernement canadien de permettre les essais du missile de croisière et les résultats allégués par les appelants.

Une analyse des allégations spécifiques de la déclaration révèle qu’elles sont toutes fonction des réactions possibles des puissances nucléaires aux essais du missile de croisière au Canada. Le point essentiel des alinéas a) et b) de la déclaration porte que le contrôle des systèmes de missiles de croisière est impossible parce que le missile ne peut être détecté par des satellites de surveillance et que, donc, les accords de contrôle des armements deviendront inapplicables. Cette affirmation repose sur deux présuppositions majeures concernant la réaction qu’auront les puissances étrangères face à la mise en service du missile de croisière: d’abord, qu’elles ne créeront pas de nouveaux genres de satellites de surveillance ou de nouvelles méthodes de contrôle et, en second lieu, que des puissances étrangères n’adopteront pas de nouveaux modes de coopération afin de parvenir à résoudre le problème de l’application des accords de contrôle. En ce qui concerne le dernier de ces points, il est tout aussi plausible que l’absence de contrôle aura pour effet d’affermir l’application des accords plutôt que de la miner puisque l’incapacité des puissances nucléaires de contrôler les systèmes, comme le missile de croisière, pourrait susciter la création d’un régime d’application des

ment based on co-operation rather than surveillance.

As for paragraph (c), even if it were the case that the testing of the air-launched cruise missile would result in an increased American military presence and interest in Canada, to say that this would make Canada more likely to be the target of a nuclear attack is to assume certain reactions of hostile foreign powers to such an increased American presence. It also makes an assumption about the degree to which Canada is already a possible target of nuclear attack. Given the impossibility of determining how an independent sovereign nation might react, it can only be a matter of hypothesis whether an increased American presence would make Canada more vulnerable to nuclear attack. It would not be possible to prove it one way or the other.

Paragraph (d) assumes that foreign states will not develop their technology in such a way as to meet the requirements of effective detection of the cruise and that there will therefore be an increased likelihood of pre-emptive strike or an accidental firing, or both. Again, this assumption concerns how foreign powers are likely to act in response to the development of the cruise. It would be just as plausible to argue that foreign states would improve their technology with respect to detection of missiles, thereby decreasing the likelihood of accidental firing or pre-emptive strike.

Finally, paragraph (e) asserts that the development of the cruise will lead to an escalation of the nuclear arms race. This again involves speculation based on assumptions as to how foreign powers will react. One could equally argue that the cruise would be the precipitating factor in compelling the nuclear powers to negotiate agreements that would lead to a de-escalation of the nuclear arms race.

One final assumption, common to all the paragraphs except (c), is that the result of testing of the cruise missile in Canada will be its develop-

accords fondé sur la coopération plutôt que sur la surveillance.

Quant à l'alinéa c), même si effectivement les essais du missile de croisière air-sol avaient pour résultat d'accroître la présence militaire et les intérêts américains au Canada, dire que cela augmenterait le risque que le Canada soit la cible d'une attaque nucléaire serait présumer des réactions des puissances étrangères hostiles à cet accroissement de la présence américaine. Cela présume aussi du degré auquel le Canada constitue déjà une cible potentielle d'attaque nucléaire. Vu l'impossibilité de déterminer la réaction d'une nation souveraine indépendante, il ne peut s'agir que d'hypothèses lorsqu'on dit qu'un accroissement de la présence américaine rendra le Canada plus vulnérable à une attaque nucléaire. Il ne serait pas possible de le démontrer dans un sens ou dans l'autre.

L'alinéa d) présuppose que les États étrangers, n'amélioreront pas leur technologie de manière à faire face aux exigences d'une détection effective du missile de croisière et qu'il y aura donc accroissement du danger d'attaques préemptives et de lancements accidentels, ou des deux. Ici encore, cette supposition porte sur la manière dont certaines puissances étrangères risquent de réagir face à la mise en service du missile de croisière. Il est tout aussi plausible de soutenir que les autres États amélioreront leur technologie en matière de détection de missiles, diminuant par le fait même le danger de lancements accidentels ou d'attaques préemptives.

Enfin, à l'alinéa e), on soutient que la mise en service du missile de croisière suscitera une escalade de la course aux armements nucléaires. Cela comporte aussi des conjectures fondées sur des suppositions quant à la réaction des puissances étrangères. On pourrait également soutenir que le missile de croisière constituera le facteur déterminant qui amènera les puissances nucléaires à négocier des accords qui mèneront à une désescalade de la course aux armements nucléaires.

Une dernière supposition, commune à tous les alinéas, l'alinéa c) excepté, est que le résultat des essais du missile de croisière au Canada sera sa

ment by the United States. In all of these paragraphs, the alleged harm flows from the production and eventual deployment of the cruise missile. The effect that the testing will have on the development and deployment of the cruise can only be a matter of speculation. It is possible that as a result of the tests, the Americans would decide not to develop and deploy the cruise since the very reason for the testing is to establish whether the missile is a viable weapons system. Similarly, it is possible that the Americans would develop the cruise missile even if testing were not permitted by the Canadians.

In the final analysis, exactly what the Americans will decide to do about development and deployment of the cruise missile, whether tested in Canada or not, is a decision that they, as an independent and sovereign nation, will make for themselves. Even with the assistance of qualified experts, a court could only speculate on how the American government may make this decision, and how important a factor the results of the testing of the cruise in Canada will be in that decision.

What can be concluded from this analysis of the statement of claim is that all of its allegations, including the ultimate assertion of an increased likelihood of nuclear war, are premised on assumptions and hypotheses about how independent and sovereign nations, operating in an international arena of radical uncertainty, and continually changing circumstances, will react to the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise missile.

The point of this review is not to quarrel with the allegations made by the appellants about the results of cruise missile testing. They are, of course, entitled to their opinion and belief. Rather, I wish to highlight that they are raising matters that, in my opinion, lie in the realm of conjecture, rather than fact. In brief, it is simply not possible for a court, even with the best available evidence, to do more than speculate upon the likelihood of the federal cabinet's decision to test the cruise missile resulting in an increased threat of nuclear war.

mise en service par les États-Unis. Dans tous ces alinéas, le préjudice allégué découle de la production et du déploiement éventuel du missile de croisière. L'effet que les essais auront sur la mise en service et le déploiement du missile ne peut être qu'affaire de conjectures. Il est possible qu'à la suite des essais, les Américains décident de ne pas mettre en service et de ne pas déployer le missile, puisque la raison même des essais est de s'assurer que le missile constitue un système d'armes viable. De même, il est possible que les Américains mettent le missile de croisière en service même si les essais n'étaient pas autorisés par les Canadiens.

En dernière analyse, ce que les Américains décideront effectivement de faire relativement à la mise en service et au déploiement du missile de croisière, qu'on procède ou non aux essais au Canada, c'est là une décision qu'ils prendront eux-mêmes en tant que nation indépendante et souveraine. Même assisté d'experts dûment qualifiés, un tribunal ne peut que se perdre en conjectures sur la décision que peut prendre le gouvernement américain et sur l'importance qu'aurait alors les résultats des essais du missile de croisière au Canada sur cette décision.

On peut conclure de cette analyse de la déclaration que toutes ces allégations, y compris l'assertion ultime d'un accroissement du risque de guerre nucléaire, ont pour prémisses des suppositions et des hypothèses sur la manière dont des nations indépendantes et souveraines, agissant dans une arène internationale radicalement incertaine, où les circonstances changent continuellement, réagiront à la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croisière.

Cet examen n'a pas pour but de chercher quelle aux appelants quant à leurs allégations concernant les résultats des essais du missile de croisière. Ils ont, bien entendu, droit à leur opinion et à leur conviction. Je désire souligner plutôt qu'ils soulèvent des questions qui, à mon avis, tiennent de la conjecture plutôt que des faits. En bref, il n'est tout simplement pas possible pour une cour de justice, même avec les meilleures preuves disponibles, de faire autre chose que de spéculer sur la possibilité que la décision du cabinet fédéral de procéder aux essais du missile de croisière accroisse le danger de guerre nucléaire.

(c) The Rule that Facts in a Statement of Claim Must be Taken as Proven

We are not, in my opinion, required by the principle enunciated in *Inuit Tapirisat, supra*, to take as true the appellants' allegations concerning the possible consequences of the testing of the cruise missile. The rule that the material facts in a statement of claim must be taken as true for the purpose of determining whether it discloses a reasonable cause of action does not require that allegations based on assumptions and speculations be taken as true. The very nature of such an allegation is that it cannot be proven to be true by the adduction of evidence. It would, therefore, be improper to accept that such an allegation is true. No violence is done to the rule where allegations, incapable of proof, are not taken as proven.

II

The Cabinet's Decision to Permit the Testing of the Cruise Missile and the Application of the Charter of Rights and Freedoms

(a) Application of the Charter to Cabinet Decisions

I agree with Madame Justice Wilson that cabinet decisions fall under s. 32(1)(a) of the *Charter* and are therefore reviewable in the courts and subject to judicial scrutiny for compatibility with the Constitution. I have no doubt that the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*. Specifically, the cabinet has a duty to act in a manner consistent with 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.

(b) The Absence of a Duty on the Government to Refrain from Allowing Testing

I do not believe the action impugned in the present case can be characterized as contrary to the duties of the executive under the *Charter*. Section 7 of the *Charter* cannot reasonably be read as imposing a duty on the government to refrain

c) La règle selon laquelle les faits d'une déclaration doivent être considérés comme prouvés

À mon avis, nous ne sommes pas tenus par le principe énoncé dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, de considérer comme vraies les allégations des appelants concernant les conséquences éventuelles des essais du missile de croisière. La règle selon laquelle les faits matériels d'une déclaration doivent être considérés comme vrais, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle révèle une cause raisonnable d'action, n'oblige pas à considérer comme vraies les allégations fondées sur des suppositions et des conjectures. La nature même d'une telle allégation, c'est qu'on ne peut en démontrer la véracité par la présentation de preuves. Il serait donc inapproprié d'accepter une telle allégation comme vraie. On ne fait pas violence à la règle lorsque des allégations, non susceptibles de preuve, ne sont pas considérées comme prouvées.

II

La décision du cabinet d'autoriser les essais du missile de croisière et l'application de la Charte des droits et libertés

a) L'application de la Charte aux décisions du cabinet

Je conviens avec le juge Wilson que les décisions du cabinet relèvent de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et qu'elles sont donc assujetties au contrôle judiciaire et à l'examen des tribunaux aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Constitution. Je ne doute pas que l'exécutif du gouvernement canadien ait l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*. Plus précisément, le cabinet a l'obligation d'agir de manière à respecter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et de manière à ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

b) Aucune obligation de la part du gouvernement de ne pas autoriser les essais

Je ne crois pas que l'acte contesté en l'espèce puisse être qualifié de contraire à l'obligation que la *Charte* impose au pouvoir exécutif. L'article 7 de la *Charte* ne saurait raisonnablement être interprété comme imposant au gouvernement l'obliga-

from those acts which might lead to consequences that deprive or threaten to deprive individuals of their life and security of the person. A duty of the federal cabinet cannot arise on the basis of speculation and hypothesis about possible effects of government action. Such a duty only arises, in my view, where it can be said that a deprivation of life and security of the person could be proven to result from the impugned government act.

The principles governing remedial action by the courts on the basis of allegations of future harm are illustrative of the more general principle that there is no legal duty to refrain from actions which do not prejudice the legal rights of others. A person, whether the government or a private individual, cannot be held liable under the law for an action unless that action causes the deprivation, or threat of deprivation, of legal rights. And an action cannot be said to cause such deprivation where it is not provable that the deprivation will occur as a result of the challenged action. I am not suggesting that remedial action by the courts will be inappropriate where future harm is alleged. The point is that remedial action will not be justified where the link between the action and the future harm alleged is not capable of proof.

The reluctance of courts to provide remedies where the causal link between an action and the future harm alleged to flow from it cannot be proven is exemplified by the principles with respect to declaratory relief. According to Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), at p. 5:

3. The remedy [of declaratory relief] is not generally available where the controversy is not presently existing but merely possible or remote; the action is not maintainable to settle disputes which are contingent upon the happening of some future event which may never take place.

4. Conjectural or speculative issues, or feigned disputes or one-sided contentions are not the proper subjects for declaratory relief.

Similarly, Sarna has said, "The court does not deal with unripe claims, nor does it entertain proceed-

tion de ne pas accomplir des actes qui pourraient avoir pour conséquence de porter atteinte ou de menacer de porter atteinte à la vie des individus et à la sécurité de leur personne. Une obligation du cabinet fédéral ne peut être créée par des conjectures et des hypothèses sur les effets possibles de l'action gouvernementale. Une telle obligation ne naît, à mon avis, que lorsqu'on peut dire qu'il pourrait être démontré qu'une atteinte à la vie et à la sécurité de la personne résulte de l'acte gouvernemental attaqué.

Les principes régissant la réparation judiciaire fondée sur des allégations de dommage éventuel sont une illustration du principe plus général voulant qu'il n'y ait aucune obligation juridique de ne pas faire ce qui ne porte pas préjudice aux garanties juridiques d'autrui. Personne, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'une personne privée, ne saurait être tenu responsable en droit d'un acte à moins que ce dernier ne porte atteinte à des garanties juridiques ou ne menace de le faire. Et un acte ne saurait être considéré comme la cause d'une telle atteinte lorsqu'on ne peut prouver que celle-ci résultera de l'acte contesté. Je n'insinue pas que la réparation judiciaire est inadéquate dans les cas où un dommage éventuel est allégué. Le fait est que la réparation n'est pas justifiée lorsqu'il est impossible d'établir le lien entre l'acte et le dommage éventuel.

La répugnance des tribunaux à accorder réparation lorsqu'on ne peut pas faire la preuve du lien de causalité entre un acte et le dommage éventuel qui, prétend-on, en découlera est illustrée par les principes relatifs au jugement déclaratoire. D'après Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), à la p. 5:

[TRADUCTION] 3. Ce redressement [le jugement déclaratoire] ne peut généralement être obtenu lorsque la controverse n'existe pas actuellement, n'étant qu'éventuelle ou éloignée; on ne peut intenter l'action pour régler des litiges dont la naissance dépend d'un événement futur qui peut n'avoir jamais lieu.

4. Les questions conjecturales ou hypothétiques, les litiges feints ou les prétentions biaisées ne sauraient faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

De même, Sarna a écrit: [TRADUCTION] «Le tribunal ne connaît pas de prétentions qui ne sont pas

ings with the sole purpose of remedying only possible conflicts”: (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), at p. 179).

None of this is to deny the preventative role of the declaratory judgment. As Madame Justice Wilson points out in her judgment, Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, states that,

... no “injury” or “wrong” need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty . . . .

Nonetheless, the preventative function of the declaratory judgment must be based on more than mere hypothetical consequences; there must be a cognizable threat to a legal interest before the courts will entertain the use of its process as a preventive measure. As this Court stated in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, a declaration could issue to affect future rights, but not where the dispute in issue was merely speculative. In *Solosky, supra*, one of the questions was whether an order by a director of a prison to censor correspondence between the appellant inmate and his solicitor could be declared unlawful. The dispute had already arisen as a result of the existence of the censorship order and the declaration sought was a direct and present challenge to this order. This Court found that the fact that the relief sought would relate to letters not yet written, and thereby affect future rights, was not in itself a bar to the granting of a declaration. The Court made it clear, however, at p. 832:

... that a declaration will not normally be granted when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise.

(Emphasis added.)

A similar concern with the problems inherent in basing relief on the prediction of future events is found in the principles relating to injunctive relief. Professor Sharpe, *Injunctions and Specific*

encore mûres, ni d’instances à seule fin de remédier à des litiges purement éventuels»: (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), à la p. 179).

a Il ne s’agit pas par là de nier le rôle préventif du jugement déclaratoire. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans ses motifs, Borchard dans *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), à la p. 27, dit que:

b [TRADUCTION] ... il n’est pas nécessaire qu’un «préjudice» ou un «acte dommageable» ait été vraiment commis ou menace de l’être pour que le demandeur puisse demander à la justice d’intervenir; il n’a qu’à démontrer un intérêt juridique quelconque ou que l’un c de ses droits est en péril ou est gravement menacé . . . .

Néanmoins, la fonction préventive du jugement déclaratoire doit être fondée sur autre chose que des conséquences purement hypothétiques; il doit y avoir un intérêt juridique menacé qui soit identifiable avant que les tribunaux n’envisagent d’y avoir recours comme mesure préventive. Comme cette Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, un jugement déclaratoire e peut influencer sur des droits éventuels, mais non lorsque le litige en cause est purement hypothétique. Dans l’affaire *Solosky*, précitée, l’une des questions était de savoir si l’ordre d’un directeur de prison de censurer la correspondance échangée f entre le détenu appelant et son avocat pouvait être déclaré illégal. Le litige était déjà né, par suite de l’existence de l’ordre de censure, et le jugement déclaratoire recherché constituait une contestation g directe et contemporaine de l’ordre. Cette Cour a jugé que le fait que le redressement recherché visait des lettres qui n’avaient pas encore été écrites, et par là qu’il influencerait sur des droits éventuels, ne l’empêchait pas en soi d’accorder un h jugement déclaratoire. La Cour a rappelé clairement cependant, à la p. 832:

... qu’un jugement déclaratoire n’est normalement pas accordé lorsque le litige est passé et est devenu théorique ou lorsque le litige n’est pas encore né et ne naîtra probablement pas.

(C’est moi qui souligne.)

j On trouve une préoccupation semblable, au sujet des problèmes inhérents qu’il y a à fonder un recours sur une prédiction d’événements futurs, dans les principes relatifs aux injonctions. Le pro-

*Performance* (1983), clearly articulates the difficulties in issuing an injunction where the alleged harm is prospective at pp. 30-31:

All injunctions are future looking in the sense that they are intended to prevent or avoid harm rather than compensate for an injury already suffered . . . .

Where the harm to the plaintiff has yet to occur the problems of prediction are encountered. Here, the plaintiff sues *quia timet*—because he fears—and the judgment as to the propriety of injunctive relief must be made without the advantage of actual evidence as to the nature of harm inflicted on the plaintiff. The court is asked to predict that harm will occur in the future and that the harm is of a type that ought to be prevented by injunction.

The general principle with respect to such injunctions appears to be that “there must be a high degree of probability that the harm will in fact occur”: Sharpe, *supra*, at p. 31. In *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, at p. 665, *per* Lord Upjohn, the House of Lords laid down four general propositions concerning the circumstances in which mandatory injunctive relief could be granted on the basis of prospective harm. The first of these stated [at p. 665]:

1. A mandatory injunction can only be granted where the plaintiff shows a very strong probability upon the facts that grave damage will accrue to him in the future . . . . It is a jurisdiction to be exercised sparingly and with caution but in the proper case unhesitatingly.

It is clearly illustrated by the rules governing declaratory and injunctive relief that the courts will not take remedial action where the occurrence of future harm is not probable. This unwillingness to act in the absence of probable future harm demonstrates the courts’ reluctance to grant relief where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights.

In the present case, the speculative nature of the allegation that the decision to test the cruise missile will lead to an increased threat of nuclear war makes it manifest that no duty is imposed on the

fesseur Sharpe, dans son ouvrage *Injunctions and Specific Performance* (1983), expose clairement aux pp. 30 et 31 les difficultés qu’il peut y avoir à délivrer une injonction lorsque le préjudice allégué n’est qu’éventuel:

[TRADUCTION] Toutes les injonctions sont tournées vers l’avenir, en ce sens qu’elles cherchent à prévenir ou à éviter un préjudice plutôt qu’à indemniser d’un dommage déjà subi . . . .

Lorsque le demandeur n’a pas encore subi le dommage, on se trouve confronté aux problèmes de prédiction. Le demandeur poursuit alors *quia timet*—parce qu’il craint—et le jugement sur le bien-fondé de l’injonction doit être rendu sans que l’on bénéficie de preuves sur la nature du préjudice infligé au demandeur. On demande au tribunal de prédire un dommage dans l’avenir et que ce dommage est d’un genre qui devrait être empêché par voie d’injonction.

Le principe général régissant ces injonctions paraît être qu’ [TRADUCTION] «il doit y avoir un haut degré de probabilité que le dommage sera effectivement causé»: Sharpe, précité, à la p. 31. Dans l’arrêt *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, à la p. 665, lord Upjohn, la Chambre des lords a dégagé quatre propositions générales sur les circonstances dans lesquelles une injonction obligeant à faire peut être accordée sur la base d’un dommage éventuel. Voici la première [à la p. 665]:

[TRADUCTION] 1. Une injonction obligeant à faire ne peut être accordée que si le demandeur démontre qu’il existe une forte probabilité, vu les faits, qu’il subisse un dommage grave dans l’avenir . . . Ce pouvoir doit être exercé avec la plus grande réserve et avec prudence mais, le cas échéant, sans hésitation.

Comme le montrent clairement les règles régissant les jugements déclaratoires et les injonctions, les tribunaux n’agiront pas lorsque l’éventualité d’un dommage futur n’est guère probable. Cette répugnance à agir en l’absence de probabilité de dommage à venir démontre l’hésitation des tribunaux à accorder un redressement lorsqu’il ne peut être démontré que l’acte contesté causera une violation des droits.

En l’espèce, la nature conjecturale de l’allégation voulant que la décision de procéder aux essais du missile de croisière entraînera un accroissement de la menace de guerre nucléaire montre à l’évi-

Canadian government to refrain from permitting the testing. The government's action simply could not be proven to cause the alleged violation of s. 7 of the *Charter* and, thus, no duty can arise.

### III

#### Justiciability

The approach which I have taken is not based on the concept of justiciability. I agree in substance with Madame Justice Wilson's discussion of justiciability and her conclusion that the doctrine is founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes. I have no doubt that disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts. My concerns in the present case focus on the impossibility of the Court finding, on the basis of evidence, the connection, alleged by the appellants, between the duty of the government to act in accordance with the *Charter of Rights and Freedoms* and the violation of their rights under s. 7. As stated above, I do not believe the alleged violation—namely, the increased threat of nuclear war—could ever be sufficiently linked as a factual matter to the acknowledged duty of the government to respect s. 7 of the *Charter*.

### IV

#### Section 52 of the *Constitution Act, 1982* and Section 1 of the *Charter*

I would like to note that nothing in these reasons should be taken as the adoption of the view that the reference to "laws" in s. 52 of the *Charter* is confined to statutes, regulations and the common law. It may well be that if the supremacy of the Constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law will fall within s. 52. Equally, it is not necessary for the resolution of this case to express any

dence qu'aucune obligation n'est imposée au gouvernement canadien de ne pas autoriser les essais. On ne pourrait tout simplement pas prouver que l'action du gouvernement causera la violation alléguée de l'art. 7 de la *Charte* et, donc, aucune obligation n'est créée.

### III

#### La justiciabilité

La démarche que j'ai suivie n'est pas fondée sur la notion de justiciabilité. Je souscris pour l'essentiel à l'analyse faite par le juge Wilson concernant la justiciabilité et à sa conclusion selon laquelle la doctrine est fondée sur une préoccupation à l'égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends. Je ne doute pas que les tribunaux soient fondés à connaître de différends d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère. Ce qui me préoccupe en l'espèce, c'est l'impossibilité dans laquelle se trouve la Cour de trouver, en s'appuyant sur des preuves, le lien allégué par les appelants, entre l'obligation du gouvernement d'agir conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et la violation de leurs droits aux termes de l'art. 7. Comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas que la violation alléguée—un accroissement de la menace de guerre nucléaire—puisse jamais être suffisamment reliée, sur le plan des faits, à l'obligation reconnue du gouvernement de respecter l'art. 7 de la *Charte*.

### IV

#### L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'article premier de la *Charte*

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la «règle de droit» à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52. Également, il n'est pas nécessaire, pour résoudre le présent litige, d'exprimer d'opinion sur l'application de l'art. 1 de la



opinion on the application of s. 1 of the *Charter* or the appropriate principles for its interpretation.

V

### Conclusion

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—This litigation was sparked by the decision of the Canadian government to permit the United States to test the cruise missile in Canada. It raises issues of great difficulty and considerable importance to all of us.

### 1. The Facts

The appellants are a group of organizations and unions claiming to have a collective membership of more than 1.5 million Canadians. They allege that a decision made by the Canadian government on July 15, 1983 to allow the United States to test cruise missiles within Canada violates their constitutional rights as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, quoting from their statement of claim:

7. The Plaintiffs state and the fact is that the testing of the cruise missile in Canada is a violation of the collective rights of the Plaintiffs and their members and all Canadians, specifically their right to security of the person and life in that:

- (a) the size and eventual dispersion of the air-launched cruise missile is such that the missile cannot be detected by surveillance satellites, thus making verification of the extent of this nuclear weapons system impossible;
- (b) with the impossibility of verification, the future of nuclear weapons' control and limitation agreements is completely undermined as any such agreements become practically unenforceable;
- (c) the testing of the air-launched cruise missiles would result in an increased American military presence and interest in Canada which would result in making Canada more likely to be the target of a nuclear attack;

*Charte*, ni sur les principes appropriés d'interprétation.

V

### a Conclusion

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

### b Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Le présent litige a été déclenché par la décision du gouvernement canadien d'autoriser les États-Unis de procéder aux essais du missile de croisière au Canada. Il soulève des questions d'une grande difficulté et d'une importance considérable pour nous tous.

### 1. Les faits

Les appelants sont un ensemble d'organismes et de syndicats auxquels adhèrent globalement, selon eux, plus d'un million et demi de Canadiens. Ils soutiennent que la décision prise par le gouvernement canadien, le 15 juillet 1983, d'autoriser les États-Unis à procéder aux essais des missiles de croisière au Canada viole leurs droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, pour citer un extrait de leur déclaration:

[TRADUCTION] 7. Les demandeurs affirment, et considèrent comme fait avéré, que les essais de missiles de croisière au Canada portent atteinte aux droits collectifs des demandeurs et de leurs membres, et à ceux de tous les Canadiens, notamment à leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, parce que:

- a) les dimensions des missiles de croisière air-sol et leur dissémination les rendront virtuellement indétectables par les satellites de surveillance et la vérification de l'importance de ce système d'armes nucléaires deviendra donc impossible;
- b) la vérification étant impossible, l'avenir des accords de limitation et de contrôle des armements nucléaires se trouve gravement compromis puisque ces accords deviendront pratiquement inapplicables;
- c) les essais de missiles de croisière air-sol augmenteront la présence militaire américaine et ses intérêts au Canada, et accroîtront donc la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire;

- (d) as the cruise missile cannot be detected until approximately eight minutes before it reaches its target, a "Launch on Warning" system would be necessary in order to respond to the cruise missile thereby eliminating effective human discretion and increasing the likelihood of either a preemptive strike or an accidental firing, or both;
- (e) the cruise missile is a military weapon, the development of which will have the effect of a needless and dangerous escalation of the nuclear arms race, thus endangering the security and lives of all people.

The plaintiffs, in addition to declaratory relief, seek consequential relief in the nature of an injunction and damages. The defendants, by a motion pursuant to Rule 419(1) of the *Federal Court Rules*, moved to strike out the plaintiffs' statement of claim and to dismiss it as disclosing no reasonable cause of action. Cattanach J. dismissed the defendants' motion to strike on the grounds that the *Charter* applied to the Government of Canada, including executive acts of the cabinet, and that the statement of claim contained "the germ of a cause of action" and raised a "justiciable issue". The Federal Court of Appeal unanimously allowed the defendants' appeal.

## 2. The Judgment Appealed From

Each of the five judges who sat on the appeal to the Federal Court of Appeal delivered separate reasons for allowing the appeal. Four of the five (Pratte, Le Dain, Marceau and Hugessen JJ.) held that a breach of s. 7 of the *Charter* must involve a failure to comply with the principles of fundamental justice and the appellants had not alleged any such failure.

Three of the justices (Pratte, Marceau and Hugessen JJ.) were of the opinion that the facts as alleged did not constitute a violation of the right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Pratte and Hugessen JJ. thought that any breach of s. 7 would only occur as the result of actions by foreign powers who were not bound by the *Charter*. Pratte J. went further and stated that the only "liberty and security of the person" that was protected by s. 7 was security against arbi-

- d) comme il est impossible de détecter le missile de croisière avant qu'il soit à environ huit minutes de son objectif, il sera nécessaire d'établir un système de «lancement sur alerte» pour y riposter, ce qui supprime toute intervention humaine réelle et accroît les dangers d'attaques préemptives et de lancements accidentels;
- e) le missile de croisière est une arme militaire dont la mise au point constitue une escalade inutile et dangereuse de la course aux armements nucléaires; il met ainsi en danger la sécurité et la vie de tous.

Les demandeurs, outre un jugement déclaratoire, demandent donc une injonction, ou un autre redressement de cette nature, et des dommages-intérêts. Les défendeurs, par requête fondée sur la règle 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, ont demandé la radiation de la déclaration des demandeurs et son rejet parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Le juge Cattanach a rejeté la requête en radiation des défendeurs pour le motif que la *Charte* s'appliquait au gouvernement du Canada, y compris aux actes exécutifs du cabinet, et que la déclaration comportait «le germe d'une cause d'action» et soulevait «une question dont les tribunaux peuvent être saisis». La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel des défendeurs à l'unanimité.

## 2. L'arrêt attaqué

Chacun des cinq juges de la Cour d'appel fédérale siégeant en appel a exposé des motifs distincts pour faire droit à l'appel. Quatre de ceux-ci (les juges Pratte, Le Dain, Marceau et Hugessen) ont conclu qu'une violation de l'art. 7 de la *Charte* doit comprendre une atteinte aux principes de justice fondamentale; or, les appelants n'avaient rien allégué de ce genre.

Trois des juges (les juges Pratte, Marceau et Hugessen) ont exprimé l'avis que les faits articulés n'équivalaient pas à une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Les juges Pratte et Hugessen pensent qu'une violation de l'art. 7 ne pourrait être le fait que de puissances étrangères que la *Charte* ne lie pas. Le juge Pratte est allé plus loin encore, disant que la «liberté et la sécurité de la personne» que protège l'art. 7, est une garantie contre les

trary arrest or detention. Marceau J. felt that s. 7 could never have “any higher mission than that of protecting the life and the freedom of movement of the citizens against arbitrary action and despotism by people in power”.

Two of the justices (Ryan and Le Dain JJ.) would have allowed the appeal on the fundamental ground that the issue was inherently non-justiciable and therefore incapable of adjudication by a court. Ryan J. thought that the question whether national security was impaired, and hence whether the plaintiffs’ own personal security had been affected, was not triable because it was not susceptible of proof. Le Dain J. took the central issue to be the effect of testing cruise missiles on the risk of nuclear conflict, a matter which he asserted to be non-justiciable as involving factors either inaccessible to a court or incapable of being evaluated by it. The other three judges did not directly address this point.

Marceau J. would have allowed the appeal on the additional ground that the *Charter* did not give the courts a power to interfere with an exercise of the royal prerogative, especially when issues of defence and national security were involved. However, a majority of the Court (Pratte, Le Dain and Ryan JJ.) was of the opinion that the *Charter* did apply to decisions taken in the exercise of the royal prerogative. Hugessen J. did not deal with this question.

None of the five judges was prepared to say that the cabinet’s decision to test the cruise missile was unreviewable because it involved a “political question”. Pratte and Marceau JJ. expressly rejected this argument, Le Dain and Hugessen JJ. did not consider it necessary to deal with it, and Ryan J. did not mention it.

### 3. The Issues

The issues to be addressed on the appeal to this Court may be conveniently summarized as follows:

arrestations ou détentions arbitraires. Le juge Marceau a estimé que l’art. 7 ne pourra jamais avoir «une vocation plus considérable encore que celle de protéger la vie et la liberté de mouvement des citoyens contre l’arbitraire et le despotisme des gouvernants».

Deux juges (les juges Ryan et Le Dain) ont fait droit à l’appel pour le motif fondamental que la question par sa nature n’est pas justiciable d’une cour de justice qui est donc incapable d’en juger. Le juge Ryan pense que la question de savoir s’il y a atteinte à la sécurité nationale, et donc atteinte à la sûreté personnelle des demandeurs, ne peut être tranchée par les tribunaux parce qu’on ne peut en administrer la preuve judiciaire. Le juge Le Dain a estimé que le nœud du litige est l’effet que les essais de missiles de croisière peuvent avoir sur le danger de conflit nucléaire, une question qu’il considère comme non justiciable d’une cour de justice parce qu’elle met en cause des facteurs dont elle ne peut connaître ou qu’elle est incapable d’évaluer. Les trois autres juges ne se sont pas prononcés sur cette question.

Le juge Marceau a fait droit à l’appel pour le motif additionnel que la *Charte* ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d’intervenir dans un exercice de la prérogative royale, particulièrement lorsque des questions de défense et de sécurité nationale sont en jeu. Toutefois, une majorité des juges de la Cour (les juges Pratte, Le Dain et Ryan) sont d’avis que la *Charte* s’applique effectivement aux décisions prises dans l’exercice de la prérogative royale. Le juge Hugessen n’a pas traité de cette question.

Aucun des cinq juges n’était disposé à dire que la décision du cabinet de procéder à l’essai du missile de croisière ne pouvait être soumise au contrôle judiciaire parce qu’elle mettait en cause une «question politique». Les juges Pratte et Marceau ont expressément rejeté l’argument, les juges Le Dain et Hugessen n’ont pas estimé nécessaire de statuer sur ce point et le juge Ryan n’en a pas parlé.

### 3. Les questions en litige

Les questions que la Cour doit trancher dans ce pourvoi peuvent être résumées par commodité comme suit:

(1) Is a decision made by the Government of Canada in relation to a matter of national defence and foreign affairs unreviewable on any of the following grounds:

- (a) it is an exercise of the royal prerogative;
- (b) it is, because of the nature of the factual questions involved, inherently non-justiciable;
- (c) it involves a "political question" of a kind that a court should not decide?

(2) Under what circumstances can a Statement of Claim seeking declaratory relief concerning the constitutionality of a law or governmental decision be struck out as disclosing no cause of action?

(3) Do the facts as alleged in the Statement of Claim, which must be taken as proven, constitute a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? and

(4) Do the plaintiffs have a right to amend the Statement of Claim before the filing of a Statement of Defence?

(1) Is the Government's Decision Reviewable?

(a) The Royal Prerogative

The respondents submit that at common law the authority to make international agreements (such as the one made with the United States to permit the testing) is a matter which falls within the prerogative power of the Crown and that both at common law and by s. 15 of the *Constitution Act, 1867* the same is true of decisions relating to national defence. They further submit that since by s. 32(1)(a) the *Charter* applies "to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament", the *Charter's* application must, so far as the government is concerned, be restricted to the exercise of powers which derive directly from statute. It cannot, therefore, apply to an exercise of the royal prerogative which is a source of power existing independently of Parliament; otherwise, it is argued, the limiting phrase "within the authority of Parliament" would be deprived of any effect. The answer to this argument seems to me to be that those words of limitation, like the corresponding words "within the authority of the legislature

1) Une décision du gouvernement du Canada en matière de défense nationale et d'affaires étrangères échappet-elle à tout contrôle judiciaire pour l'un des motifs suivants:

- a) ce serait un exercice de la prérogative royale;
- b) ce serait, de par la nature des faits en cause, une affaire fondamentalement non justiciable d'une cour de justice;
- c) cela mettrait en cause une «question politique» d'un genre sur lequel une cour de justice ne saurait statuer?

2) Dans quelles circonstances une déclaration concluant à un jugement déclaratoire portant sur la constitutionnalité d'une loi ou d'une décision gouvernementale peut-elle être radiée pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action?

3) Les faits articulés dans la déclaration, qui doivent être considérés comme prouvés, constituent-ils une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4) Les demandeurs ont-ils le droit de modifier leur déclaration avant la production d'une défense?

1) Le contrôle judiciaire de la décision gouvernementale

a) La prérogative royale

Les intimés soutiennent qu'en *common law* le pouvoir de conclure des accords internationaux (comme celui qui a été conclu avec les États-Unis pour autoriser les essais) relève de la prérogative de la Couronne et que tant en *common law* qu'en vertu de l'art. 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il en est de même des décisions relatives à la défense nationale. Ils font en outre valoir qu'étant donné que l'al. 32(1)a) de la *Charte* s'applique «au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement», l'application de la *Charte* doit, lorsque le gouvernement est en cause, être restreinte à l'exercice de pouvoirs découlant directement de la loi. Elle ne peut donc s'appliquer à un exercice de la prérogative royale qui est une source de pouvoir existant indépendamment du Parlement; autrement, soutient-on, la réserve «relevant du Parlement» perdrait tout effet. La réponse à cet argument me semble être que cette réserve, comme son pendant «relevant de cette législature» [la législature de chaque province] à l'al. 32(1)b), n'est qu'un renvoi au partage

of each province" in s. 32(1)(b), are merely a reference to the division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. They describe the subject-matters in relation to which the Parliament of Canada may legislate or the government of Canada may take executive action. As Le Dain J. points out, the royal prerogative is "within the authority of Parliament" in the sense that Parliament is competent to legislate with respect to matters falling within its scope. Since there is no reason in principle to distinguish between cabinet decisions made pursuant to statutory authority and those made in the exercise of the royal prerogative, and since the former clearly fall within the ambit of the *Charter*, I conclude that the latter do so also.

(b) Non-Justiciability

Le Dain and Ryan JJ. in the Federal Court of Appeal were of the opinion that the issues involved in this case are inherently non-justiciable, either because the question whether testing the cruise missile increases the risk of nuclear war is not susceptible of proof and hence is not triable (*per* Ryan J.) or because answering that question involves factors which are either inaccessible to a court or are of a nature which a court is incapable of evaluating (*per* Le Dain J.) To the extent that this objection to the appellants' case rests on the inherent evidentiary difficulties which would obviously confront any attempt to prove the appellants' allegations of fact, I do not think it can be sustained. It might well be that, if the issue were allowed to go to trial, the appellants would lose simply by reason of their not having been able to establish the factual basis of their claim but that does not seem to me to be a reason for striking the case out at this preliminary stage. It is trite law that on a motion to strike out a statement of claim the plaintiff's allegations of fact are to be taken as having been proved. Accordingly, it is arguable that by dealing with the case as they have done Le Dain and Ryan JJ. have, in effect, made a presumption against the appellants which they are not entitled, on a preliminary motion of this kind, to make.

des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils décrivent les matières à l'égard desquelles le Parlement du Canada peut légiférer ou le gouvernement du Canada peut agir en tant qu'exécutif. Comme le juge Le Dain le note, la prérogative royale est un domaine «relevant du Parlement» en ce sens que le Parlement détient la compétence pour légiférer sur des matières relevant de son domaine. Comme il n'existe aucune raison de principe de distinguer entre les décisions du cabinet prises en vertu de la loi et celles prises dans l'exercice de la prérogative royale, et comme les premières relèvent manifestement de la *Charte*, je conclus que c'est le cas aussi pour les dernières.

b) La non-justiciabilité

Les juges Le Dain et Ryan de la Cour d'appel fédérale ont exprimé l'avis que les questions en cause étaient par leur nature non justiciables des cours de justice, soit parce que la question de savoir si les essais du missile de croisière accroissent le danger de guerre nucléaire ne peut faire l'objet d'une preuve et donc être jugée par les cours de justice (le juge Ryan), soit parce que répondre à cette question met en cause certains facteurs que ne peut connaître une cour de justice ou qui sont d'une nature qu'une cour de justice est incapable d'évaluer (le juge Le Dain). Dans la mesure où cette objection à la thèse des appelants est fondée sur des difficultés inhérentes de preuve, auxquelles devrait évidemment faire face toute tentative de prouver les faits articulés par les appelants, je ne pense pas qu'elle puisse être accueillie. Si le litige était instruit au fond, il se pourrait que les appelants perdent pour la simple raison qu'ils ne seraient pas parvenus à démontrer les faits qui fondent leur demande, mais cela ne me semble pas justifier la radiation de la déclaration à ce stade préliminaire. Il est bien connu en droit qu'en cas de requête en radiation d'une déclaration, les faits articulés par le demandeur doivent être considérés comme prouvés. En conséquence, on peut soutenir qu'en abordant l'affaire comme ils l'ont fait, les juges Le Dain et Ryan ont, en fait, opposé une présomption aux appelants, ce qu'ils ne sont pas autorisés à faire dans une requête préliminaire de ce genre.

I am not convinced, however, that Le Dain and Ryan JJ. were restricting the concept of non-justiciability to difficulties of evidence and proof. Both rely on Lord Radcliffe's judgment in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142 (H.L.), and especially on the following passage at p. 151:

The disposition and equipment of the forces and the facilities afforded to allied forces for defence purposes constitute a given fact and it cannot be a matter of proof or finding that the decisions of policy on which they rest are or are not in the country's best interests. I may add that I can think of few issues which present themselves in less triable form. It would be ingenuous to suppose that the kind of evidence that the appellants wanted to call could make more than a small contribution to its final solution. The facts which they wished to establish might well be admitted: even so, throughout history men have had to run great risk for themselves and others in the hope of attaining objectives which they prize for all. The more one looks at it, the plainer it becomes, I think, that the question whether it is in the true interests of this country to acquire, retain or house nuclear armaments depends on an infinity of considerations, military and diplomatic, technical, psychological and moral, and of decisions, tentative or final, which are themselves part assessments of fact and part expectations and hopes. I do not think that there is anything amiss with a legal ruling that does not make this issue a matter for judge or jury.

(Emphasis added.)

In my opinion, this passage makes clear that in Lord Radcliffe's view these kinds of issues are to be treated as non-justiciable not simply because of evidentiary difficulties but because they involve moral and political considerations which it is not within the province of the courts to assess. Le Dain J. maintains that the difficulty is one of judicial competence rather than anything resembling the American "political questions" doctrine. However, in response to that contention it can be pointed out that, however unsuited courts may be for the task, they are called upon all the time to decide ques-

Je ne suis pas convaincue cependant que les juges Le Dain et Ryan restreignaient cette notion de non-justiciabilité à des difficultés de preuve. Ils s'appuient tous deux sur l'arrêt de lord Radcliffe *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142 (H.L.), particulièrement sur le passage suivant, à la p. 151:

[TRADUCTION] La disposition et l'équipement des forces armées, et les installations offertes aux forces alliées en matière de défense, sont un fait qui ne peut faire l'objet de preuves ou de quelque constatation judiciaire que les décisions politiques sur lesquelles ils reposent ont ou n'ont pas été prises dans le meilleur intérêt du pays. J'ajouterais que je ne saurais imaginer de question dont il soit plus difficile de saisir les tribunaux. Il pourrait être naïf de supposer que la nature des preuves que les appelants veulent soumettre puisse apporter une contribution non négligeable à la solution du débat. Les faits qu'ils désirent établir pourraient être admis: même dans ce cas, l'histoire démontre que les hommes ont dû prendre de grands risques pour eux-mêmes et les autres dans l'espoir d'atteindre des objectifs auxquels ils attachaient un grand prix, dans l'intérêt de tous. Plus on y regarde, plus il devient évident, je pense, que la question de savoir s'il est dans le meilleur intérêt de notre pays d'acquérir, de garder ou d'implanter des armes nucléaires, dépend d'une infinité de facteurs, militaires et diplomatiques, techniques, psychologiques et moraux, et de décisions, provisoires ou définitives, qui sont elles-mêmes dictées à la fois par une analyse des faits, une attente et un espoir. Je ne trouve rien à redire à une décision judiciaire qui refuse de soumettre cette question à un juge ou à un jury.

g (C'est moi qui souligne.)

À mon avis, ce passage montre clairement que, dans l'optique de lord Radcliffe, ces questions devaient être considérées comme non justiciables des tribunaux non seulement à cause des difficultés de preuve, mais surtout parce qu'elles mettent en cause des considérations morales et politiques qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'évaluer. Le juge Le Dain soutient qu'il s'agit d'un problème de compétence judiciaire plutôt que de quelque chose qui ressemble à la doctrine américaine des «questions politiques». On pourrait cependant répondre à ce point de vue en faisant remarquer que les tribunaux, si peu préparés qu'ils soient pour cette tâche, sont saisis à tout moment de questions de principe et de politique générale. Comme le signale

tions of principle and policy. As Melville Weston points out in "Political Questions," 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), at p. 299:

The word "justiciable" . . . is legitimately capable of denoting almost any question. That is to say, the questions are few which are intrinsically incapable of submission to a tribunal having an established procedure, with an orderly presentation of such evidence as is available, for the purpose of an adjudication from which practical consequences in human conduct are to follow. For example, when nations decline to submit to arbitration or to the compulsory jurisdiction of a proposed international tribunal those questions of honor or interest which they call "non-justiciable", they are really avoiding that broad sense of the word, but what they mean is a little less clear. Probably they mean only that they will not, or deem they ought not, endure the presentation of evidence on such questions, nor bind their conduct to conform to the proposed adjudications. So far as "non-justiciable" is for them more than an epithet, it expresses a sense of a lack of fitness, and not of any inherent impossibility, of submitting these questions to judicial or *quasi*-judicial determination.

In the 1950's and early 1960's there was considerable debate in Britain over the question whether restrictive trade practices legislation gave rise to questions which were subject to judicial determination: see Marshall, "Justiciability," in *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), ed. A.G. Guest; Summers, "Justiciability" (1963), 26 *M.L.R.* 530; Stevens, "Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined," [1964] *Public Law* 221. I think it is fairly clear that the British restrictive trade practices legislation did not involve the courts in the resolution of issues more imponderable than those facing American courts administering the *Sherman Act*. Indeed, there is significantly less "policy" content in the decisions of the courts in those cases than there is in the decisions of administrative tribunals such as the Canadian Transport Commission or the CRTC. The real issue there, and perhaps also in the case at bar, is not the ability of judicial tribunals to make a decision on the questions presented, but the appro-

Melville Weston dans son article intitulé «Political Questions», 38 *Harv. L. Rev.* 296 (1925), à la p. 299:

[TRADUCTION] Le terme «justiciable» . . . peut légitimement s'étendre à quasiment toute question. C'est-à-dire qu'il n'existe que peu de questions qui ne peuvent intrinsèquement être soumises à un tribunal qui suit une procédure préétablie, avec présentation ordonnée des preuves disponibles, dans le but de rendre un jugement dont découleront des conséquences pratiques sur la conduite humaine. Par exemple, lorsque des nations refusent de soumettre à l'arbitrage ou à la juridiction obligatoire d'un tribunal international proposé les questions d'honneur ou d'intérêts qu'elles qualifient de «non justiciables», elles s'écartent en réalité du sens large du terme, mais ce qu'elles veulent dire est moins clair. Elles veulent probablement dire uniquement qu'elles n'accepteront pas, ou estiment qu'elles ne devraient pas accepter, la présentation de preuves à ce sujet, ni modifier leur comportement pour se conformer à d'éventuels jugements. Dans la mesure où ce «non justiciable» est autre chose qu'une simple épithète, il traduit la conscience d'une certaine inaptitude, et non pas d'une impossibilité inhérente, à soumettre ces questions à une décision judiciaire ou quasi judiciaire.

Au cours des années cinquante et au début des années soixante, il y a eu une grande controverse en Grande-Bretagne sur la question de la législation sur les pratiques commerciales restrictives et de la compétence des tribunaux sur les questions qu'elle suscitait: voir Marshall, «Justiciability», *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), éd. A.G. Guest; Summers, «Justiciability» (1963), 26 *M.L.R.* 530; Stevens, «Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-Examined», [1964] *Public Law* 221. Il est passablement clair, je pense, que la législation britannique sur les pratiques commerciales restrictives n'a pas obligé les tribunaux à résoudre des questions plus impondérables que celles auxquelles ont été confrontés les tribunaux américains chargés d'appliquer la *Sherman Act*. D'ailleurs le contenu de «politique générale» des décisions judiciaires dans ces affaires est visiblement moindre que celui des décisions de tribunaux administratifs tels la Commission canadienne des transports ou le CRTC. Ce qui était vraiment en cause dans ces affaires, et c'est peut-être aussi le cas en l'espèce, ce n'est pas la capacité des tribunaux judiciaires de rendre une décision sur les

priateness of the use of judicial techniques for such purposes.

I cannot accept the proposition that difficulties of evidence or proof absolve the Court from making a certain kind of decision if it can be established on other grounds that it has a duty to do so. I think we should focus our attention on whether the courts should or must rather than on whether they can deal with such matters. We should put difficulties of evidence and proof aside and consider whether as a constitutional matter it is appropriate or obligatory for the courts to decide the issue before us. I will return to this question later.

### (c) The Political Questions Doctrine

It is a well established principle of American constitutional law that there are certain kinds of "political questions" that a court ought to refuse to decide. In *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at pp. 210-11, Brennan J. discussed the nature of the doctrine in the following terms:

We have said that "In determining whether a question falls within (the political question) category, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination are dominant considerations." *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454-455. The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers. Much confusion results from the capacity of the "political question" label to obscure the need for case-by-case inquiry. Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution.

At page 217 he said:

It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is

questions dont ils sont saisis; c'est plutôt l'à-propos du recours à des techniques judiciaires à ces fins.

Je ne saurais accepter la proposition voulant que des difficultés de preuve justifient la Cour de ne pas rendre un certain genre de décisions s'il peut être démontré que, pour d'autres raisons, c'est son devoir de les rendre. Je crois que nous devrions nous demander si les tribunaux devraient ou doivent, et non pas s'ils peuvent, connaître de ces questions. Nous devrions mettre de côté les difficultés de preuve et nous demander si, d'un point de vue constitutionnel, il est approprié ou nécessaire que les tribunaux tranchent la question dont nous sommes saisis. Je reviendrai là-dessus plus loin.

### c) La doctrine des questions politiques

C'est un principe de droit constitutionnel américain bien établi qu'il existe certaines «questions politiques» qu'une cour de justice devrait refuser de trancher. Dans l'arrêt *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), aux pp. 210 et 211, le juge Brennan expose la nature de la doctrine dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Nous avons dit que «Lorsqu'on détermine qu'une question relève de la catégorie (des questions politiques), l'à-propos, dans notre régime de gouvernement, de conférer un caractère définitif à l'action des organes politiques et aussi l'absence de critères satisfaisants susceptibles de fonder une décision judiciaire sont des facteurs dominants.» *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454 et 455. La non-justiciabilité d'une question politique est fonction avant tout de la séparation des pouvoirs. Une grande confusion résulte de la capacité d'obscurcir par l'épithète «question politique» la nécessité de procéder à une investigation cas par cas. Décider si un domaine a, dans une certaine mesure, été attribué par la Constitution à une autre branche du gouvernement, ou si l'acte de cette branche excède les pouvoirs conférés quels qu'ils soient, est en soi un exercice délicat d'interprétation constitutionnelle, mais c'est pourtant là une responsabilité de cette cour en tant qu'interprète ultime de la Constitution.

Et, à la page 217, il dit:

[TRADUCTION] Il est clair que diverses formulations, avec de légères variantes en fonction du contexte dans lequel les questions se posent, peuvent décrire une question politique, mais chacune possède un ou plusieurs éléments qui la ramènent essentiellement à une fonction de la séparation des pouvoirs. Visible à la surface de



found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

While one or two of the categories of political question referred to by Brennan J. raise the issue of judicial or institutional competence already referred to, the underlying theme is the separation of powers in the sense of the proper role of the courts *vis-à-vis* the other branches of government. In this regard it is perhaps noteworthy that a distinction is drawn in the American case law between matters internal to the United States on the one hand and foreign affairs on the other. In the area of foreign affairs the courts are especially deferential to the executive branch of government: see e.g. *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972) (U.S. Dist. Ct.), at pp. 701 ff.

While Brennan J.'s statement, in my view, accurately sums up the reasoning American courts have used in deciding that specific cases did not present questions which were judicially cognizable, I do not think it is particularly helpful in determining when American courts will find that those factors come into play. In cases from *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), to *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), the Court has not allowed the "respect due coordinate branches of government" to prevent it from rendering decisions highly embarrassing to those holding executive or legislative office. In *Baker v. Carr* itself, *supra*, Frankfurter J., in dissent, expressed concern that the judiciary could not find manageable standards for the problems presented by the reapportionment of political districts. Indeed, some would say that the enforcement of the desegregation decision in *Brown v. Board of Education of*

toute affaire considérée comme faisant intervenir une question politique, on trouve une attribution constitutionnelle, démontrable par un texte, de la question à un organe politique correspondant, ou l'absence de norme pouvant être dégagée et utilisée judiciairement pour la résoudre, ou l'impossibilité de décider sans une décision de politique initiale relevant clairement d'un pouvoir discrétionnaire non judiciaire, ou l'impossibilité pour le tribunal d'entreprendre indépendamment d'apporter une solution sans manquer au respect dû aux organes du gouvernement correspondants, ou la nécessité inhabituelle d'accepter aveuglément une décision politique déjà prise, ou enfin l'embarras que pourraient éventuellement causer des décisions divergentes de différents organes sur une même question.

Si certaines des catégories de questions politiques mentionnées par le juge Brennan soulèvent la question de la compétence judiciaire ou institutionnelle dont on vient de parler, son thème sous-jacent est la séparation des pouvoirs, le rôle dans lequel doivent se cantonner les tribunaux par rapport aux autres organes du gouvernement. À cet égard, il vaut peut-être la peine de signaler la distinction faite par la jurisprudence américaine entre les questions d'ordre interne d'une part et les affaires étrangères d'autre part. Dans le domaine des affaires étrangères, les tribunaux se montrent particulièrement déférents envers l'exécutif: voir par ex. *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (1972) (U.S. Dist. Ct.), aux pp. 701 et suiv.

Bien qu'à mon avis, l'énoncé du juge Brennan résume adéquatement le raisonnement suivi par les tribunaux américains pour décider que certains cas n'étaient pas de ceux dont ils pouvaient connaître, je ne pense pas qu'il soit particulièrement utile pour déterminer dans quels cas les tribunaux américains jugeront que ces facteurs entrent en jeu. De l'arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), jusqu'à l'arrêt *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), la Cour n'a pas laissé [TRA-DUCTION] «le respect dû aux organes du gouvernement correspondants» lui interdire de prononcer des décisions fort embarrassantes pour ceux qui détiennent un mandat exécutif ou législatif. Dans l'arrêt *Baker v. Carr* lui-même, précité, le juge Frankfurter, dissident, a dit craindre que le pouvoir judiciaire ne puisse trouver de normes utilisables pour résoudre les problèmes que représentait la redistribution des circonscriptions politiques. En

*Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), gave rise to similar problems of judicial unmanageability. Yet American courts have ventured into these areas undeterred.

Academic commentators have expended considerable effort trying to identify when the political questions doctrine should apply. Although there are many theories (perhaps best summarized by Professor Scharpf in his article "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis," 75 *Yale L.J.* 517 (1966)), I think it is fair to say that they break down along two broad lines. The first, championed by scholars such as Weston, "Political Questions," *supra*, and Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961); Wechsler, Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966), define political questions principally in terms of the separation of powers as set out in the Constitution and turn to the Constitution itself for the answer to the question when the Courts should stay their hand. The second school, represented by Finkelstein, "Judicial Self-Limitation," 37 *Harv. L.Rev.* 338 (1924), and Bickel *The Least Dangerous Branch* (1962), especially chapter 4, "The Passive Virtues," roots the political questions doctrine in what seems to me to be a rather vague concept of judicial "prudence" whereby the courts enter into a calculation concerning the political wisdom of intervention in sensitive areas. More recently, commentators such as Tigar, "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine,' and Foreign Relations," 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970), and Henkin, "Is There a 'Political Question' Doctrine?" 85 *Yale L.J.* 597 (1976), have doubted the need for a political questions doctrine at all, arguing that all the cases which were correctly decided can be accounted for in terms of orthodox separation of powers doctrine.

Professor Tigar in his article suggests that the political questions doctrine is not really a doctrine at all but simply "a group of quite different legal rules and principles, each resting in part upon deference to the political branches of government" (p. 1163). He sees Justice Brennan's formulation

vérité certains diraient que l'application de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), sur la déségrégation raciale a donné lieu à des problèmes semblables de difficultés judiciaires. Et pourtant les tribunaux américains n'ont pas hésité à s'aventurer dans ces domaines.

Les auteurs ont consacré beaucoup d'énergie pour tenter de découvrir quand la doctrine des questions politiques devrait s'appliquer. Bien qu'il existe de nombreuses théories (dont le professeur Scharpf donne peut-être le meilleur résumé dans son article «Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis», 75 *Yale L.J.* 517 (1966)), je pense qu'il est juste de dire qu'ils peuvent être partagés en deux grandes écoles. La première, défendue par des auteurs comme Weston, «Political Questions», précité, et Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961); Wechsler, Book Review, 75 *Yale L.J.* 672 (1966), définit les questions politiques surtout en fonction de la séparation des pouvoirs fixés par la Constitution et se tourne vers la Constitution elle-même pour déterminer où doivent s'arrêter les tribunaux. La seconde école, représentée par Finkelstein, «Judicial Self-Limitation», 37 *Harv. L. Rev.* 338 (1924) et Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), surtout au chapitre 4, «The Passive Virtues», fonde la doctrine des questions politiques sur ce qu'il me semble être une notion plutôt vague de «prudence» judiciaire selon laquelle les tribunaux supputent la sagesse politique d'interventions dans des domaines délicats. Plus récemment, des commentateurs tels Tigar, «Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations», 17 *U.C.L.A. L.R.* 1135 (1970) et Henkin, «Is There a 'Political Question' Doctrine?» 85 *Yale L.J.* 597 (1976), remettent en cause la nécessité même de la doctrine des questions politiques, soutenant que tous les précédents bien fondés peuvent être expliqués en fonction de la doctrine orthodoxe de la séparation des pouvoirs.

Le professeur Tigar dans son article laisse entendre que la doctrine des questions politiques n'est pas vraiment une doctrine, mais simplement [TRADUCTION] «un agrégat de règles et de principes de droit fort peu homogènes, tous partiellement fondés sur le respect des organes politiques

of the doctrine in *Baker v. Carr*, *supra*, as an “unsatisfactory effort to rationalize a collection of disparate precedent” (p. 1163).

In the House of Lords in *Chandler*, *supra*, Lord Devlin expressed a similar reluctance to retreat from traditional techniques in the interpretation of the phrase “purpose prejudicial to the safety or interests of the state . . .” in the *Official Secrets Act, 1911*. His colleagues, in particular Lord Radcliffe and Lord Reid, seem to have been of the view that in matters of defence the Crown’s opinion as to what was prejudicial to the safety or interests of the State was conclusive upon the courts. Lord Devlin agreed with the result reached by his colleagues on the facts before him, and with the observation of Lord Parker on the Court of Criminal Appeal ([1962] 2 All E.R. 314, at pp. 319-20) that “the manner of the exercise of . . . [the Crown’s] prerogative powers [over the disposition and armament of the military] cannot be inquired into by the courts, whether in a civil or a criminal case . . .” ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 157) but went on to make three observations in clarification of his position.

Lord Devlin’s first observation was that the principle that the substance of discretionary decisions is not reviewable in the courts is one basic to administrative law and is not confined to matters of defence or the exercise of the prerogative. The second point was that even though review on the merits of a discretionary decision was excluded, that did not mean that judicial review was excluded entirely. The third comment was that the nature and effect of the principle of judicial review is “[to limit] the issue which the court has to determine . . .” ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 158).

Lord Devlin then proceeded to apply these propositions to the case before him and asked what it was that the jury was required to determine. In his view “the fact to be proved is the existence of a purpose prejudicial to the state—not a purpose which ‘appears to the Crown’ to be prejudicial to

du gouvernement» (p. 1163). Il voit dans la formulation de la doctrine par le juge Brennan dans l’arrêt *Baker v. Carr*, précité, un [TRADUCTION] «effort insatisfaisant pour rationaliser une série de précédents disparates» (p. 1163).

Dans l’arrêt *Chandler*, précité, de la Chambre des lords, lord Devlin a éprouvé une répugnance semblable à s’écarter des techniques traditionnelles dans l’interprétation de l’expression [TRADUCTION] «à des fins préjudiciables à la sûreté ou à l’intérêt de l’État . . .» de l’*Official Secrets Act, 1911*. Ses collègues, en particulier lord Radcliffe et lord Reid, semblent avoir été d’avis qu’en matière de défense, l’opinion de la Couronne sur ce qui est préjudiciable à la sûreté de l’État ou à ses intérêts est concluante pour les tribunaux. Lord Devlin a souscrit au résultat auquel sont arrivés ses collègues vu les faits dont il était saisi, ainsi qu’à l’observation suivante de lord Parker de la Cour d’appel criminelle ([1962] 2 All E.R. 314, aux pp. 319 et 320): [TRADUCTION] «le mode d’exercice des . . . pouvoirs de prérogative [de la Couronne sur le stationnement et l’armement des militaires] ne saurait faire l’objet d’une investigation de la part des tribunaux, qu’il s’agisse d’une affaire civile ou criminelle . . .» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 157); mais il a ajouté trois observations afin de clarifier sa position.

Sa première observation est que le principe selon lequel les tribunaux ne sauraient contrôler le fond des décisions discrétionnaires est fondamental en droit administratif et n’est nullement confiné aux questions de défense ou d’exercice de la prérogative. Son second point est que même si le contrôle d’une décision discrétionnaire sur le fond est exclu, cela ne veut pas dire qu’il y a exclusion totale du contrôle judiciaire. Son troisième commentaire est que la nature et l’effet du principe du contrôle judiciaire sont [TRADUCTION] «[de limiter] le point litigieux sur lequel la cour doit statuer . . .» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 158).

Lord Devlin a alors appliqué ces principes à l’espèce dont il était saisi et s’est demandé ce que le jury était requis de décider. À son avis, [TRADUCTION] «ce qu’il faut démontrer, c’est l’existence d’un dessein préjudiciable à l’État—non un dessein «considéré par la Couronne» comme préju-

the state" ([1962] 3 All E.R. 142, at p. 158). He accordingly went on to conclude at p. 159:

Consequently, the Crown's opinion as to what is or is not prejudicial in this case is just as inadmissible as the appellants'. The Crown's evidence about what its interests are is an entirely different matter. They can be proved by an officer of the Crown wherever it may be necessary to do so. In a case like the present, it may be presumed that it is contrary to the interests of the Crown to have one of its airfields immobilised just as it may be presumed that it is contrary to the interests of an industrialist to have his factory immobilised. The thing speaks for itself, as the Attorney-General submitted. But the presumption is not irrebuttable. Men can exaggerate the extent of their interests and so can the Crown. The servants of the Crown, like other men animated by the highest motives, are capable of formulating a policy ad hoc so as to prevent the citizen from doing something that the Crown does not want him to do. It is the duty of the courts to be as alert now as they have always been to prevent abuse of the prerogative. But in the present case there is nothing at all to suggest that the Crown's interest in the proper operation of its airfields is not what it may naturally be presumed to be or that it was exaggerating the perils of interference with their effectiveness.

(Emphasis added.)

It seems to me that the point being made by Lord Devlin, as well as by Tigar and Henkin in their writings, is that the courts should not be too eager to relinquish their judicial review function simply because they are called upon to exercise it in relation to weighty matters of state. Equally, however, it is important to realize that judicial review is not the same thing as substitution of the court's opinion on the merits for the opinion of the person or body to whom a discretionary decision-making power has been committed. The first step is to determine who as a constitutional matter has the decision-making power; the second is to determine the scope (if any) of judicial review of the exercise of that power.

It might be timely at this point to remind ourselves of the question the Court is being asked to decide. It is, of course, true that the federal legislature has exclusive legislative jurisdiction in relation to defence under s. 91(7) of the *Constitution*

diciable à l'État» ([1962] 3 All E.R. 142, à la p. 158). Il conclut donc à la p. 159:

[TRADUCTION] En conséquence, l'opinion de la Couronne sur ce qui est ou n'est pas préjudiciable en l'espèce est tout aussi inadmissible que celle des appelants. Les preuves de la Couronne concernant ses intérêts sont une tout autre chose. Ceux-ci peuvent être établis par un officier de la Couronne quand cela s'avère nécessaire. Dans un cas comme la présente espèce, on peut présumer qu'est contraire aux intérêts de la Couronne l'immobilisation de l'un de ses terrains d'aviation, tout comme on peut présumer qu'il est contraire aux intérêts d'un industriel que son usine soit immobilisée. Cela va sans dire, comme l'a soutenu le procureur général. Mais la présomption n'est pas irréfutable. Les hommes peuvent exagérer l'importance de leurs intérêts; il en est de même pour la Couronne. Les préposés de la Couronne, tout comme le reste des hommes, même animés des motifs les plus élevés, sont capables de formuler une politique *ad hoc*, conçue pour interdire au citoyen de faire ce que la Couronne ne veut pas qu'il fasse. Les tribunaux ont le devoir d'exercer aujourd'hui la même vigilance qu'ils ont toujours exercée afin de prévenir tout abus de prérogative. Mais dans la présente espèce rien n'autorise à croire que l'intérêt de la Couronne dans le fonctionnement normal de ses terrains d'aviation diffère de ce qu'on peut naturellement présumer, ou qu'elle exagère les dangers d'interférences avec leur efficacité.

(C'est moi qui souligne.)

Il me semble que ce que veut dire lord Devlin, de même que Tigar et Henkin dans leurs commentaires, c'est que les tribunaux ne devraient pas se montrer trop facilement prêts à abandonner l'exercice de leur fonction de contrôle judiciaire simplement parce qu'il s'agit d'importantes affaires d'État. De même, cependant, il faut se rendre compte que le contrôle judiciaire n'est pas la substitution de l'opinion du tribunal, quant au fond, à celle de la personne ou de l'organisme titulaire d'un pouvoir décisionnel discrétionnaire. Dans un premier temps, il faut établir qui, constitutionnellement, détient le pouvoir décisionnel; dans un second, il faut établir l'étendue (s'il y a lieu) du contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir.

Il est opportun à ce stade de nous rappeler la question que doit trancher la Cour. Il est vrai, bien entendu, que le Parlement fédéral détient une compétence législative exclusive en matière de défense en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitu-*

*Act, 1867* and that the federal executive has the powers conferred upon it in ss. 9-15 of that Act. Accordingly, if the Court were simply being asked to express its opinion on the wisdom of the executive's exercise of its defence powers in this case, the Court would have to decline. It cannot substitute its opinion for that of the executive to whom the decision-making power is given by the Constitution. Because the effect of the appellants' action is to challenge the wisdom of the government's defence policy, it is tempting to say that the Court should in the same way refuse to involve itself. However, I think this would be to miss the point, to fail to focus on the question which is before us. The question before us is not whether the government's defence policy is sound but whether or not it violates the appellants' rights under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*. This is a totally different question. I do not think there can be any doubt that this is a question for the courts. Indeed, s. 24(1) of the *Charter*, also part of the Constitution, makes it clear that the adjudication of that question is the responsibility of "a court of competent jurisdiction". While the court is entitled to grant such remedy as it "considers appropriate and just in the circumstances", I do not think it is open to it to relinquish its jurisdiction either on the basis that the issue is inherently non-justiciable or that it raises a so-called "political question": see Martin H. Redish, "Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function," 94 *Yale L.J.* 71 (1984).

I would conclude, therefore, that if we are to look at the Constitution for the answer to the question whether it is appropriate for the courts to "second guess" the executive on matters of defence, we would conclude that it is not appropriate. However, if what we are being asked to do is to decide whether any particular act of the executive violates the rights of the citizens, then it is not only appropriate that we answer the question; it is our obligation under the *Charter* to do so.

One or two hypothetical situations will, I believe, illustrate the point. Let us take the case of

*tionnelle de 1867* et aussi que l'Exécutif fédéral possède les pouvoirs que lui confèrent les art. 9 à 15 de cette loi. En conséquence, s'il était simplement demandé à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'exercice des pouvoirs de l'Exécutif en matière de défense en l'espèce, la Cour devrait refuser d'y répondre. Elle ne peut substituer son opinion à celle de l'Exécutif à qui la Constitution attribue le pouvoir décisionnel. Comme l'effet de l'action des appelants est d'attaquer la sagesse de la politique du gouvernement en matière de défense, il est tentant de dire que la Cour devrait de la même façon refuser de s'en mêler. Toutefois, je pense que ce serait là une erreur, ce serait contourner la question dont nous sommes saisis. La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est là une question totalement différente. Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux. D'ailleurs, le par. 24(1) de la *Charte*, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu'un tribunal compétent a la responsabilité de statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il «estime convenable et juste eu égard aux circonstances», je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue «question politique»: voir Martin H. Redish, «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function», 94 *Yale L.J.* 71 (1984).

Donc je conclus que si nous devons rechercher dans la Constitution la réponse à la question de savoir s'il est approprié que les tribunaux «prêtent des intentions» à l'Exécutif en matière de défense, nous concluons que non. Mais si on nous demande de décider si un acte spécifique de l'Exécutif porte atteinte aux droits des citoyens, non seulement est-il approprié que nous répondions à la question, mais c'est notre devoir en vertu de la *Charte* d'y répondre.

Quelques cas hypothétiques illustreront mon propos. Prenons le cas d'une personne, mobilisée

a person who is being conscripted for service during wartime and has been ordered into battle overseas, all of this pursuant to appropriate legislative and executive authorization. He wishes to challenge his being conscripted and sent overseas as an infringement of his rights under s. 7. It is apparent that his liberty has been constrained and, if he is sent into battle, his security of the person and, indeed, his life are put in jeopardy. It seems to me that it would afford the conscriptee a somewhat illusory protection if the validity of his challenge is to be determined by the executive. On the other hand, it does not follow from these facts that the individual's rights under the *Charter* have been violated. Even if an individual's rights to life and liberty under s. 7 are interpreted at their broadest, it is clear from s. 1 that they are subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". If the Court were of the opinion that conscription during wartime was a "reasonable limit" within the meaning of s. 1, a conscriptee's challenge on the facts as presented would necessarily fail.

By way of contrast, one can envisage a situation in which the government decided to force a particular group to participate in experimental testing of a deadly nerve gas. Although the government might argue that such experiments were an important part of our defence effort, I find it hard to believe that they would survive judicial review under the *Charter*. Equally we could imagine a situation during wartime in which the army began to seize people for military service without appropriate enabling legislation having been passed by Parliament. Such "press gang" tactics would, one might expect, be subject to judicial review even if the executive thought they were justified for the prosecution of the war.

Returning then to the present case, it seems to me that the legislature has assigned to the courts as a constitutional responsibility the task of determining whether or not a decision to permit the testing of cruise missiles violates the appellants' rights under the *Charter*. The preceding illustrations indicate why the legislature has done so. It is

en temps de guerre, qu'on envoie au front outre-mer, et ce conformément aux autorisations législatives et exécutives appropriées. Elle veut contester sa conscription et son envoi outre-mer parce que cela constituerait une atteinte à ses droits en vertu de l'art. 7. Il est clair que sa liberté a été restreinte et, si elle est envoyée au front, la sécurité de sa personne et même sa vie seront en danger. Il me semble que ce serait offrir à ce conscrit une protection somme toute illusoire si la validité de sa contestation devait dépendre de l'Exécutif. Mais d'autre part, il ne s'ensuit pas que les droits de cette personne aux termes de la *Charte* ont été violés. Même si les droits d'une personne à la vie et à la liberté en vertu de l'art. 7 sont interprétés dans leur sens le plus large, il est clair qu'en vertu de l'article premier ils font l'objet de «limites . . . raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si la Cour devait être d'avis que la conscription en temps de guerre est une «limite raisonnable» au sens de l'article premier, le conscrit, selon les faits présentés, serait nécessairement débouté.

À l'opposé, on peut concevoir une situation dans laquelle le gouvernement décide de forcer un certain groupe à participer à l'essai expérimental d'un gaz neurotoxique mortel. Même si le gouvernement pouvait soutenir que ces expériences constituent une part importante de l'effort de défense, j'estimerai difficile de croire qu'elles survivraient à un examen judiciaire en vertu de la *Charte*. De même, nous pouvons imaginer une situation de temps de guerre où l'armée prendrait des gens pour les envoyer au service militaire sans législation habilitante appropriée adoptée par le Parlement. Cette tactique de «presse» ferait, comme on peut l'imaginer, l'objet d'un examen judiciaire, même si l'Exécutif estimait cette tactique justifiée pour la poursuite de la guerre.

Pour en revenir à l'espèce, il me semble que le législateur a assigné aux tribunaux à titre de responsabilité constitutionnelle la tâche de décider si la décision d'autoriser les essais de missiles de croisière violent les droits des appelants garantis par la *Charte*. Les exemples précédents montrent pourquoi le législateur a agi ainsi. Il est donc à

therefore, in my view, not only appropriate that we decide the matter; it is our constitutional obligation to do so.

(2) In What Circumstances May a Statement of Claim Seeking Declaratory Relief Be Struck Out?

In order to put this issue in context it is necessary to review the procedural history of the case.

On July 20, 1983 the appellants filed a statement of claim seeking a declaration that their constitutional rights had been violated and consequential relief in the form of an injunction, damages and costs. The respondents moved on August 11, 1983 under Rule 419(1) of the *Federal Court Rules* to strike out the statement of claim primarily on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The statement was also alleged to be frivolous and vexatious and an abuse of the process of the Court. Cattanach J. denied the motion on September 15, 1983. He noted the requirement under Rule 408 that a statement of claim contain a precise statement of the material facts upon which the plaintiff relies and must stand or fall on the allegations of fact. He said that a statement of claim would not be struck out if the facts alleged were capable of constituting "the scintilla of a cause of action". He noted that by virtue of s. 32(1)(a) the *Charter* applies to the Parliament and government of Canada and by virtue of s. 24(1) the Court has jurisdiction to administer and provide appropriate remedies. He concluded that the statement of claim contained sufficient allegations to raise a justiciable issue and analogized the alleged liability of the respondents to liability for extra-hazardous activities contemplated by the rule in *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1 (H.L.) He concluded that there was a "germ of a cause of action" disclosed in the statement of claim.

On September 19, 1983 the respondents appealed to the Federal Court of Appeal. On October 7, 1983 the appellants sought leave from the Court of Appeal to amend their statement of

mon avis non seulement approprié que nous statuions sur la question; nous avons l'obligation constitutionnelle de le faire.

2) Quand une déclaration concluant à un jugement déclaratoire peut-elle être radiée?

Pour situer cet aspect du litige dans son contexte, il est nécessaire d'examiner le déroulement de la procédure en l'espèce.

Le 20 juillet 1983, les appelants produisaient une déclaration concluant à un jugement qui déclarerait que leurs droits constitutionnels ont été violés et demandant en conséquence une injonction, des dommages-intérêts et les dépens. Les intimés ont requis, le 11 août 1983, sur le fondement de la règle 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, la radiation de la déclaration, pour le motif principal qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Il a aussi été allégué que la déclaration était futile et vexatoire et constituait un emploi abusif des procédures de la Cour. Le juge Cattanach a rejeté la requête le 15 septembre 1983. Il a noté l'obligation imposée par la règle 408 d'une articulation précise dans la déclaration des faits essentiels qu'invoque le demandeur et qui est déterminante pour la validité de la déclaration. Il a dit qu'une déclaration ne peut être radiée si les faits articulés sont «le moins susceptible de constituer un fondement de cause d'action». En vertu de son al. 32(1)a), la *Charte* s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada et, en vertu du par. 24(1), la Cour a compétence pour ordonner les réparations convenables. La déclaration, a-t-il conclu, contenait suffisamment d'allégations pour soulever un point dont peuvent connaître les tribunaux et il a comparé la responsabilité imputée aux intimés à la responsabilité pour activités très dangereuses selon la conception de la règle de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*, [1861-73] All E.R. 1 (H.L.) Il y avait, a-t-il conclu, «au moins le germe d'une cause d'action» dans la déclaration.

Le 19 septembre 1983, les intimés en appelaient à la Cour d'appel fédérale. Le 7 octobre 1983, les appelants demandaient à la Cour d'appel l'autorisation de modifier leur déclaration en vertu de la

claim under Rule 1104 to include an allegation that the testing of the cruise missile in Canada *per se* violated the appellants' rights under s. 7 of the *Charter*. Pratte J. dismissed the application without reasons on October 11, 1983. The Federal Court of Appeal heard the case on November 28, 1983 and allowed the respondents' appeal for the reasons outlined earlier.

The appeal to this Court was heard on February 14 and 15, 1984. On March 6, 1984 the appellants applied to Muldoon J. for an injunction under Rule 469 of the *Federal Court Rules* to prevent testing until the case was decided. Muldoon J. concluded that until this Court decreed differently the law applicable to the matter was that the appellants' claim was non-justiciable. He held that in order to get an interlocutory injunction "co-gent" evidence of a violation of a right had to be presented. The evidence presented was speculative only and could not establish a "real and proximate jeopardy" to the appellants' rights. There was nothing therefore to support the issue of an injunction.

The procedural issue before the Court then is: did the appellants' statement of claim disclose a reasonable cause of action within the meaning of Rule 419 of the *Federal Court Rules*?

#### (a) The Applicable Principle

Estey J. stated the applicable principle in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.)

In *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363, a declaration was sought against a ministerial exercise of discretion. An application for striking out on the basis of no reasonable cause of action

règle 1104, pour y alléguer que l'essai du missile de croisière au Canada, en soi, violait les droits des appelants aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Pratte a rejeté la requête sans motifs le 11 octobre 1983. La Cour d'appel fédérale a entendu l'affaire le 28 novembre 1983 et a fait droit à l'appel des intimés pour les raisons exposées précédemment.

Le pourvoi devant cette Cour a été entendu les 14 et 15 février 1984. Le 6 mars 1984, les appelants présentaient devant le juge Muldoon une requête en injonction, conformément à la règle 469 des *Règles de la Cour fédérale*, qui interdirait les essais tant que l'affaire n'aurait pas été jugée. Le juge Muldoon a conclu que tant que cette Cour n'en aurait pas décidé autrement, la demande des appelants, suivant le droit applicable, n'était pas justiciable des tribunaux. Il a conclu que pour obtenir une injonction interlocutoire, il fallait des preuves «convaincantes» de la violation d'un droit. Les preuves présentées n'étaient qu'hypothétiques et ne pouvaient démontrer l'existence d'un «péril réel et imminent» pour les droits des appelants. Il n'y avait rien donc qui justifiait de délivrer une injonction.

Voici donc la question de procédure dont est saisie la Cour: la déclaration des appelants comporte-t-elle une cause raisonnable d'action au sens de la règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*?

#### a) Le principe applicable

Le juge Estey a énoncé le principe applicable dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.)

Dans l'affaire *Shawn v. Robertson* (1964), 46 D.L.R. (2d) 363, on concluait à un jugement déclaratoire à l'encontre de l'exercice ministériel d'un pouvoir discrétionnaire. Une demande de



was made under the Ontario Rules. Grant J. stated, at p. 365:

The principles to be applied by the Court in determining whether to exercise jurisdiction conferred by Rule 126 or not are set out in the following cases; in *Ross v. Scottish Union & National Insurance Co.* (1920), 53 D.L.R. 415 at pp. 421-2, 47 O.L.R. 308 at p. 316, Magee, J.A., states:

That inherent jurisdiction is partly embodied in our Rule 124 (now R. 126) . . . The Rule has only been acted upon in plain and obvious cases, and it should only be so when the Court is satisfied that the case is one beyond doubt, and that there is no reasonable cause of action or defence.

And at p. 423 D.L.R., p. 317 O.L.R.: "To justify the use of Rule 124 . . . it is not sufficient that the plaintiff is not likely to succeed at the trial."

In *Gilbert Surgical Supply Co. and Gilbert v. Frank W. Horner Ltd.*, 34 C.P.R. 17, [1960] O.W.N. 289, 19 Fox Pat. C. 209, Aylesworth, J.A., speaking for himself, Porter C.J.O., and LeBel, J.A., states as follows at p. 289 O.W.N.:

He said that the action was novel and he could not agree that the defendant had shown the case to be one within the Rule. At this stage of litigation the Court could not conclude that the plaintiff's action could not possibly succeed or that clearly and beyond all doubt, no reasonable cause of action had been shown.

A case analogous to the present case, not in the nature of the issues involved but in the novelty of the alleged cause of action and the absence of precedent, is *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771. In that case a pregnant mother contracted German measles in the early months of her pregnancy. Her doctor took blood samples from her which were tested by the defendant Health Authority but the infection was not diagnosed and the child was born severely disabled. The mother and child sued the doctor and the Health Authority for negligence, the child claiming damages for her "entry into a life in which her injuries are highly debilitating". The Master struck out the child's claim on the basis it disclosed no reasonable cause of action. His order

radiation fondée sur une absence de cause raisonnable d'action a été déposée en vertu des règles de l'Ontario. Le juge Grant a dit, à la p. 365:

[TRADUCTION] Les principes que doit appliquer la Cour pour décider d'exercer ou non la compétence que lui attribue la règle 126 sont énoncés dans l'arrêt *Ross v. Scottish Union & National Insurance Co.* (1920), 53 D.L.R. 415, aux pp. 421 et 422, 47 O.L.R. 308, à la p. 316, par le juge Magee de la Cour d'appel:

Cette compétence inhérente est partiellement incorporée dans notre règle 124 (règle 126 aujourd'hui) . . . On n'a agi sur le fondement de la règle que dans les affaires claires et évidentes, et il ne devrait en être ainsi que si la Cour est convaincue qu'il n'y a aucun doute, et qu'il n'existe aucune cause raisonnable de demande ou de défense.

Et, à la p. 423 des D.L.R., à la p. 317 des O.L.R.: «Pour justifier le recours à la règle 124 . . . il ne suffit pas qu'il soit peu vraisemblable que le demandeur ait gain de cause.»

Dans l'arrêt *Gilbert Surgical Supply Co. and Gilbert v. Frank W. Horner Ltd.*, 34 C.P.R. 17, [1960] O.W.N. 289, 19 Fox Pat. C. 209, le juge Aylesworth de la Cour d'appel, s'exprimant en son nom et en celui du juge en chef de l'Ontario Porter et du juge LeBel, dit à la p. 289 des O.W.N.:

Il a dit qu'il s'agissait d'une action nouvelle et qu'il ne pouvait dire que le défendeur avait démontré que l'affaire relevait de la règle. À ce stade de la procédure, la Cour ne pouvait conclure que l'action de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie ni qu'il était manifeste et hors de tout doute qu'aucune cause raisonnable d'action n'avait été établie.

L'affaire *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 All E.R. 771, est analogue à l'espectre, non par la nature du litige, mais par la nouveauté de la cause d'action alléguée et par l'absence de précédent. Dans cette affaire, une femme enceinte avait contracté la rubéole dans les premiers mois de sa grossesse. Son médecin lui avait fait des prises de sang et le bureau de la santé publique défendeur avait fait les tests, mais l'infection ne fut pas diagnostiquée et l'enfant naquit gravement handicapée. La mère et l'enfant ont poursuivi le médecin et le bureau de santé publique en responsabilité délictuelle et l'enfant demandait des dommages-intérêts pour son [TRADUCTION] «entrée dans la vie avec des lésions gravement débilitantes». Le protonotaire a radié la

was set aside on appeal, the judge holding that the defendants owed a duty of care to the child and her real claim was not that she had suffered damage by reason of “wrongful entry into life” but by reason of having been born deformed. This gave rise to a reasonable cause of action. An appeal to the Court of Appeal was allowed and the order of the Master striking out the claim restored.

Stephenson L.J. had to struggle with the question whether a child had a right not to be born deformed which in the case of a child deformed or disabled before birth by disease meant a right to be aborted. Counsel for the child submitted that this could not be viewed as a plain and obvious case susceptible of only one result, nor could it be viewed as frivolous or vexatious; although it might be novel, it raised issues of real substance which ought to go to trial. His Lordship disagreed. He said at p. 778:

Here the court is considering not ‘ancient law’ but a novel cause of action, for or against which there is no authority in any reported case in the courts of the United Kingdom or the Commonwealth. It is tempting to say that the question whether it exists is so difficult and so important that it should be argued out at a trial and on appeal up to the House of Lords. But it may become just as plain and obvious, after argument on the defendants’ application to strike it out, that the novel cause of action is unarguable or unsustainable or has no chance of succeeding.

(Emphasis added.)

It would seem then that as a general principle the Courts will be hesitant to strike out a statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The fact that reaching a conclusion on this preliminary issue requires lengthy argument will not be determinative of the matter nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs.

demande de l’enfant parce qu’elle ne révélait aucune cause raisonnable d’action. Son ordonnance fut infirmée en appel où le juge a dit que les défendeurs avaient une obligation de diligence envers l’enfant et que sa véritable demande n’était pas fondée sur le préjudice subi en raison de son [TRADUCTION] «entrée malencontreuse dans la vie» mais sur le fait d’être née difforme. Cela constituait une cause raisonnable d’action. Un appel à la Cour d’appel fut accueilli et l’ordonnance du protonotaire radiant la demande rétablie.

Le lord juge Stephenson devait décider l’épineuse question de savoir si un enfant a le droit de ne pas naître difforme, ce qui, dans le cas d’un enfant difforme ou rendu infirme par une maladie avant la naissance, signifiait le droit à l’avortement. L’avocat de l’enfant fit valoir qu’on ne pouvait considérer cette demande comme un cas simple et clair, susceptible d’un seul résultat, pas plus qu’on ne pouvait la considérer comme futile ou vexatoire; elle était peut-être nouvelle, mais elle soulevait des questions d’une réelle substance qui devaient être tranchées en justice. Sa Seigneurie ne fut pas de cet avis. Elle dit, à la p. 778:

[TRADUCTION] Ici la Cour ne statue pas selon «l’ancien droit»; elle est saisie d’une cause nouvelle d’action, à l’égard de laquelle il n’existe aucun précédent publié, favorable ou défavorable, des tribunaux du Royaume-Uni ou du Commonwealth. Il est tentant de dire que la question de son existence est si difficile et si importante qu’il devrait en être débattu en première instance, puis en appel et jusque devant la Chambre des lords. Mais il peut s’avérer tout aussi clair et évident, après le débat sur la demande des défendeurs visant sa radiation, que cette nouvelle cause d’action est indéfendable, ne saurait être soutenue ou qu’elle n’a aucune chance d’être accueillie.

(C’est moi qui souligne.)

Il semble donc qu’en règle générale les tribunaux hésitent à radier une déclaration pour le motif qu’elle ne révèle aucune cause raisonnable d’action. La nécessité d’un débat pour arriver à une conclusion sur ce point préliminaire n’est pas un élément décisif et la nouveauté de la cause d’action ne joue pas contre les demandeurs.

It has been suggested, however, that the plaintiffs' claim should be struck out because some of the allegations contained in it are not matters of fact but matters of opinion and that matters of opinion, being to some extent speculative, do not fall within the principle that the allegations of fact in the statement of claim must be taken as proved. I cannot accept this proposition since it appears to me to imply that a matter of opinion is not subject to proof. What we are concerned with for purposes of the application of the principle is, it seems to me, "evidentiary" facts. These may be either real or intangible. Real facts are susceptible of proof by direct evidence. Intangible facts, on the other hand, may be proved by inference from real facts or through the testimony of experts. Intangible facts are frequently the subject of opinion. The question of the probable cause of a certain result is a good illustration and germane to the issues at hand. An allegation that the lack of shower facilities at a defendant's brickworks probably resulted in a plaintiff employee's skin disease may in lay language appear to be merely an expression of medical opinion, but it is also in law a determination which the courts can properly infer from the surrounding facts and expert opinion evidence: see *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) Indeed, even a finding that an event "would cause" a certain result in the future is a finding of intangible fact. For example, in *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, it was necessary to determine whether or not the finding "that the ignition of any other heap or bing of blaes on said farm or in the vicinity of the pursuers' land would cause material discomfort and annoyance to the pursuers," was a finding of fact or a finding of law. It was argued that it could not be a finding of fact because it related to something that was "prospective, future, not actually in existence". The Earl of Selborne agreed that, since the thing had not actually happened, a finding of fact as a thing past was impossible. But it was nevertheless a finding of fact and "there is a fallacy in saying that, because the word 'would' is a word of futurity, the words 'would cause' do not mean something which is properly a fact" (p. 690). See also on causation as an issue of fact *Alphacell Ltd.*

On a fait valoir cependant que la déclaration des demandeurs devrait être radiée parce que certaines des allégations ne sont pas des questions de fait, mais des questions d'opinion et que celles-ci, qui sont dans une certaine mesure conjecturales, ne relèvent pas du principe selon lequel les allégations de fait dans la déclaration doivent être considérées comme prouvées. Je ne peux accepter cette proposition puisqu'elle me semble impliquer qu'une question d'opinion n'est pas susceptible d'être prouvée. Ce qui importe aux fins de l'application du principe est, à mon avis, les faits «apportant une preuve». Ceux-ci peuvent être réels ou intangibles. Les faits réels peuvent être prouvés par preuve directe. Par contre, les faits intangibles peuvent être prouvés par déduction à partir de faits réels ou par témoignage d'experts. Les faits intangibles font fréquemment l'objet d'opinion. La question de la cause probable d'un certain résultat est une bonne illustration, voisine des questions en litige. Une allégation que le manque de douche à la briqueterie de la défenderesse a probablement entraîné la maladie cutanée de l'employé demandeur semble n'être que l'expression d'une opinion médicale, mais c'est aussi, en droit, une conclusion que les tribunaux peuvent à bon droit tirer des faits connexes et de l'opinion d'expert: voir *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) D'ailleurs, même une conclusion qu'un événement «causerait» un certain résultat dans l'avenir, est une conclusion de fait intangible. Par exemple, dans l'affaire *Fleming v. Hislop* (1886), 11 A.C. 686, il fallait déterminer si la conclusion [TRADUCTION] «que mettre le feu à d'autres monceaux ou tas de déchets miniers sur la ferme en question ou à proximité des terres des requérants causerait une gêne et un désagrément réels à ces derniers», était une conclusion de fait ou de droit. On a fait valoir qu'il ne pouvait s'agir d'une conclusion de fait parce qu'elle se rapportait à quelque chose qui était [TRADUCTION] «éventuel, futur, sans existence réelle». Le comte de Selborne a estimé que, puisque rien ne s'était réellement passé, une conclusion de fait comme chose passée était impossible. Mais il ne s'était jamais agi d'une conclusion de fait et [TRADUCTION] «il est erroné de dire que, parce que le

v. *Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, per Lord Salmon, at pp. 489-90.

The nature of causation has been discussed by many eminent philosophers and also by a number of learned judges in the past. I consider, however, that what or who has caused a certain event to occur is essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory.

In my view, several of the allegations contained in the statement of claim are statements of intangible fact. Some of them invite inferences; others anticipate probable consequences. They may be susceptible to proof by inference from real facts or by expert testimony or "through the application of common sense principles": see *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350, at p. 363, per Lord Dunedin. We may entertain serious doubts that the plaintiffs will be able to prove them by any of these means. It is not, however, the function of the Court at this stage to prejudge that question. I agree with Cattanach J. that the statement of claim contains sufficient allegations to raise a justiciable issue.

#### (b) Declaratory Relief

This may be an appropriate point at which to consider the appellants' submission that in order to establish a reasonable cause of action in relation to their claim for declaratory relief as opposed to their claim for an injunction and damages, they do not have to allege in their statement of claim the violation of a right or the threat of a violation of a right. It is sufficient, they submit, that the plaintiff have standing, that a "serious constitutional issue" is raised, and that the declaration sought serves a useful purpose. In support of this contention the appellants rely on *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, and *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138. *Thorson* involved an alleged excess of legislative

«conditionnel» indique l'éventualité, le verbe «causer» au conditionnel n'indique pas un fait à proprement parler» (p. 690). Voir également sur la causalité en tant que question de fait, *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, lord Salmon à la p. 489 et 490:

[TRADUCTION] La nature de la causalité a été discutée par de nombreux et éminents philosophes et aussi par de nombreux savants juges du passé. Je considère cependant que déterminer la chose ou la personne qui a causé un certain événement est essentiellement une question pratique de fait à laquelle le bon sens ordinaire, plutôt qu'une théorie métaphysique abstraite, permet le mieux de répondre.

À mon avis, plusieurs des allégations de la déclaration sont des énoncés de faits intangibles. Certains invitent des déductions; d'autres anticipent les conséquences probables. Ils peuvent faire l'objet de preuve par déduction à partir de faits réels ou de témoignage d'expert, ou [TRADUCTION] «par l'application de principes de bon sens»: voir *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350, à la p. 363, lord Dunedin. Il est fort douteux que les demandeurs puissent les prouver d'une quelconque manière. Il n'appartient cependant pas à la Cour à ce stade de préjuger de cette question. Je suis d'accord avec le juge Cattanach pour dire que la déclaration contient des allégations suffisantes pour soulever une question justiciable des tribunaux.

#### g) Le jugement déclaratoire

Il convient maintenant d'examiner la thèse des appelants voulant que, pour établir une cause raisonnable à leur demande de jugement déclaratoire, par opposition à leur demande d'injonction et de dommages-intérêts, ils n'aient pas à alléguer dans leur déclaration la violation ou la menace de violation d'un droit. Il suffit, font-ils valoir, que le demandeur ait qualité pour agir, qu'une «importante question constitutionnelle» soit soulevée et que le jugement déclaratoire demandé serve une fin utile. À l'appui de leur prétention, les appelants invoquent l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, et l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138. L'affaire *Thorson* soulevait la ques-

power by the Parliament of Canada as did the later case of *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265. Given the nature of such questions it is undoubtedly true that no violation of a right need necessarily be involved.

Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, suggests that declaratory relief in cases which are not susceptible of any other relief is distinctive in that:

... no "injury" or "wrong" need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty, by denial, by the existence of a potentially injurious instrument, by some unforeseen event or catastrophe the effect of which gives rise to dispute, or by the assertion of a conflicting claim by the defendant . . . .

Borchard then goes to expand upon the concept of a "legal interest" at pp. 48-49:

It is an essential condition of the right to invoke judicial relief that the plaintiff have a protectible interest. The fact that under declaratory procedure so many types of legal issues are presentable for determination which are incapable of any other form of relief, has imposed upon the courts at the outset the function of determining whether the facts justify the grant of judicial relief, and more particularly, whether the plaintiff has a "legal interest" in the relief he seeks. In the more familiar executory action, the legal interest is sought in the "cause of action," but, as already observed, the narrow scope often given to this ambiguous term has served to conceal from view the many occasions and situations in which a plaintiff not yet physically injured or one seeking escape from dilemma and uncertainty by a clarification of his legal position has need for judicial relief not of the traditional kind. The wider opportunity and necessity for judicial usefulness disclosed by the declaratory judgment make necessary either a more flexible and comprehensive connotation of the term "cause of action" or the employment of a less chameleonic term to indicate when the petitioner may be accorded judicial protection. Without losing sight of the necessity for jurisdictional facts, it is suggested that the term "legal interest" meets the need.

tion d'un prétendu excès de pouvoir législatif de la part du Parlement du Canada comme ce fut le cas de l'affaire ultérieure *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265. Étant donné la nature de ces questions, il est manifestement vrai qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu violation d'un droit.

Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), à la p. 27, suggère que le jugement déclaratoire dans les affaires qui ne peuvent faire l'objet d'un autre genre de recours est différent en ce que:

[TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire qu'un «préjudice» ou un «acte dommageable» ait été vraiment commis ou menacé de l'être pour que le demandeur puisse demander à la justice d'intervenir; il n'a qu'à démontrer un intérêt juridique ou que l'un de ses droits est en péril ou est gravement menacé, par son déni, par l'existence d'un instrument potentiellement dangereux, par quelque événement ou catastrophe imprévus ayant pour effet de donner naissance à un différend, ou par l'assertion d'une prétention contraire du défendeur . . .

Borchard élabore ensuite sur la notion d'«intérêt juridique» aux pp. 48 et 49:

[TRADUCTION] Le droit de recourir à la justice est assorti de la condition essentielle que le demandeur ait un intérêt à protéger. Le fait que la procédure de jugement déclaratoire permet de connaître de multiples questions de droit pour lesquelles il n'existe aucune autre forme de recours a dès le début exigé des tribunaux qu'ils déterminent d'abord si les faits justifient qu'un redressement judiciaire soit accordé et, plus particulièrement, si le demandeur a un «intérêt juridique» au redressement qu'il demande. Dans le cas mieux connu de l'action exécutoire, l'intérêt juridique est recherché dans la «cause d'action» mais, comme on l'a déjà observé, la portée restreinte souvent donnée à cette expression ambiguë a permis d'occulter les nombreux cas et situations dans lesquels le demandeur, alors qu'il n'a subi encore aucun dommage matériel ou alors qu'il cherche à échapper à un dilemme ou à une situation juridique incertaine en la faisant clarifier, a besoin d'une intervention judiciaire non traditionnelle. La nouvelle possibilité qu'offre le jugement déclaratoire et sa nécessité sur le plan de l'utilité judiciaire exigent soit une acception plus flexible et plus large de l'expression «cause d'action», soit l'emploi d'une expression moins caméléon pour indiquer quand le requérant peut obtenir la protection judiciaire. Sans perdre de vue la nécessité de l'existence de faits attributifs de compétence, nous pensons que l'expression «intérêt juridique» répond à ce besoin.

Where, however, the unconstitutionality of a law or an act is founded upon its conflict with a right, then the right must be alleged to have been violated. Such was the case in *Borowski* where a declaration was being sought to the effect that the abortion provisions in the *Criminal Code* contravened the right to life guaranteed by s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. It was alleged in *Borowski* that rights were being violated even although they were the rights of human foetuses and not rights of the plaintiff. It seems to me that whenever a litigant raises a "serious constitutional issue" involving a violation of the *Charter* or the *Canadian Bill of Rights* then, since what is being complained of is an alleged violation of a right, it follows almost by definition that the nature of the alleged violation must be asserted. Moreover, as the respondents point out, s. 24(1) of the *Charter* makes the infringement or denial of a right a pre-condition to obtaining relief in the courts under that section. That being so, it seems to follow that the infringement or denial complained of must be specifically pleaded.

The appellants submit, however, that while their consequential relief in the form of an injunction and damages is made pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, their claim for declaratory relief is at large. It is not sought pursuant to that section in paragraph 9(c) of their statement of claim which merely seeks a declaration of unconstitutionality. It is, they submit, a separate cause of action at common law and also under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and can stand alone even if they fail in their claim for consequential relief under s. 24(1). They cite Rule 1723 of the *Federal Court Rules* which provides:

*Rule 1723.* No action shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.

The appellants acknowledge that a declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821) but

Lorsque, toutefois, l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte est fondée sur son conflit avec un droit, il faut alors alléguer que ce droit a été violé. Tel était le cas dans l'affaire *Borowski*; on y concluait à un jugement déclaratoire qui aurait dit que les dispositions du *Code criminel* sur l'avortement contrevenaient au droit à la vie garanti par l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. On alléguait dans cette affaire que des droits étaient violés, même s'il s'agissait des droits de foetus humains et non pas de ceux du demandeur. Il me semble que chaque fois qu'un plaideur soulève une «importante question constitutionnelle» mettant en cause une violation de la *Charte* ou de la *Déclaration canadienne des droits*, puisqu'on se plaint de la violation prétendue d'un droit, il s'ensuit, par définition pour ainsi dire, que la nature de la violation alléguée doit être énoncée. De plus, comme le font remarquer les intimés, le par. 24(1) de la *Charte* fait de la violation ou de la négation d'un droit une condition préalable à l'obtention d'une réparation judiciaire en vertu de cet article. Cela étant, il semble s'ensuire que la violation ou la négation dont on fait grief doit être expressément plaidée.

Cependant les appelants font valoir que si l'injonction et les dommages-intérêts demandés en conséquence sont fondés sur le par. 24(1) de la *Charte*, leur demande de jugement déclaratoire est générale. L'alinéa 9c) de leur déclaration ne s'appuie pas sur cette disposition et se borne à conclure à un jugement déclarant l'inconstitutionnalité en général. Il s'agit, font-ils valoir, d'une cause d'action distincte en *common law*, fondée aussi sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cause qui peut exister par elle-même, même s'ils sont déboutés de leur action en réparation fondée sur le par. 24(1). Ils citent la règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale*, qui porte:

*Règle 1723.* Il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoires; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence.

Les appelants reconnaissent que le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire (*Solosky c. La Reine*, [1980]

say that the discretion lies with the trial court and is exercisable only after a trial on the merits. Accordingly, their claim for this relief should not have been struck out at the preliminary stage regardless of the fate of their other claims. However, as the respondents point out, declaratory relief is only discretionary in the sense that a court may refuse it even if the case for it has been made out: see Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), at p. 193. The Court, therefore, on a motion to strike on the basis that no reasonable cause of action has been disclosed in the statement of claim is not in any sense usurping the discretionary power of the trial court.

(i) Inconsistency with the *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Section 52 would appear to have the same role in terms of imposing a constitutional limitation on law-making power in Canada as its predecessors, s. 2 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28 & 29 Vict., c. 63 and s. 7 of the *Statute of Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, c. 4 (R.S.C. 1970, App. II, No. 26): see La Forest, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 19, at p. 28. Section 2 of the *Colonial Laws Validity Act 1865* provides:

2. Any Colonial Law which is or shall be in any respect repugnant to the Provisions of any Act of Parliament extending to the Colony to which such Law may relate, or repugnant to any Order or Regulation made under Authority of such Act of Parliament, or having in the Colony the Force and Effect of such Act, shall be read subject to such Act, Order, or Regulation, and shall, to the Extent of such Repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

Section 7 of the *Statute of Westminster, 1931* provides:

1 R.C.S. 821), mais ils disent que ce pouvoir discrétionnaire appartient au tribunal de première instance et ne peut être exercé qu'après audition sur le fond. En conséquence, leur demande de redressement n'aurait pas dû être radiée à ce stade préliminaire, quel que soit le sort réservé à leurs autres prétentions. Toutefois, comme le font remarquer les intimés, un jugement déclaratoire n'est discrétionnaire qu'en ce sens que le tribunal peut le refuser, même si on a apporté une preuve le justifiant: voir Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), à la p. 193. Donc la Cour saisie d'une requête en radiation qui invoque que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action n'usurpe en rien le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance.

(i) L'incompatibilité avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* porte:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Il semble que, pour ce qui est d'imposer une limite constitutionnelle sur le pouvoir de légiférer au Canada, l'art. 52 joue le même rôle que ses prédécesseurs, l'art. 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, 28 & 29 Vict., chap. 63, et l'art. 7 du *Statut de Westminster, 1931*, 22 Geo. 5, chap. 4 (S.R.C. 1970, app. II, n° 26): voir La Forest, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview» (1983), 61 *R. du B. can.* 19, à la p. 28. L'article 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies* prévoit:

[TRADUCTION] 2. Toute loi coloniale qui est ou sera de quelque façon incompatible avec les dispositions d'une loi du Parlement applicable à la Colonie d'où provient cette loi, ou incompatible avec une ordonnance ou un règlement adopté en vertu de ladite loi du Parlement, ou ayant dans la Colonie l'effet de ladite loi, doit s'interpréter sous réserve desdits loi, ordonnance ou règlement et sera absolument nulle et inopérante, mais seulement dans la mesure de cette incompatibilité.

L'article 7 du *Statut de Westminster, 1931* prévoit:

7. (1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

Accordingly, Dickson J., as he then was, is unquestionably correct when he states in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 313:

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme.

Dickson J. then goes on to note that where a declaration is sought under s. 52 to the effect that legislation is unconstitutional the standing requirements for constitutional litigation must of course be met.

If the appellants are relying on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* as the source of their right to a declaration of unconstitutionality, which it would appear from their factum that they are, it is noted that that provision is directed to "laws" which are inconsistent with the provisions of the Constitution.

Counsel for the appellants submitted in oral argument that they should not be prejudiced in the relief sought by the absence of any law authorizing, ratifying or implementing the agreement between Canada and the United States since legislation, they submitted, should have been passed. The government should not therefore be allowed to immunize itself against judicial review under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by its own omission to do that which it ought to have done.

This argument assumes, of course, that legislation was required and this does not appear to be so.

7. (1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Donc, le juge Dickson (alors juge puîné) a parfaitement raison de dire dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313:

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution.

Le Juge Dickson poursuit en rappelant que, lorsqu'on conclut à un jugement déclaratoire en vertu de l'art. 52 pour faire déclarer une législation inconstitutionnelle, les exigences relatives à la qualité pour agir dans un litige constitutionnel doivent évidemment être remplies.

Si les appelants recherchent dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* la source de leur droit à une déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui d'après leur mémoire semble être le cas, il faut se souvenir que cette disposition vise les «règles de droit» qui sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution.

Les avocats des appelants ont soutenu cependant au cours des plaidoiries que l'absence de législation autorisant, ratifiant ou mettant en œuvre l'accord intervenu entre le Canada et les États-Unis ne devrait pas les empêcher d'obtenir la réparation à laquelle ils concluent puisqu'une telle législation, soutiennent-ils, aurait dû être adoptée. On ne devrait pas permettre au gouvernement de se protéger du contrôle judiciaire en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison de sa propre omission de faire ce qu'il aurait dû faire.

Cet argument présuppose bien entendu qu'une législation était nécessaire; or il ne semble pas que



The law in relation to treaty-making power was definitively established for Canada and the rest of the Commonwealth in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326, where Lord Atkin stated at pp. 347-48:

It will be essential to keep in mind the distinction between (1.) the formation, and (2.) the performance, of the obligations constituted by a treaty, using that word as comprising any agreement between two or more sovereign States. Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law. If the national executive, the government of the day, decide to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes. To make themselves as secure as possible they will often in such cases before final ratification seek to obtain from Parliament an expression of approval. But it has never been suggested, and it is not the law, that such an expression of approval operates as law, or that in law it precludes the assenting Parliament, or any subsequent Parliament, from refusing to give its sanction to any legislative proposals that may subsequently be brought before it. Parliament, no doubt, as the Chief Justice points out, has a constitutional control over the executive: but it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone.

(Emphasis added.)

A treaty, therefore, may be in full force and effect internationally without any legislative implementation and, absent such legislative implementation, it does not form part of the domestic law of Canada. Legislation is only required if some alteration in the domestic law is needed for its implementation: see R. St. J. Macdonald: "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris and Johnston, p. 88.

ce soit le cas. Le droit relatif au pouvoir de conclusion des traités a été définitivement établi pour le Canada et le reste du Commonwealth par l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (les conventions de travail)*, [1937] A.C. 326, dans lequel lord Atkin a dit, aux pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Il est essentiel d'avoir présente à l'esprit la distinction entre (1.) la formation et (2.) l'exécution des obligations qui découlent d'un traité, ce mot s'appliquant à toute entente entre deux ou plusieurs États souverains. Dans les pays constituant l'Empire britannique, il y a une règle bien établie qui veut que la conclusion d'un traité soit un acte qui relève de l'Exécutif, tandis que l'exécution de ses obligations, si elles entraînent une modification aux lois du pays, exige l'intervention du pouvoir législatif. Contrairement à ce qui a lieu ailleurs, les stipulations d'un traité dûment ratifié n'ont pas dans l'Empire, en vertu de ce traité même, force de loi. Si l'Exécutif national, le gouvernement du jour, décide d'assumer les obligations d'un traité qui entraînent des modifications aux lois existantes, il doit demander au Parlement son assentiment, toujours aléatoire, aux modifications proposées. Afin d'être sûr de ce consentement, il s'efforcera très souvent d'obtenir, avant la ratification finale, l'approbation expresse du Parlement. Mais on n'a jamais soutenu, et la loi n'est pas à cet effet, que pareille approbation a force de loi ou qu'en droit elle empêche le Parlement du jour, ou son successeur, de refuser sa sanction à toute mesure législative proposée dont il pourra plus tard être saisi. Sans aucun doute le Parlement, comme le fait remarquer le juge en chef, possède un contrôle constitutionnel sur l'Exécutif; mais il est indiscutablement du ressort de l'Exécutif de créer des obligations stipulées dans les traités et de les sanctionner quant au fond et à la forme.

(C'est moi qui souligne.)

Un traité donc peut avoir force et effet internationalement sans mise en œuvre législative et, en l'absence de celle-ci, il ne fait pas partie du droit interne du Canada. Une loi n'est requise que si une modification quelconque du droit interne est nécessaire à sa mise en œuvre: voir R. St. J. Macdonald: «The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (1974), eds. Macdonald, Morris et Johnston, p. 88.

The agreement in this case took the form of an "exchange of notes" between Allan Gotlieb, Canadian Ambassador to the United States and Kenneth W. Dam, Acting Secretary of State, The United States State Department. As Mr. Gotlieb points out in an article entitled "Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements," in *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, *supra*, at p. 230, Canadian treaty-making practice has been characterized by a movement away from formal, full-fledged governmental "treaties" and towards informal "exchange of notes" arrangements. There is nothing unusual, therefore, in the procedure adopted in relation to the cruise testing agreement.

Although little, if any, argument has been addressed in this case to the question whether the government's decision to permit testing of the cruise missile in Canada falls within the meaning of the word "law" as used in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, I am prepared to assume, without deciding, that it does. I am also prepared to assume that the appellants could establish their standing to bring an action under s. 52. The question remains, however, whether the appellants' claim raises a serious question of constitutional inconsistency. This in turn depends on the answer to the question whether the government's decision violates the appellants' rights under s. 7. If it does not, there is no inconsistency with the provisions of the Constitution.

(ii) At common law

If the appellants' claim for declaratory relief is a claim at common law of the type upheld in *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, no issue arises as to whether or not there is a "law" implementing the cruise testing agreement. The common law action affords a means of attack on the acts of public officials who have allegedly exceeded their powers. However, in order to have standing to bring such an action a plaintiff must, as noted from Borchard, *supra*, be able to show that he or she will suffer injury to a right or legally protected interest from the conduct of such offi-

L'accord en l'espèce a pris la forme d'un «échange de notes» entre Allan Gotlieb, l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, et Kenneth W. Dam, Secrétaire d'État par intérim, du Département d'État des États-Unis. Comme M. Gotlieb le fait remarquer dans un article intitulé «Canadian Treaty-Making: Informal Agreements and Interdepartmental Arrangements» dans *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, précité, à la p. 230, la pratique canadienne en matière de conclusion de traités s'est caractérisée par un abandon graduel des «traités» formels, en bonne et due forme entre gouvernements, pour des arrangements plus informels de type «échange de notes». Il n'y a donc rien d'inhabituel dans la procédure adoptée dans le cas de l'accord sur les essais des missiles de croisière.

Bien qu'en l'espèce, les plaidoiries aient peu ou pas porté sur la question de savoir si la décision du gouvernement d'autoriser les essais du missile de croisière au Canada relève de l'expression «règle de droit» utilisée à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je suis prête à présumer, sans le décider, que c'est le cas. Je suis également prête à présumer que les appelants pouvaient établir leur qualité pour intenter une action en vertu de l'art. 52. Il reste cependant à déterminer si la déclaration des appelants soulève une question sérieuse d'incompatibilité constitutionnelle. Ceci dépend à son tour de la réponse à la question de savoir si la décision du gouvernement viole les droits des appelants en vertu de l'art. 7. Dans la négative, il n'y a pas d'incompatibilité avec les dispositions de la Constitution.

(ii) La common law

Si la demande de jugement déclaratoire des appelants est une demande en *common law* du genre auquel a fait droit l'arrêt *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410, l'absence de «règle de droit» mettant en œuvre l'accord d'essai des missiles de croisière ne pose aucun problème. L'action de *common law* fournit un moyen de contester les actes des officiers publics qui auraient excédé leurs attributions. Toutefois, pour avoir qualité pour intenter une telle action, un demandeur ou une demanderesse doit, comme le dit Borchard, précité, pouvoir démontrer qu'il ou elle subira une

cial. The same point is made in de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed.), at p. 604:

The declaratory judgment is basically a twentieth-century judicial remedy and has come to be used for a great variety of purposes in public and private law. Declarations can be awarded in almost every situation where an injunction will lie—the most important exception is that interim relief cannot be granted by way of a declaration—and they extend to a number of situations where an injunction would be inappropriate (for example, because there is nothing to prohibit) or could not be obtained for other reasons (for example, because the prospective defendant was the Crown). The rules governing *locus standi* are in a state of confusion. In *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [[1977] 3 All E.R. 70 (H.L.)] Mr. Gouriet eventually amended his claim to an application for a declaration that the Union of Post Office Workers was acting unlawfully in blocking mail from this country to South Africa. He was refused such a declaration. Lord Wilberforce said: ‘... there is no support for the proposition that declaratory relief can be granted unless the plaintiff, in proper proceedings, in which there is a dispute between the plaintiff and defendant concerning their legal respective rights and liabilities, either asserts a legal right which is denied or threatened, or claims immunity from some claim of the defendant against him, or claims that the defendant is infringing or threatens to infringe some public right so as to inflict special damage on the plaintiff.’

(Emphasis added.)

I believe, therefore, that the appellants, even on the common law action for a declaration, must establish at least a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under s. 7 of the *Charter* in order to bring a viable claim for declaratory relief against governmental action.

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, *i.e.* a cause of action “with some chance of success” (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or,

atteinte à un droit subjectif ou à un intérêt juridiquement protégé par suite de la conduite de ces officiers. On trouve le même argument dans de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed.), à la p. 604:

[TRADUCTION] Le jugement déclaratoire est essentiellement un recours du vingtième siècle qu'on s'est mis à utiliser à de multiples fins en droit public et en droit privé. On peut obtenir un jugement déclaratoire dans presque tous les cas où une injonction constitue un recours—avec toutefois l'exception notable qu'une injonction provisoire ne peut être accordée par un jugement déclaratoire—et il s'applique à un bon nombre de situations où l'injonction ne serait pas appropriée (par exemple, parce qu'il n'y a rien à interdire) ou ne pourrait être obtenue pour d'autres raisons (par exemple, parce que la défenderesse possible est Sa Majesté). Les règles régissant le *locus standi* sont devenues très confuses. Dans l'affaire *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [[1977] 3 All E.R. 70 (H.L.)], M. Gouriet a finalement modifié sa demande de jugement visant à faire déclarer que le Syndicat des employés des Postes bloquait illégalement le courrier circulant entre ce pays et l'Afrique du Sud. On l'a débouté de sa demande. Lord Wilberforce a déclaré «... rien ne vient appuyer la proposition qu'un jugement déclaratoire peut être accordé à moins que le demandeur, dans une action appropriée qui se rapporte à un litige entre lui-même et le défendeur relativement à leurs droits et responsabilités respectifs, revendique un droit qui est nié ou menacé, ou réclame l'immunité à l'égard d'une réclamation du défendeur contre lui, ou plaide que le défendeur viole ou menace de violer un droit public de sorte que le demandeur subira un préjudice spécial».

(C'est moi qui souligne.)

Je crois donc que les appelants, même dans le cas de l'action de *common law* en jugement déclaratoire, doivent établir à tout le moins qu'il y a une menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits aux termes de l'art. 7 de la *Charte* afin de pouvoir intenter une demande recevable de jugement déclaratoire contre une action gouvernementale.

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, *c.-à-d.* une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1

as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed?" Is it plain and obvious that the plaintiffs' claim for declaratory or consequential relief cannot succeed?

(3) Could the Facts as Alleged Constitute a Violation of Section 7 of the Charter?

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides as follows:

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.

Whether or not the facts that are alleged in the appellants' statement of claim could constitute a violation of s. 7 is, of course, the question that lies at the heart of this case. If they could not, then the appellants' statement of claim discloses no reasonable cause of action and the appeal must be dismissed. The appellants submit that on its proper construction s. 7 gives rise to two separate and presumably independent rights, namely the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived of such life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. In their submission, therefore, a violation of the principles of fundamental justice would only have to be alleged in relation to a claim based on a violation of the second right. As Marceau J. points out in his reasons, the French text of s. 7 does not seem to admit of this two-rights interpretation since only one right is specifically mentioned. Moreover, as the respondents point out, the appellants' suggestion does not accord with the interpretation that the courts have placed on the similarly structured provision in s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*: see e.g., *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, per Ritchie J., at pp. 703-04.

The appellants' submission, however, touches upon a number of important issues regarding the proper interpretation of s. 7. Even if the section gives rise to a single unequivocal right not to be

All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»? Est-il évident et manifeste que la demande de jugement déclaratoire ou de réparation présentée par les demandeurs ne saurait aboutir?

(3) Les faits articulés peuvent-ils constituer une violation de l'article 7 de la Charte?

Voici l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La question au cœur de la présente affaire est évidemment de savoir si les faits articulés dans la déclaration des appelants peuvent constituer une violation de l'art. 7. S'ils ne le peuvent, alors la déclaration des appelants ne révèle aucune cause raisonnable d'action et le pourvoi doit être rejeté. Les appelants font valoir que l'art. 7 correctement interprété crée deux droits distincts et, vraisemblablement indépendants, soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une part, et le droit à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, d'autre part. Selon leur argument donc, une violation des principes de justice fondamentale n'aurait à être alléguée que relativement à une demande fondée sur une violation de ce second droit. Mais comme le juge Marceau en fait la remarque dans ses motifs, la version française de l'art. 7 ne semble pas autoriser cette interprétation d'un droit double puisqu'un seul droit y est expressément mentionné. De plus, comme disent les intimés, l'interprétation proposée par les appelants se heurte à celle que les tribunaux ont donnée de l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, dont la structure est similaire: voir par ex. *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, le juge Ritchie, aux pp. 703 et 704.

Toutefois, ce moyen des appelants soulève plusieurs points importants concernant la bonne interprétation de l'art. 7. Même si l'article ne crée qu'un seul droit non équivoque à ce qu'il ne soit

deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, there nonetheless remains the question whether fundamental justice is entirely procedural in nature or whether it has a substantive aspect as well. This, in turn, leads to the related question whether there might not be certain deprivations of life, liberty or personal security which could not be justified no matter what procedure was employed to effect them. These are among the most important and difficult questions of interpretation arising under the *Charter* but I do not think it is necessary to deal with them in this case. It can, in my opinion, be disposed of without reaching these issues.

In my view, even an independent, substantive right to life, liberty and security of the person cannot be absolute. For example, the right to liberty, which I take to be the right to pursue one's goals free of governmental constraint, must accommodate the corresponding rights of others. The concept of "right" as used in the *Charter* postulates the inter-relation of individuals in society all of whom have the same right. The aphorism that "A hermit has no need of rights" makes the point. The concept of "right" also premises the existence of someone or some group against whom the right may be asserted. As Mortimer J. Adler expressed it in *Six Great Ideas* (1981), at p. 144:

Living in organized societies under effective government and enforceable laws, as they must in order to survive and prosper, human beings neither have autonomy nor are they entitled to unlimited liberty of action. Autonomy is incompatible with organized society. Unlimited liberty is destructive of it.

The concept of "right" as used in the *Charter* must also, I believe, recognize and take account of the political reality of the modern state. Action by the state or, conversely, inaction by the state will frequently have the effect of decreasing or increasing the risk to the lives or security of its citizens. It may be argued, for example, that the failure of government to limit significantly the speed of traf-

pas porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, il reste néanmoins la question de savoir si la justice fondamentale est entièrement de la procédure par nature ou si elle ne comporte pas aussi un aspect de règle de fond. Cela amène la question connexe de savoir si certaines atteintes à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne sont toujours injustifiées quelle que soit la procédure suivie. Ce sont là les questions d'interprétation les plus importantes et les plus difficiles qui découlent de la *Charte* et je pense qu'il serait malheureux d'avoir à statuer à leur sujet pour la première fois, même provisoirement, sur le fondement des prétentions plutôt conjecturales des appelants en l'espèce. Toutefois je crois qu'on peut statuer en l'espèce sans toucher à ces questions.

À mon avis, même un droit fondamental et indépendant à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut être absolu. Par exemple le droit à la liberté, que je considère comme étant le droit de poursuivre ses propres fins libre de toute entrave gouvernementale, doit tenir compte des droits correspondants des autres. Le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* postule l'existence de relations entre membres de la société, tous titulaires du même droit. L'aphorisme «Un hermite n'a pas besoin de droits» est clair. Le concept de «droit» suppose aussi l'existence de quelqu'un ou d'un groupe vis-à-vis de qui on peut le revendiquer. Comme l'a dit Mortimer J. Adler dans *Six Great Ideas* (1981), à la p. 144:

[TRADUCTION] Vivant en sociétés organisées avec un gouvernement réel et des lois applicables, ce qui est nécessaire à leur survie et à leur prospérité, les humains ne sont pas autonomes et ils n'ont pas droit non plus à une liberté d'action illimitée. L'autonomie est incompatible avec une société organisée. Une liberté illimitée la détruit.

À mon avis, le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* doit également reconnaître la réalité politique de l'état moderne et en tenir compte. L'action ou, au contraire, l'inaction de l'État aura fréquemment l'effet d'accroître ou de réduire le danger d'atteinte à la vie ou à la sécurité de ses citoyens. On peut faire valoir, par exemple, que si le gouvernement omet de limiter considérablement la vitesse

fic on the highways threatens our right to life and security in that it increases the risk of highway accidents. Such conduct, however, would not, in my view, fall within the scope of the right protected by s. 7 of the *Charter*.

In the same way, the concept of "right" as used in the *Charter* must take account of the fact that the self-contained political community which comprises the state is faced with at least the possibility, if not the reality, of external threats to both its collective well-being and to the individual well-being of its citizens. In order to protect the community against such threats it may well be necessary for the state to take steps which incidentally increase the risk to the lives or personal security of some or all of the state's citizens. Such steps, it seems to me, cannot have been contemplated by the draftsman of the *Charter* as giving rise to violations of s. 7. As John Rawls states in *A Theory of Justice* (1971), at p. 213:

The government's right to maintain public order and security is . . . a right which the government must have if it is to carry out its duty of impartially supporting the conditions necessary for everyone's pursuit of his interests and living up to his obligations as he understands them.

The rights under the *Charter* not being absolute, their content or scope must be discerned quite apart from any limitation sought to be imposed upon them by the government under s. 1. As was pointed out by the Ontario Court of Appeal in *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, at p. 244:

. . . the Charter was not enacted in a vacuum and the rights set out therein must be interpreted rationally having regard to the then existing laws . . .

There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267. This paradox caused Roscoe Pound to conclude:

There is no more ambiguous word in legal and juristic literature than the word right. In its most general sense

de la circulation sur les routes, notre droit à la vie et à la sécurité sera menacé puisque cela accroît le risque d'accidents routiers. Pareille conduite, toutefois, ne relèverait pas, à mon avis, de la portée du droit protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

De la même façon, le concept de «droit» utilisé dans la *Charte* doit tenir compte du fait que la communauté politique autonome que constitue l'État doit faire face à tout le moins à la possibilité, sinon à la réalité, de menaces extérieures visant son bien-être collectif et aussi le bien-être individuel de ses citoyens. Afin de protéger la collectivité de ces menaces, il peut bien s'avérer nécessaire que l'État prenne des mesures qui accroissent incidemment le danger d'atteintes à la vie ou à la sécurité personnelle de certains citoyens de l'État, voire de tous. De telles mesures, me semble-t-il, n'ont pas pu être considérées par le rédacteur de la *Charte* comme des violations de l'art. 7. Comme John Rawls le dit dans son ouvrage intitulé *A Theory of Justice* (1971), à la p. 213:

[TRADUCTION] Le droit du gouvernement d'assurer l'ordre public et la sécurité est . . . un droit que le gouvernement doit avoir afin d'exécuter son obligation de fournir impartialement les conditions nécessaires à la poursuite par chacun de ses intérêts et au respect de ses obligations, telles qu'il les entend.

Comme les droits accordés par la Charte ne sont pas absolus leur contenu ou leur portée doit être cerné tout à fait indépendamment des limites que le gouvernement a cherché à leur imposer par l'article premier. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, à la p. 244:

[TRADUCTION] . . . la Charte n'a pas été adoptée dans le vide et les droits qu'elle énonce doivent être interprétés de façon rationnelle compte tenu des règles de droit existantes . . .

Il n'y a pas de liberté sans règles de droit et il n'y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté: voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267. Ce paradoxe a amené Roscoe Pound à conclure:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de mot plus ambigu dans la doctrine juridique que le mot droit. Dans son sens le plus

it means a reasonable expectation involved in civilized life. [See *Jurisprudence*, vol. 4, (1959), p. 56.]

It is not necessary to accept the restrictive interpretation advanced by Pratte J., which would limit s. 7 to protection against arbitrary arrest or detention, in order to agree that the central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. At the very least, it seems to me, there must be a strong presumption that governmental action which concerns the relations of the state with other states, and which is therefore not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may have the incidental effect of increasing the risk of death or injury that individuals generally have to face.

I agree with Le Dain J. that the essence of the appellants' case is the claim that permitting the cruise missile to be tested in Canada will increase the risk of nuclear war. But even accepting this allegation of fact as true, which as I have already said I think we must do on a motion to strike, it is my opinion for the reasons given above that this state of affairs could not constitute a breach of s. 7. Moreover, I do not see how one can distinguish in a principled way between this particular risk and any other danger to which the government's action *vis-à-vis* other states might incidentally subject its citizens. A declaration of war, for example, almost certainly increases the risk to most citizens of death or injury. Acceptance of the appellants' submissions, it seems to me, would mean that any such declaration would also have to be regarded as a violation of s. 7. I cannot think that that could be a proper interpretation of the *Charter*.

This is not to say that every governmental action that is purportedly taken in furtherance of national defence would be beyond the reach of s. 7. If, for example, testing the cruise missile posed a direct threat to some specific segment of the populace—as, for example, if it were being tested with live warheads—I think that might well raise different

général, il signifie une attente raisonnable liée à la vie civilisée. [Voir *Jurisprudence*, vol. 4 (1959), p. 56.]

Il n'est pas nécessaire de souscrire à l'interprétation restrictive avancée par le juge Pratte, qui limiterait l'art. 7 à une protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires, pour convenir que l'article a pour objet central l'ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens. À tout le moins, me semble-t-il, il doit y avoir une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale relative aux relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7 même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général.

Je conviens avec le juge Le Dain qu'essentiellement les appelants prétendent que l'autorisation des essais du missile de croisière au Canada accroîtra le risque de guerre nucléaire. Mais, même en acceptant ce fait allégué comme avéré, ce qu'à mon avis, comme je l'ai déjà dit, nous devons faire dans le cas d'une requête en radiation, je suis d'avis pour les raisons déjà données que cet état de choses ne saurait constituer une violation de l'art. 7. De plus, je ne vois pas comment on pourrait établir une distinction en principe entre ce risque particulier et tout autre danger qu'une action gouvernementale *vis-à-vis* d'autres États pourrait incidemment faire courir à ses citoyens. Une déclaration de guerre, par exemple, accroît à peu près certainement le risque de mort ou de préjudice pour la plupart des citoyens. Accepter les prétentions des appelants, me semble-t-il, signifierait que toute déclaration de ce genre devrait être considérée comme une violation de l'art. 7. Je ne peux penser que ce soit là une interprétation fondée de la *Charte*.

Ceci ne veut pas dire que toute action gouvernementale qu'on prétendrait prise dans le but d'assurer la défense nationale échapperait à l'art. 7. Si, par exemple, l'essai du missile de croisière constituait une menace directe pour une tranche spécifique de la population—si par exemple on procédait à l'essai avec des ogives réelles—je pense que la

considerations. A court might find that that constituted a violation of s. 7 and it might then be up to the government to try to establish that testing the cruise with live warheads was justified under s. 1 of the *Charter*. Section 1, in my opinion, is the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it. It embodies through its reference to a free and democratic society the essential features of our constitution including the separation of powers, responsible government and the rule of law. It obviates the need for a "political questions" doctrine and permits the Court to deal with what might be termed "prudential" considerations in a principled way without renouncing its constitutional and mandated responsibility for judicial review. It is not, however, called into operation here since the facts alleged in the statement of claim, even if they could be shown to be true, could not in my opinion constitute a violation of s. 7.

#### (4) Can the Statement of Claim be Amended?

The appellants were denied leave by Pratte J. to amend their statement of claim by adding the following:

The very testing of the cruise missiles *per se* in Canada endangers the Charter of Rights and Freedoms Section 7: Rights.

Since this is a conclusion of law, not fact, it cannot in my view affect the factual allegations which the Court must accept as proved in order to decide whether the statement of claim should be struck out. We do not know the basis on which Pratte J. refused the amendment. He gave no reasons, nor was he obliged to. The matter was purely discretionary under Rule 1104. Certainly conclusions of law may be pleaded: see *Famous Players Canadian Corp. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221, *per* Gale J. at pp. 221-22, but they do not form part of the factual allegations which must be taken as proved for

question pourrait être différente. Un tribunal pourrait juger qu'il y a là une violation de l'art. 7 et il appartiendrait alors au gouvernement de tenter de démontrer qu'un essai du missile de croisière avec des ogives réelles est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article premier, à mon avis, constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis. Il concrétise par la mention d'une société libre et démocratique les caractéristiques essentielles de notre constitution, y compris la séparation des pouvoirs, le gouvernement responsable et la primauté du droit. Il supprime la nécessité de la doctrine des «questions politiques» et autorise le tribunal à connaître de considérations de «prudence», pourrait-on dire, comme s'il s'agissait de questions de principes, sans abdiquer la responsabilité constitutionnelle qui lui a été attribuée d'exercer un contrôle judiciaire. Il ne joue pas cependant en l'espèce puisque les faits articulés dans la déclaration, même si leur exactitude pouvait être démontrée, ne pourraient, à mon avis, constituer une violation de l'art. 7.

#### 4) La déclaration peut-elle être modifiée?

Le juge Pratte a refusé que les appelants modifient leur déclaration en y ajoutant:

[TRADUCTION] Les essais des missiles de croisière au Canada, en eux-mêmes, portent atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*.

Puisque c'est là une conclusion de droit et non une conclusion de fait, elle ne peut à mon avis modifier les faits que la Cour doit considérer comme démontrés pour décider s'il faut radier la déclaration. Nous ignorons pourquoi le juge Pratte a refusé la modification. Il n'a fourni aucun motif et il n'était pas tenu d'en fournir. La question était purement discrétionnaire en vertu de la règle 1104. On peut certainement plaider des conclusions de droit: voir *Famous Players Canadian Corporation Ltd. v. J.J. Turner and Sons Ltd.*, [1948] O.W.N. 221, le juge Gale aux pp. 221 et 222, mais comme les suppositions et les opinions, elles ne font pas



purposes of a motion to strike. No appeal was taken from the order of Pratte J.

Counsel for the appellants submit that prior to the filing of a statement of defence they were entitled to amend as of right under Rule 421 and that they should not be prejudiced with respect to this right because they invoked the discretion of the Court under Rule 1104. It may, however, be of significance in this connection that their application for amendment to the statement of claim was filed after the Crown had instituted its appeal to the Federal Court of Appeal. In my view, their application was therefore one made "during the pendency of an appeal" to which the Rules of the Federal Court of Appeal would apply. This means, in my view, that the appellants' right under Rule 421 had expired and their only recourse was to proceed under Rule 1104.

The point, however, may be academic. The proposed amendment amounts to no more than an assertion of the conclusion which the appellants submit the Court ought to come to on the main issue in the case. Since the Court must address that issue in any event, the addition of the suggested amendment could, it seems to me, make no difference one way or the other to the appellants' case.

### Conclusions

In summary, it seems to me that the issues raised on the appeal are to be disposed of as follows:

(1) The government's decision to permit testing of the cruise missile in Canada cannot escape judicial review on any of the grounds advanced;

(2) The statement of claim may be struck out if the facts as alleged do not disclose a reasonable cause of action which in this case could be either

(a) a cause of action under s. 24(1) of the *Charter*; or

partie des allégations de fait qu'on doit considérer comme démontrées aux fins d'une requête en radiation. L'ordre du juge Pratte n'a pas été porté en appel.

<sup>a</sup> Les avocats des appelants soutiennent que tant qu'il n'y avait pas production d'une défense, ils étaient autorisés de plein droit à modifier leur déclaration conformément à la règle 421, et qu'ils ne devraient pas perdre ce droit simplement parce qu'ils ont invoqué le pouvoir discrétionnaire de la Cour aux termes de la règle 1104. Il peut cependant être significatif à cet égard que leur demande de modification de la déclaration a été produite après que la Couronne eut formé son appel en Cour d'appel fédérale. À mon avis, leur requête a donc été formulée «pendant qu'un appel . . . est en cours» de sorte que les règles de la Cour d'appel fédérale s'appliquaient. Cela signifie, à mon avis, que le droit que la règle 421 conférerait aux appelants devenait caduc et que leur seul recours était d'agir sur le fondement de la règle 1104.

<sup>e</sup> Cependant, la question peut bien être théorique. La modification proposée n'est rien d'autre que l'assertion de la conclusion à laquelle, soutiennent les appelants, la Cour devrait arriver sur la question principale. Comme la Cour doit examiner la question de toute façon, l'ajout de la modification proposée ne ferait, me semble-t-il, aucune différence dans un sens ou dans l'autre en ce qui concerne la thèse des appelants.

### <sup>g</sup> Conclusions

En bref, il me semble que les questions soulevées par le pourvoi doivent être tranchées ainsi:

<sup>h</sup> (1) la décision gouvernementale d'autoriser l'essai du missile de croisière au Canada ne saurait échapper au contrôle judiciaire pour aucun des motifs qu'on a fait valoir;

(2) la déclaration peut être radiée si les faits articulés ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, laquelle en l'espèce pourrait être:

<sup>j</sup> a) une cause d'action fondée sur le par. 24(1) de la Charte; ou

(b) a cause of action for declaratory relief at common law on the principle of *Dyson v. Attorney-General, supra*; or

(c) a cause of action under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* for a declaration of unconstitutionality.

(3) Taking the facts alleged as proven, they could not constitute a violation of s. 7 of the *Charter* so as to give rise to a cause of action under s. 24(1);

(4) The appellants could not establish their status to sue at common law for declaratory relief for the same reason that they could not establish a cause of action under s. 24(1); and

(5) The appellants could not establish a cause of action for declaratory relief under s. 52(1) since the facts as alleged could not constitute a violation of s. 7 and therefore no inconsistency with the provisions of the Constitution could be established.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Karam, Tannis, Greenspon, Vanier.*

*Solicitor for the respondents: R. Tassé, Ottawa.*

b) une cause d'action qui vise à obtenir un jugement déclaratoire de *common law* selon le principe de l'arrêt *Dyson v. Attorney-General*, précité; ou

c) une cause d'action fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, visant à obtenir un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité.

(3) les faits articulés, même considérés comme prouvés, ne peuvent constituer une violation de l'art. 7 de la *Charte* de manière à donner naissance à une cause d'action fondée sur le par. 24(1);

(4) les appelants n'ont pu démontrer leur qualité pour demander, en *common law*, un jugement déclaratoire pour la même raison qu'ils n'ont pu établir une cause d'action fondée sur le par. 24(1);

(5) et enfin les appelants n'ont pu établir une cause d'action pour obtenir un jugement déclaratoire en vertu du par. 52(1) puisqu'il n'existe aucune «règle de droit» que l'on puisse contester.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Karam, Tannis, Greenspon, Vanier.*

*Procureur des intimés: R. Tassé, Ottawa.*

**Towne Cinema Theatres Ltd. Appellant;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

File No.: 17125.

1983: September 28.

Present: Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

Re-hearing: 1984: November 23; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Obscenity — Film — Whether “undue exploitation of sex” — Community standards — Criminal Code, s. 159(8).*

*Evidence — Evidence on charge of obscenity — Whether Crown must adduce evidence to establish undueness.*

Appellant, owner of an Edmonton theatre, was charged with presenting an obscene motion picture contrary to s. 163 of the *Criminal Code*. At trial, the defence adduced evidence indicating that the film had been approved and classified by the Censor Board as a restricted adult movie and that it had been previously shown in Alberta to a large audience with no complaint being made to the Board. The evidence further showed that the film had been similarly approved and classified by the other provincial censor boards across the country. The trial judge found the film immoral, indecent and obscene and convicted the appellant. The Court of Appeal upheld that decision. This appeal is to determine whether the trial judge applied the proper test in finding the appellant guilty of presenting an obscene entertainment.

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

*Per* Dickson C.J. and Lamer and Le Dain JJ.: A film is obscene under s. 159(8) of the *Criminal Code* if it contains as a dominant characteristic the “undue exploitation of sex”. To determine “undueness” one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community, taken as a whole, have been exceeded. In applying the community standard of tolerance what matters is not what Canadians think is right for themselves to see.

**Towne Cinema Theatres Ltd. Appelante;**

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

<sup>a</sup> N° du greffe: 17125.

1983: 28 septembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Lamer et Wilson.

Nouvelle audition: 1984: 23 novembre; 1985: 9 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

<sup>d</sup> *Droit criminel — Obscénité — Film — Y a-t-il «exploitation indue des choses sexuelles»? — Normes sociales — Code criminel, art. 159(8).*

*Preuve — Preuve relative à une accusation d'obscénité — La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?*

<sup>e</sup> L'appelante, propriétaire d'un cinéma d'Edmonton, a été accusée d'avoir présenté un film obscène contrairement à l'art. 163 du *Code criminel*. Au procès, la défense a mis en preuve que la Commission de censure avait autorisé la présentation du film comme film réservé aux adultes et que celui-ci avait été vu en Alberta par un vaste auditoire sans qu'aucune plainte ne soit présentée à la Commission. La preuve montre également que le film a été approuvé dans une catégorie équivalente par les organismes de censure des autres provinces canadiennes. Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène et a déclaré l'appelante coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Ce pourvoi porte sur la question de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère pour déclarer l'appelante coupable d'avoir présenté un divertissement obscène.

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

<sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Le Dain: Pour déterminer si un film est obscène au sens du par. 159(8) du *Code criminel* parce qu'il exploite de façon indue les choses sexuelles, l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine. Ce qui importe en appliquant la norme sociale de tolérance, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment qu'il est convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui

What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. Relevant to that determination is, among other factors, the audience to which the film is targeted since the community may tolerate different things for different groups of people depending on the circumstances.

The trier of fact must formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate in order to determine "undueness" by the community standards test. The community consensus must be assessed and community level of tolerance objectively determined. While evidence of the community standards of tolerance may well be useful in many cases, it is not essential, for it is the opinion of the trier of fact about the community standards of tolerance which is important. The judge does not have to accept evidence, expert or otherwise, but he cannot reject it without good reason. The trier of fact's personal views regarding the impugned film are irrelevant.

In the case at bar, the trial judge applied his own subjective standards of taste and not the community standards of tolerance. He did not direct his mind to the question whether most people would tolerate others seeing the film in question and he failed to consider the fact that the film was restricted to adults only and that only those who chose to see it would be exposed to it. Further, it was incumbent upon him to consider and assess the weight, if any, to be given to the evidence adduced by the defence indicative of community standards of tolerance. He should not have rejected it without explanation.

*Per Beetz, Estey and McIntyre JJ.:* The standard to determine "undueness" is that of tolerance. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see but what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. The audience to which the film is exposed, however, is not relevant in the determination of whether or not it is obscene.

*Per Beetz and Estey JJ.:* The Crown is not required to adduce expert evidence as to community standards of tolerance.

*Per McIntyre J.:* In formulating the community standard of tolerance some evidence must be adduced by the Crown before the trier of fact.

*Per Wilson J.:* Under s. 159(8) of the *Criminal Code*, a film is deemed to be obscene if a dominant character-

importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance que de permettre qu'ils le voient. Parmi les facteurs pertinents relativement à cette détermination, il y a l'auditoire auquel s'adresse le film puisque la société peut, selon les circonstances, tolérer des choses différentes pour des groupes de personnes différents.

Le juge des faits doit formuler une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine afin de déterminer le «caractère indu» au moyen du critère des normes sociales. Le consensus social doit être évalué et le seuil de tolérance de la société doit être objectivement déterminé. Bien que la preuve des normes sociales de tolérance puisse fort bien être utile dans de nombreux cas, elle n'est pas essentielle car ce qui importe c'est l'opinion du juge des faits quant à ces normes. Le juge n'est pas tenu d'accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre, mais il ne peut le rejeter sans motifs valables. Les opinions personnelles du juge des faits concernant le film attaqué sont sans importance.

En l'espèce, le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance. Il ne s'est pas posé la question de savoir si la plupart des gens toléreraient que d'autres voient le film en question et il n'a pas tenu compte du fait que le film était réservé aux adultes et que seules les personnes qui choisissent de le voir y seraient exposées. En outre, il avait le devoir d'examiner la preuve offerte par la défense et, s'il y a lieu, d'en évaluer le poids en ce qu'elle reflète les normes sociales de tolérance. Il n'aurait pas dû la rejeter sans donner d'explications.

*Les juges Beetz, Estey et McIntyre:* La norme applicable à la détermination du «caractère indu» est celle de la tolérance. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir mais ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. L'auditoire auquel est présenté un film est toutefois sans importance pour ce qui est de savoir si ce film est obscène ou non.

*Les juges Beetz et Estey:* La poursuite n'est pas tenue de produire une preuve d'expert au sujet de la norme sociale de tolérance.

*Le juge McIntyre:* Pour formuler la norme sociale de tolérance, la poursuite doit présenter des éléments de preuve au juge des faits.

*Le juge Wilson:* En vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, est réputé obscène un film dont une caractéris-

istic of the film is the "undue exploitation of sex". "Undue" refers to the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. The question whether there was "undueness" must be determined according to the objective standard of the contemporary Canadian community. What must be ascertained is the degree of exploitation of sex Canadians at any given time will accept in their films. It is therefore not open to the courts under s. 159(8) to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. A movie is either obscene based on a national community standard of tolerance or it is not.

There is an onus on the Crown to put evidence before the court on the issue of "undueness". The community standard against which the allegedly obscene matter must be measured cannot be identified without it. Indeed, it is naive to think that a judge, drawing on his own experience alone, can determine the objective standard against which impugned conduct is to be measured. Moreover, it is wrong in principle. It leaves the accused with no way of knowing the case to be met, or the level of acceptability imposed by any particular judge.

In the case at bar, there is no indication that the trial judge took into consideration the uncontested evidence adduced by the defence of the unanimous approval of the film by the censor boards. He did not address his mind to the issue of the significance of the approvals as evidence of the community standard of acceptance. Considering that the business of these boards is to assess films on an ongoing basis for the very purpose of determining their acceptability for viewing by the community, it is difficult to think that a judge would be better informed as to what was acceptable to Canadians across the country. The trial judge, applying an objective test and giving proper consideration to that evidence, could not have reached the result he did. The judge clearly saw his role, not as applying the community standard but as raising it if he personally thought it was too low. In this respect he erred.

#### Cases Cited

*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.); *R. v. Prairie*

tique dominante est «l'exploitation indue des choses sexuelles». Le terme «indue» désigne le traitement des choses sexuelles d'une manière qui fondamentalement déshumanise les personnes représentées et, par conséquent, les spectateurs eux-mêmes. La question de savoir s'il y a «caractère indu» doit être tranchée en fonction du critère objectif qu'est la norme sociale contemporaine au Canada. Il s'agit de déterminer quel degré d'exploitation des choses sexuelles les Canadiens sont disposés à accepter dans leurs films à une époque donnée. Il n'appartient donc pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8), de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Un film est obscène selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas.

Il incombe à la poursuite de soumettre à la cour une preuve relativement à la question du «caractère indu». La norme sociale en fonction de laquelle on doit apprécier le matériel prétendument obscène ne peut être déterminée sans cette preuve. En fait, il est illusoire de croire qu'un juge peut, en se fondant uniquement sur sa propre expérience, déterminer la norme objective en fonction de laquelle la conduite reprochée doit être appréciée. En outre, c'est mauvais en principe. L'accusé n'a aucun moyen de savoir quelle preuve pèse contre lui ni quel degré d'acceptabilité sera fixé par un juge en particulier.

En l'espèce, rien n'indique que le juge du procès a tenu compte de la preuve incontestée, produite par la défense, que le film a reçu l'approbation unanime des commissions de censure. Il ne s'est pas arrêté à la question de l'importance des approbations en tant que preuve de la norme sociale d'acceptation. Puisque ces commissions ont pour fonction permanente d'apprécier les films dans le but précis d'établir s'il est acceptable qu'ils soient présentés à la société, il est difficile de concevoir qu'un juge soit mieux informé de ce qui est acceptable pour les Canadiens de tout le pays. S'il avait appliqué un critère objectif et tenu dûment compte de cette preuve, le juge du procès n'aurait pu arriver à la conclusion qu'il a tirée. Le juge a manifestement considéré que son rôle consistait non pas à appliquer la norme sociale, mais à la resserrer si, lui personnellement l'estimait trop large. À cet égard, il a commis une erreur.

#### i Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.);

*Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, considered; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 163, 164.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal pronounced May 12, 1982, dismissing appellant's appeal from his conviction of presenting an obscene entertainment. Appeal allowed and new trial ordered.

*Jack N. Agrios, Q.C.*, and *Bradley J. Willis*, for the appellant.

*Michael G. Allen*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer and Le Dain JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The question is whether the trial judge applied the proper test in finding Towne Cinema Theatres Ltd. guilty of presenting an obscene entertainment. The indictment reads:

That The Towne Cinema Theatres Ltd., at Edmonton, in the Judicial District of Edmonton, Alberta, on or about the 27th day of January, A.D. 1980, being the person in charge of a theatre, namely: Jasper Cinema (Blue) at 10120 - 156 Street, did unlawfully present to an audience an entertainment, namely: a motion picture entitled "Dracula Sucks" which entertainment was immoral, indecent or obscene, contrary to the Criminal Code.

*R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; arrêts mentionnés: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110; *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323; *Daylight Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913); *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (1983); *R. v. Wagner*, B.R. Alb., 16 janvier 1985; *R. v. Chin* (1983), 9 W.C.B. 249; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(8), 163, 164.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta prononcé le 12 mai 1982, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de culpabilité d'avoir présenté un divertissement obscène. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Jack N. Agrios, c.r.*, et *Bradley J. Willis*, pour l'appelante.

*Michael G. Allen*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Le Dain rendus par

LE JUGE EN CHEF—La question est de savoir si le juge du procès a appliqué le critère approprié lorsqu'il a déclaré Towne Cinema Theatres Ltd. coupable d'avoir présenté un divertissement obscène. Voici le texte de l'acte d'accusation:

[TRADUCTION] Le 27 janvier 1980, à Edmonton, dans le district judiciaire d'Edmonton (Alberta), Towne Cinema Theatres Ltd., la personne qui assumait la direction d'un cinéma, savoir le Jasper Cinema (Blue), sis au 10120, 156<sup>e</sup> rue, a illégalement présenté à un auditoire un divertissement immoral, indécent ou obscène, savoir un film intitulé «Dracula Sucks», contrairement aux dispositions du Code criminel.

### I The Facts and the Trial Judgment

In January, 1980, the accused company was owner and manager of a theatre, known as Jasper Cinema (Blue), located in the City of Edmonton. The cinema was a typical picture theatre showing motion picture films to members of the public who paid an admission fee. On January 25 to 27, 1980 the accused was regularly presenting showings of a motion picture called *Dracula Sucks*. The film had been given a "Restricted" rating by the Alberta Motion Picture Censor Board. A copy of the motion picture was seized by the Edmonton City Police on January 27, 1980, after the public showing on that date and before the scheduled second public showing. The accused was charged and tried before a justice of the Court of Queen's Bench of Alberta. Three witnesses testified.

Staff Sergeant Ashworth of the Edmonton City Police said he had attended and observed the film and it was he who had taken possession of the film. The Court then adjourned to the Censor Board film theatre where the trial judge viewed the film. At the resumption of the trial, Ashworth testified that on January 21, 1980, the film had been showing at the Capitol Square Cinema, before being transferred to the Jasper Cinema. While at the former theatre Ashworth had received about five phone calls from persons complaining about the film. In cross-examination he was asked:

Did you find the movie very offensive to yourself?

He replied:

Yeah, I thought it was disgusting. That's only my personal . . .

The film itself and the evidence of Staff Sergeant Ashworth constituted the case for the Crown.

The defence called two witnesses. The first was Terrance Yushchyshyn, Director of Operations for the theatres operated by the accused company in the five westerly provinces. His evidence in summary was as follows. Prior to being booked into his theatre in Edmonton, the film, the subject of the present charge, had been shown at two Famous Players' Theatres, one in Edmonton, where it had been seen by 4065 persons and one in Calgary,

### I Les faits et le jugement de première instance

Au mois de janvier 1980, la compagnie accusée était propriétaire et directeur d'un cinéma appelé Jasper Cinema (Blue), situé à Edmonton. Il s'agissait d'un cinéma typique qui présentait des films au public moyennant le paiement d'un droit d'entrée. Du 25 au 27 janvier 1980, l'accusée a présenté régulièrement un film intitulé *Dracula Sucks*. La Commission de censure cinématographique de l'Alberta a attribué au film la cote «Réservée». Une copie du film a été saisie par la police municipale d'Edmonton le 27 janvier 1980, après la représentation publique ce jour-là et avant la deuxième représentation prévue. L'accusée a été mise en accusation et jugée devant un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Trois personnes ont témoigné.

Le sergent Ashworth de la police municipale d'Edmonton a dit qu'il a assisté à la projection du film et que c'est lui-même qui en a pris possession. La Cour a alors ajourné l'audience et s'est rendue à la salle de visionnement de la Commission de censure où le juge du procès a visionné le film. À la reprise du procès, Ashworth a affirmé que le 21 janvier 1980, le film avait été projeté au Capitol Square Cinema avant de l'être au Jasper Cinema. Pendant que ce film était présenté au premier cinéma, Ashworth a reçu environ cinq appels de personnes qui s'en plaignaient. En contre-interrogatoire, on lui a demandé:

[TRADUCTION] Ce film vous a-t-il personnellement choqué?

Il a répondu:

[TRADUCTION] Oui, je l'ai trouvé dégoûtant. Ce n'est que personnellement . . .

Le film lui-même et le témoignage du sergent Ashworth constituaient la preuve de la poursuite.

Deux témoins ont été cités en défense. Le premier est Terrance Yushchyshyn, directeur de l'exploitation pour les cinémas que la compagnie accusée exploite dans les cinq provinces de l'Ouest. Son témoignage peut se résumer ainsi. Avant d'être mis à l'affiche dans son cinéma d'Edmonton, le film visé par la présente accusation avait été présenté dans deux cinémas Famous Players dont l'un à Edmonton et l'autre à Calgary où il avait été vu

where it had been seen by 4075 persons. The film was then moved to the Jasper Cinema where it was seen, before seizure, by 555 people, without complaints. In Mr. Yushchyshyn's opinion the impugned film was "very passé", "boring and dull". Other films such as *Last Tango in Paris*, had far greater emphasis on sexual gratification.

Owen Garland Hooper is Chairman of the Alberta Motion Picture Censor Board. The Board views every film seen in Alberta. The Board allowed *Dracula Sucks* to be shown in the province as a restricted adult movie, no one under the age of eighteen being admitted. The film was approved in the restricted adult category or equivalent by all of the provincial censor boards or classification boards across Canada. Mr. Hooper said that his Board had not made any deletions to the film. Most movies are "pretty extensively cut when we get them". This one had been edited in Toronto. The Board arrives at appropriate classification for a movie consistent with the Board's interpretation of current community standards of acceptance. Compared to other movies he had seen, Mr. Hooper described *Dracula Sucks* as "pretty forgettable". The Board had received no complaints regarding this particular film. During the preceding year, the Board viewed 750 films and rejected twelve, because it was felt that adult Albertans would generally repudiate them. The basis for the Board's assessment of community standards has shifted during the preceding ten years: now, "it's contemporary, it's modern, it must be Canadian". Mr. Hooper succinctly described *Dracula Sucks*: "Well, it has nudity in it, it has violence in it, it has simulated sex encounters in it."

The trial judge found the film to be immoral, indecent and obscene. It possessed "absolutely no artistic merit whatsoever"; "most of the film was devoted to extreme, tasteless violence and explicit, unnecessary sex".

par 4 065 et 4 075 personnes respectivement. Le film a ensuite été mis à l'affiche au Jasper Cinema où 555 personnes l'ont vu avant sa saisie, sans qu'aucune plainte ne soit faite. De l'avis de M. Yushchyshyn, le film attaqué est [TRADUCTION] «dépassé», «ennuyeux et peu intéressant». D'autres films comme *Le dernier tango à Paris* mettaient beaucoup plus l'accent sur l'assouvissement sexuel.

Owen Garland Hooper est président de l'Alberta Motion Picture Censor Board (la Commission). La Commission visionne chaque film présenté en Alberta. La Commission a autorisé la présentation de *Dracula Sucks* dans la province, comme film réservé aux adultes et interdit aux personnes de moins de dix-huit ans. Le film a été approuvé dans la catégorie des films réservés aux adultes ou dans une catégorie équivalente par tous les organismes de censure ou de classification au Canada. M. Hooper affirme que la Commission n'a supprimé aucune partie du film. La plupart des films sont [TRADUCTION] «coupés de façon assez importante quand nous les examinons». Celui-ci a été expurgé à Toronto. La Commission classifie un film suivant l'interprétation qu'elle donne des normes sociales actuelles d'acceptation. Comparativement à d'autres films qu'il a vus, M. Hooper a qualifié *Dracula Sucks* de film [TRADUCTION] «dénué d'intérêt». La Commission n'a reçu aucune plainte concernant ce film. Au cours de l'année précédente, la Commission a visionné 750 films et en a rejeté douze parce qu'elle estimait que les adultes de l'Alberta les désapprouveraient d'une manière générale. Le critère sur lequel la Commission se fonde pour évaluer les normes sociales a changé au cours des dix années précédentes; maintenant, [TRADUCTION] «il est contemporain, moderne et doit être canadien». M. Hooper a décrit brièvement *Dracula Sucks*: [TRADUCTION] «Eh bien! il comporte des scènes de nudité, de violence et des scènes simulées de relations sexuelles».

Le juge du procès a conclu que le film est immoral, indécent et obscène. Il n'a [TRADUCTION] «absolument aucune valeur artistique», «le film est axé en majeure partie sur la violence extrême et insipide et sur les scènes de sexe explicites et inutiles».



The accused company was convicted and fined \$1500.

## II On Appeal

In a brief judgment, the Court of Appeal of Alberta dismissed the appeal. The Court noted it was not its function to judge the merits of the film, and it had not found it necessary to see the film; its sole function was to review the propriety of the trial. The judgment continued:

We have reviewed the reasons for judgment given in support of this conviction. Those reasons are blunt and impactful. The trial judge, sitting as a jury, was obliged to determine in an objective way what was tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community. As a trier of fact he was entitled to draw on his experience in the community. He had to consider the expert evidence but was entitled to reject it and obviously did. In this we are paraphrasing the remarks of Howland, C.J.O., in *Regina v. Sudbury News Service* 1978 39 C.C.C. (2d) 1 at p. 7.

The judgment concluded thus:

The reasons of the trial judge challenged in this appeal must be considered in the context of his whole judgment and the argument which immediately preceded it. The trial judge found that the only theme of the film "Dracula Sucks", was sex and violence, extreme and explicit. He found no plot. He asked himself what are contemporary community standards and considered all the evidence led. He cautioned himself on the dangers of slipping into subjective standards and concluded that the film did not meet the objective test. We see no grounds, in law, to disturb this conviction and dismiss the appeal.

## III Issues

In his factum, counsel for Towne Cinema raised five grounds of appeal. At the hearing oral argument was presented on only two of these grounds, both alleging errors in the trial judge's determination of the community standard of tolerance.

In view of the importance of the issues raised in this appeal, the Court felt that it would be proper to request a re-hearing before a full bench.

La compagnie accusée a été déclarée coupable et condamnée à verser une amende de 1 500 \$.

## II En appel

Dans un court arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. La cour a souligné qu'il ne lui appartient pas de juger la valeur du film et elle n'a pas estimé nécessaire de le visionner. Son seul rôle est d'examiner la justesse du procès. L'arrêt ajoute:

[TRADUCTION] Nous avons examiné les motifs de jugement à l'appui de cette condamnation. Ces motifs sont clairs et nets. Le juge du procès, qui siégeait seul, était tenu de décider objectivement ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne. En sa qualité de juge des faits, il avait le droit de s'appuyer sur son expérience de la société. Il devait prendre en considération le témoignage de l'expert mais il avait le droit de le rejeter, ce qu'il a fait de toute évidence. Sur ce point, nous paraphrasons les observations du juge en chef Howland de l'Ontario dans l'arrêt *Regina v. Sudbury News Service* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 à la p. 7.

L'arrêt conclut ainsi:

[TRADUCTION] Les motifs du juge du procès attaqués dans le présent appel doivent être examinés en fonction de l'ensemble de son jugement et de l'argumentation qui l'a immédiatement précédé. Le juge du procès a conclu que le seul thème, extrême et explicite, du film «Dracula Sucks» est le sexe et la violence. Il n'y a vu aucune intrigue. Il s'est demandé quelles sont les normes sociales contemporaines et il a examiné toute la preuve produite. Il a pris garde de ne pas retenir des normes subjectives et a conclu que le film ne satisfait pas au critère objectif. Nous ne voyons en droit aucun motif de modifier cette déclaration de culpabilité et nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

## III Les questions en litige

Dans son mémoire, l'avocat de Towne Cinema soulève cinq moyens d'appel. À l'audience, l'argumentation orale n'a porté que sur deux de ces moyens selon lesquels le juge du procès a commis des erreurs en déterminant la norme sociale de tolérance.

Vu l'importance des questions soulevées dans le présent pourvoi, la Cour a jugé opportun de demander la tenue d'une nouvelle audition devant la Cour au complet.

The Court requested counsel to address the following four questions:

1. Assuming that for purposes of s. 159, undue exploitation of sex is to be assessed on the basis of community standards, do these standards refer to what one would find acceptable for oneself to see or read, or to what one would tolerate others seeing or reading?
2. How is this standard to be ascertained by the trier of fact?
3. How is an impugned film to be measured against it?
4. What is the relevance, if any, of the audience to which a film is geared in determining whether it is obscene under s. 159(8)?

In my view the following issues arise from the two grounds argued on the appeal and the four questions addressed at the re-hearing:

1. What is the proper interpretation of the word "undue" in s. 159(8) of the *Criminal Code*?
2. Must the Crown adduce evidence to establish undueness?

#### IV Undueness and the Community Standards Test

In 1959 Parliament amended the provisions of s. 150 (now s. 159) of the *Criminal Code* dealing with obscenity by adding subs. (8) (1959 (Can.), c. 41, s. 11) which reads:

(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.

Any doubt that might previously have existed on the question of whether s. 159(8) embodied the proper or the exclusive test for obscenity in relation to a film was implicitly resolved by this Court in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. A number of decisions in various jurisdictions had previously concluded that films were "publications" and therefore properly dealt with under s. 159(8) (see *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (B.C.C.A.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); and *Daylight Theatre Co. v. The*

La Cour a demandé aux avocats de se pencher sur les quatre questions suivantes:

- [TRADUCTION] 1. À supposer qu'aux fins de l'art. 159 l'exploitation indue des choses sexuelles doit être appréciée en fonction de normes sociales, ces normes désignent-elles ce qu'on jugerait acceptable pour soi de voir ou de lire ou ce qu'on tolérerait que d'autres voient ou lisent?
2. Comment le juge des faits doit-il s'y prendre pour vérifier cette norme?
  3. Comment un film attaqué doit-il être évalué en fonction de cette norme?
  4. Quelle est l'importance de l'auditoire auquel s'adresse un film pour déterminer s'il est obscène au sens du par. 159(8)?

À mon avis, les questions suivantes découlent des deux moyens invoqués en appel et des quatre questions abordées lors de la nouvelle audition:

1. Quelle interprétation faut-il donner au mot «indue» que l'on trouve au par. 159(8) du *Code criminel*?
2. La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?

#### IV Le caractère indu et le critère des normes sociales

En 1959, le législateur a modifié les dispositions de l'art. 150 (maintenant l'art. 159) du *Code criminel* portant sur l'obscénité en ajoutant le par. (8) (1959 (Can.), chap. 41, art. 11) qui prévoit:

(8) Aux fins 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 quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

Tout doute qu'a pu soulever par le passé la question de savoir si le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films a été implicitement dissipé par cette Cour dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. Un certain nombre de tribunaux de diverses juridictions avaient antérieurement conclu que les films sont des «publications» et qu'ils sont par conséquent visés par le par. 159(8) (voir *R. v. Fraser*, [1966] 1 C.C.C. 110 (C.A.C.-B.); *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.); et *Day-*

*Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (Sask. Dist. Ct.)

*Dechow* dealt with an allegation of obscenity with regard to an exhibition of sex stimulators. Using language and reasoning easily extendible to motion pictures, Ritchie J., writing for the majority, held that the objects in question, accompanied as they were by printed instructions for their use, were "publications" within the meaning of that term in s. 159. They were therefore to be judged by the standard laid down in s. 159(8), which was the sole test of obscenity in relation to publications. Chief Justice Laskin, speaking for a minority of the Court, preferred the view that the articles in question were not publications. He was, however, of the opinion that the Court should apply exclusively the test in s. 159(8) in respect of allegations of obscenity whether such allegations are made under s. 159 (which deals with publications) or one of the other sections of the *Code*, such as s. 163 (under which the charge against Towne Cinema was laid) or s. 164.

The practical effect of the two judgments, though they differ widely in approach, is, for present purposes, the same: s. 159(8) embodies the sole test of obscenity in relation to motion pictures. It supersedes rather than supplements the much-criticized test enunciated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

In Canada, the notion of "community standards", as relevant to the determination of obscenity, has its origins in the judgment of Judson J. (speaking also for Abbott and Martland JJ.) in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, the *Lady Chatterley's Lover* case. *Brodie* was the first obscenity appeal to come before this Court following the introduction of s. 159(8) and Judson J.'s explication of this section reveals a very clear awareness of the criticism that had been leveled against the *Hicklin* test and an intention to avoid its pitfalls in the future. In *Hicklin* Cockburn C.J. had said:

*light Theatre Co. v. The Queen* (1973), 17 C.C.C. (2d) 451 (C. de district Sask.)

L'arrêt *Dechow* porte sur une allégation d'obscénité concernant l'étalage de stimulants érotiques. En employant des termes et un raisonnement qui peuvent facilement s'appliquer aux films, le juge Ritchie a conclu, au nom de la majorité, que les objets en question, accompagnés de leur mode d'emploi écrit, étaient des «publications» au sens de l'art. 159. Ils devaient par conséquent être jugés selon la norme énoncée au par. 159(8), qui constitue le seul critère d'obscénité applicable à des publications. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la minorité de la Cour, a préféré le point de vue que les articles en question ne sont pas des publications. Il était cependant d'avis que la Cour devait limiter l'application du critère du par. 159(8) aux allégations d'obscénité, que ces allégations soient faites en vertu de l'art. 159 (qui porte sur les publications) ou en vertu d'un autre article du *Code*, comme l'art. 163 (en vertu duquel est portée l'accusation contre Towne Cinema) ou l'art. 164.

Même s'ils diffèrent sensiblement dans leur façon d'aborder la question, l'effet pratique de ces deux jugements est le même aux fins de l'espèce: le par. 159(8) renferme le seul critère d'obscénité applicable aux films. Il vient remplacer plutôt que compléter le critère très critiqué énoncé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360.

Au Canada, la notion des «normes sociales», applicable à la détermination de l'obscénité, tire son origine du jugement rendu par le juge Judson (en son propre nom et en celui des juges Abbott et Martland) dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, l'affaire du roman *L'amant de Lady Chatterley*. L'arrêt *Brodie* a été le premier pourvoi en matière d'obscénité soumis à cette Cour après l'adoption du par. 159(8) et l'explication de ce paragraphe par le juge Judson révèle une prise de conscience très claire des critiques dirigées contre le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin* et l'intention d'éviter à l'avenir les embûches de ce critère. Le juge en chef Cockburn avait affirmé dans l'arrêt *Hicklin*:

... I think the test of obscenity is this, whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort may fall.

This definition had been criticized for its focus on the reactions of the weakest and least capable members of society, for its disregard of serious purpose or artistic merit in the impugned material and for its excessive dependence on subjective conjecture on the part of the trier of fact. In *Brodie*, Judson J. expressed the view that by the enactment of s. 159(8) "all the jurisprudence under the *Hicklin* definition is rendered obsolete" (p. 701) and that the new definition gave the Court "an opportunity to apply tests which have some certainty of meaning and are capable of objective application, which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury" (p. 702). Henceforth, the standard for obscenity would be an "undue exploitation of sex" and Judson J. proposed two tests which he regarded as capable of objective application to determine such "undueness".

The first test focussed on the "internal necessities" of the work in question. In the American case of *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), Judge Learned Hand had reluctantly felt bound to apply the *Hicklin* test, but said, at pp. 120-21: "I question whether in the end men will regard that as obscene which is honestly relevant to the adequate expression of innocent ideas." In *Brodie*, at pp. 704-05, Judson J. applied this principle to the newly-enacted statutory definition:

... I do not think that there is undue exploitation if there is no more emphasis on the theme than is required in the serious treatment of the theme of a novel with honesty and uprightness .... The section recognizes that the serious-minded author must have freedom in the production of a work of genuine artistic and literary merit and the quality of the work, as the witnesses point out and common sense indicates, must have real rele-

[TRADUCTION] ... J'estime que le critère de l'obscénité est celui de savoir si l'objet qu'on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et d'avoir en leur possession une publication de ce genre.

Cette définition a été critiquée parce qu'elle met l'accent sur les réactions des membres les plus démunis de la société, parce qu'elle ne tient pas compte de l'objet profond ou de la valeur artistique du matériel attaqué et parce qu'elle repose trop sur des conjectures subjectives de la part du juge des faits. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson a exprimé l'avis que l'adoption du par. 159(8) [TRADUCTION] «rend désuète toute la jurisprudence fondée sur la définition énoncée dans l'arrêt *Hicklin*» (p. 701) et que la nouvelle définition donnait à la Cour [TRADUCTION] «l'occasion d'appliquer des critères qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury» (p. 702). La norme applicable en matière d'obscénité serait désormais «l'exploitation indue des choses sexuelles» et le juge Judson a proposé deux critères qui, selon lui, peuvent être appliqués d'une manière objective pour établir ce «caractère indu».

Le premier critère met l'accent sur les [TRADUCTION] «besoins internes» de l'œuvre en question. Dans l'arrêt américain *United States v. Kennerley*, 209 F. 119 (1913), le juge Learned Hand s'est cru, à regret, obligé d'appliquer le critère de l'arrêt *Hicklin* mais il a affirmé, aux pp. 120 et 121: [TRADUCTION] «Je me demande si, en définitive, les hommes considéreront comme obscène ce qui permet honnêtement de bien exprimer des idées inoffensives». Aux pages 704 et 705 de l'arrêt *Brodie*, le juge Judson applique ce principe à la définition légale récemment adoptée:

[TRADUCTION] ... Je ne crois pas qu'il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l'accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d'un roman de façon sérieuse, honnête et intègre ... L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit

vance in determining not only a dominant characteristic but also whether there is undue exploitation.

Judson J.'s second test for "undueness" looked to the standards of the community. The concept of "community standards" had previously been applied by courts in Australia and New Zealand as a measure of whether a work exhibited an "undue emphasis" on sex. Judson J. regarded this reading of undue as meaning "what the community regards as excessive" to be preferable to what he saw as the only alternative (at p. 706):

Surely the choice of courses is clear-cut. Either the judge instructs himself or the jury that undueness is to be measured by his or their personal opinion—and even that must be subject to some influence from contemporary standards—or the instruction must be that the tribunal of fact should consciously attempt to apply these standards. Of the two, I think that the second is the better choice.

Judson J. made no attempt to harmonize or integrate his two tests. He simply concluded that whether the question was approached on the basis of the internal necessities of the novel itself or on the basis of an offence against community standards, undue exploitation of sex was not a dominant characteristic of *Lady Chatterley's Lover*.

In the present case, no argument was addressed to the "artistic merit" or "serious purpose" of *Dracula Sucks*—nor, I should think, could such an argument plausibly be made. This Court is not, therefore, called upon to expound the relationship between Judson J.'s two tests. We need only consider the issue of obscenity from the point of view of community standards.

Nevertheless, as will presently appear, it is important to remember that from the very beginning of this Court's consideration of s. 159(8) "community standards" have been viewed as one measure of "undueness" in the exploitation of sex. They have never been seen as the *only* measure of such undueness; still less has a breach of commu-

vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

<sup>a</sup> Le second critère du juge Judson concernant le «caractère indu» porte sur les normes sociales. Les tribunaux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande avaient déjà appliqué le concept de «normes sociales» pour déterminer si une œuvre mettait un <sup>b</sup> «accent indu» sur les choses sexuelles. Le juge Judson a considéré que cette façon d'interpréter le mot indu comme signifiant [TRADUCTION] «que la société considère comme excessif» était préférable à ce qu'il considèrerait comme la seule autre <sup>c</sup> solution (à la p. 706):

[TRADUCTION] Il est évident que le choix de la voie à suivre est précis. Ou bien, selon le juge ou les jurés bien instruits du droit applicable, le caractère indu doit être <sup>d</sup> mesuré en fonction de son ou de leur opinion personnelle—et même là l'influence des normes contemporaines doit se faire sentir dans une certaine mesure—ou bien, suivant ce juge ou ces jurés, le juge des faits doit consciemment tenter d'appliquer ces normes. Entre ces deux options, j'estime que la seconde est la meilleure. <sup>e</sup>

Le juge Judson n'a pas tenté d'harmoniser ou d'intégrer ses deux critères. Il a simplement conclu que peu importe que la question soit examinée en <sup>f</sup> fonction des besoins internes du roman lui-même ou en fonction d'une violation des normes sociales, l'exploitation indue des choses sexuelles n'est pas une caractéristique dominante du roman *L'amant de Lady Chatterley*.

<sup>g</sup> En l'espèce, aucun argument n'a porté sur l'«objet profond» ou sur la «valeur artistique» de *Dracula Sucks* et je ne crois pas qu'un tel argument pourrait être avancé d'une manière plausible. <sup>h</sup> Cette Cour n'est donc pas appelée à expliquer le lien entre les deux critères du juge Judson. Nous devons seulement examiner la question de l'obscénité du point de vue des normes sociales.

<sup>i</sup> Néanmoins, comme on le verra bientôt, il importe de se rappeler que depuis la toute première fois où cette Cour a examiné le par. 159(8), les «normes sociales» ont été considérées comme un <sup>j</sup> moyen d'évaluer le «caractère indu» de l'exploitation des choses sexuelles. Elles n'ont jamais été considérées comme l'*unique* critère de ce caractère

nity standards been treated as in itself a criminal offence.

There are other ways in which exploitation of sex might be "undue". Ours is not a perfect society and it is unfortunate but true that the community may tolerate publications that cause harm to members of society and therefore to society as a whole. Even if, at certain times, there is a coincidence between what is not tolerated and what is harmful to society, there is no necessary connection between these two concepts. Thus, a legal definition of "undue" must also encompass publications harmful to members of society and, therefore, to society as a whole.

Sex related publications which portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment, may be "undue" for the purpose of s. 159(8). No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty, and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history, such publications will be tolerated. See *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont. Co. Ct.) at p. 173; *R. v. Wagner*, Alta. Q.B., January 16, 1985 (unreported); *R. v. Chin*, Ont. Prov. Ct., February 22, 1983 (unreported, but summarized at 9 W.C.B. 249).

However, as I have noted above, there is no necessary coincidence between the undueness of publications which degrade people by linking violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment with sex, and the community standard of tolerance. Even if certain sex related materials were found to be within the standard of tolerance of the community, it would still be necessary to ensure that they were not "undue" in some other sense, for example in the sense that they portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty, or other forms of dehumanizing treatment.

indu; encore moins a-t-on jugé qu'une violation des normes sociales constitue en soi une infraction criminelle.

a L'exploitation des choses sexuelles peut être «indue» d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot «indue» doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société.

d Les publications qui ont trait aux choses sexuelles et qui représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant, peuvent être «indues» au sens du par. 159(8). Nul ne devrait être assujéti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant. Il est peu probable qu'à un moment donné dans l'histoire d'une société de telles publications seront tolérées. Voir *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. de comté, Ont.), à la p. 173; *R. v. Wagner*, B.R. Alb., le 16 janvier 1985 (non publié); *R. v. Chin*, Cour prov. Ont., le 22 février 1983 (non publié, mais résumé à 9 W.C.B. 249).

h Cependant, comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la norme sociale de tolérance et le caractère indu des publications qui dégradent des personnes en associant les choses sexuelles à la violence, à la cruauté ou à d'autres formes de traitement déshumanisant. i Même si on concluait que certains objets qui ont trait aux choses sexuelles sont conformes à la norme sociale de tolérance, il serait encore nécessaire de s'assurer qu'ils ne sont pas «indus» sous d'autres aspects, en ce sens par exemple qu'ils représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté et d'autres formes de traitement déshumanisant.

In the present case, however, only the community standard of tolerance is directly in issue. The rest of this decision will be concerned with the community standard of tolerance.

Two years after the *Brodie* case this Court, in *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251, adopted *in toto* the dissenting reasons delivered in the Court of Appeal of Manitoba by Freedman J.A., [1963] 2 C.C.C. 103. In that case, as in this, the allegedly obscene material had no discernible serious purpose or artistic merit. Freedman J.A.'s discussion of whether or not it unduly exploited sex was therefore focussed on its relationship to community standards. Applying Judson J.'s observation in *Brodie* about the need to test undueness by objective criteria, Freedman J.A. elaborated on several requisite characteristics of the community standards to be applied. He held that the standards must be *Canadian* standards, not those prevailing elsewhere, and that they must be *contemporary* standards reflecting the current level of candour with regard to sexual matters not the level of the past. On the question of which contemporary Canadians are to be the touchstone of "community standards" Freedman J.A. said at p. 116:

Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

In 1974, in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, Freedman C.J.M. had much the same to say with regard to the appropri-

En l'espèce toutefois, seule la norme sociale de tolérance est directement en cause. C'est sur la norme sociale de tolérance que portera le reste de cet arrêt.

<sup>a</sup> Deux ans après l'arrêt *Brodie*, cette Cour a adopté intégralement, dans l'arrêt *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] R.C.S. 251, les motifs dissidents prononcés par le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba à [1963] 2 C.C.C. 103. Dans cette affaire, comme en l'espèce, on ne pouvait discerner aucune valeur artistique ni aucun objet profond dans le matériel prétendument obscène. Dans son analyse de la question de savoir s'il y avait eu exploitation indue des choses sexuelles, le juge Freedman a donc mis l'accent sur le lien entre cette exploitation et les normes sociales. Appliquant l'observation du juge Judson dans l'arrêt *Brodie* concernant l'obligation d'évaluer le caractère indu au moyen d'un critère objectif, le juge Freedman a expliqué plusieurs caractéristiques nécessaires des normes sociales qu'il faut appliquer. Il a conclu qu'il doit s'agir de normes *canadiennes* et non de normes qui ont cours ailleurs et que ces normes doivent être *contemporaines* et refléter le degré actuel de franchise face aux questions sexuelles et non celui qui existait par le passé. Quant à la question de savoir quels Canadiens contemporains doivent être la pierre de touche des «normes sociales», le juge Freedman affirme, à la p. 116:

[TRADUCTION] Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès.

En 1974, dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, à la p. 188 (C.A. Man.), le juge en chef Freedman a dit à

ate community standard to apply in determining whether the film *Last Tango in Paris* was obscene at p. 188:

The learned trial Judge made it abundantly clear that his obligation was to consider the film not according to his own subjective views but according to the objective test furnished by contemporary community standards in Canada. Indeed he expressly stated in his reasons for judgment that his personal views were adverse to the acceptability of the film but that he was setting aside those views. That of course was the correct and judicial thing to do.

I said earlier that the undue exploitation of sex is the touchstone of obscenity under s. 159(8), and that a breach of community standards is simply one measure of such undueness. It is harm to society from undue exploitation that is aimed at by the section, not simply lapses in propriety or good taste. In *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), Monnin J.A. and I considered this point at p. 269:

The Court was urged to define "community standards" as community standards of acceptance, *i.e.*, tolerance. I would accept this definition. In the *Brodie* case Judson J., referred, p. 181, to "standards of acceptance prevailing in the community". In the *Great West News* case, we referred to contemporary standards of tolerance. I have no doubt, as Dr. Rich testified, and as the Judge agreed, a distinction can be made between private taste and standard of tolerance. It can hardly be questioned that many people would find personally offensive, material which they would permit others to read. Parliament, through its legislation on obscenity, could hardly have wished to proscribe as criminal that which was acceptable or tolerable according to current standards of the Canadian community.

A similar point was made by Weatherston J.A., delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. xi) at pp. 114-15:

It is neither helpful nor accurate to say that the standard of tolerance is synonymous with the moral standards of the community . . . the words "moral standards of the

peu près la même chose au sujet de la norme sociale applicable pour déterminer si le film *Le dernier tango à Paris* était obscène:

[TRADUCTION] Le savant juge du procès a indiqué très clairement qu'il avait l'obligation d'examiner le film en fonction non pas de son propre point de vue subjectif, mais du critère objectif que fournissent les normes sociales contemporaines au Canada. En fait, il a déclaré de façon expresse dans les motifs de son jugement qu'à son point de vue personnel, le film était inacceptable, mais qu'il mettait de côté ce point de vue. Il s'agit là bien sûr de ce qu'un juge doit faire.

J'ai affirmé précédemment que l'exploitation indue des choses sexuelles est la pierre angulaire de l'obscénité au sens du par. 159(8) et qu'une violation des normes sociales n'est qu'une mesure de ce caractère indu. C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût. Dans l'arrêt *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), le juge Monnin et moi-même avons examiné ce point à la p. 269:

[TRADUCTION] On a demandé à la cour de définir les «normes sociales» comme étant les normes sociales d'acceptation, *c.-à-d.* de tolérance. Je suis d'avis d'accepter cette définition. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson parle, à la p. 181, des «normes d'acceptation admises dans la société». Dans l'arrêt *Great West News*, nous avons parlé des normes de tolérance contemporaines. Je ne doute pas, comme l'a affirmé le D<sup>r</sup> Rich dans son témoignage et ce avec quoi le juge s'est dit d'accord, qu'on puisse établir une distinction entre un goût personnel et une norme de tolérance. On ne peut guère nier qu'un bon nombre de personnes trouveraient personnellement offensant du matériel qu'elles permettraient à d'autres personnes de lire. Il va sans dire que le Parlement, par ses lois relatives à l'obscénité, n'a pas voulu interdire comme étant criminel ce qui est acceptable ou tolérable suivant les normes actuelles de la société canadienne.

Le juge Weatherston, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Penthouse International Ltd.* (1979), 46 C.C.C. (2d) 111 (autorisation de pourvoi refusée, [1979] 1 R.C.S. xi), se prononce dans le même sens, aux pp. 114 et 115:

[TRADUCTION] Il est ni utile ni juste d'affirmer que la norme de la tolérance est synonyme de normes morales de la société . . . L'expression «normes morales de la



community" mean no more than a consensus of what is right and what is wrong . . . . The question, in any event, is not whether the content of the publication goes beyond what the contemporary Canadian community thinks is right, but rather whether it goes beyond what the contemporary Canadian community is prepared to tolerate.

*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.), was concerned with the distribution to certain confectionary stores of magazines alleged to be obscene, including *Penthouse* and *Oui*. Howland C.J.O., speaking for the Ontario Court of Appeal, reviewed the relevant authorities and then, in a number of propositions distilled from those authorities expressed, in my view admirably, the present state of Canadian law as applied to the question presently before the Court.

I have taken the liberty of extracting the following propositions from various places in the judgment: (i) in determining what is undue exploitation within s. 159(8), one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community have been exceeded; (ii) the standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown; (iv) the decision whether the publication is tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one's own personal ideas of what is tolerable.

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it.

société» ne désigne qu'un consensus sur ce qui est bien et sur ce qui est mal . . . . En tout état de cause, la question n'est pas de savoir si le contenu de la publication va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine estime convenable, mais plutôt de savoir s'il va au-delà de ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer.

L'arrêt *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.), porte sur la distribution à certaines épiceries de revues prétendument obscènes dont *Penthouse* et *Oui*. Le juge en chef Howland, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes et, dans un certain nombre de propositions qu'il en a dégagées, il a énoncé d'une façon admirable à mon avis l'état actuel du droit canadien applicable à la question dont est saisie cette Cour en l'espèce.

Je me suis permis d'extraire les propositions suivantes de divers passages de ce jugement: (i) pour déterminer ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8), l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine; (ii) il doit s'agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; (iv) il appartient à la cour de décider si une publication est tolérable suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d'une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d'appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.

Since the standard is tolerance, I think the audience to which the allegedly obscene material is targeted must be relevant. The operative standards are those of the Canadian community as a whole, but since what matters is what other people may see, it is quite conceivable that the Canadian community would tolerate varying degrees of explicitness depending upon the audience and the circumstances. I would adopt the following passage of Howland C.J.O. in *Sudbury News Service Ltd.* (*supra*) at p. 8:

The next question which arises is the extent to which the manner and circumstances of distribution are relevant in determining whether or not a publication is obscene. There are some publications which are so blatantly indecent that they would not be tolerable by the Canadian community under any circumstances. Some pictures are offensive to the majority of people to the point that the Canadian community would not tolerate them on a billboard, or on the cover of a magazine, or on a television screen where persons of all ages and sensibilities would be exposed to them, but would be prepared to tolerate them being viewed by persons who wished to view them. Some pictures would not be acceptable by Canadian community standards in a children's bedtime story-book or primer but would be in a magazine for general distribution. The Canadian community might be prepared to tolerate the exhibition of a motion picture to an adult audience, but would consider the exhibition of the same motion picture to a general audience, which included children, to be an undue exploitation of sex. Similarly, the general distribution of certain magazines to a neighbourhood store accessible to all ages would not be tolerable, whereas the distribution of such magazines to "adult" bookstores to which children under a certain age were not admitted might not be objectionable. The packaging and pricing of a publication may also be relevant in considering whether Canadian community standards have been exceeded. The distribution of magazines in plastic covers marked "adult" in some respects might act as an attraction rather than a deterrent unless the price was high enough to place it beyond the reach of most children.

In endorsing this view I am modifying the position I had adopted in the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307, at p. 317 (leave to appeal denied, [1970] S.C.R. ix).

Puisque la norme est la tolérance, je pense que l'auditoire auquel s'adresse le film prétendument obscène doit être pris en considération. Les normes qui s'appliquent sont celles de la société canadienne dans son ensemble, mais, puisque ce qui importe c'est ce que d'autres personnes peuvent voir, il est tout à fait concevable que la société canadienne tolérerait divers degrés de caractère explicite selon l'auditoire et les circonstances. Je suis d'avis d'adopter le passage suivant du juge Howland, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *Sudbury News Service Ltd.* (précité), à la p. 8:

[TRADUCTION] La question qui se pose ensuite est de savoir dans quelle mesure le mode et les circonstances de la distribution sont pertinents pour décider si une publication est obscène. Certaines publications sont d'une indécence si flagrante que la société canadienne ne pourrait les tolérer en aucun cas. Certaines images sont si choquantes pour la majorité des gens que la société canadienne ne tolérerait pas qu'elles soient exposées sur un panneau d'affichage, sur la couverture d'une revue ou à la télévision où des personnes de tout âge et de toute sensibilité pourraient les voir, mais serait toutefois disposée à tolérer qu'elles soient vues par les personnes qui veulent les voir. Suivant les normes de la société canadienne, certaines images ne seraient pas acceptables dans un livre d'histoires ou un manuel pour enfants, mais le seraient dans une revue destinée au public en général. Alors qu'elle pourrait être disposée à tolérer qu'un film soit présenté à un auditoire adulte, la société canadienne considérerait que ce même film présenté à un auditoire général comprenant des enfants constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. De même, la distribution de certaines revues dans un magasin de quartier accessible à des personnes de tout âge ne serait pas tolérable alors qu'on pourrait ne pas s'opposer à la distribution de ces revues dans les librairies dites «pour adultes» où les enfants ne sont pas admis. L'emballage et le prix d'une publication peuvent également être pris en considération pour décider si on a outrepassé les normes sociales canadiennes. La distribution de revues sous enveloppes de plastique avec l'indication «pour adultes» peut, à certains égards, avoir un effet d'attraction plutôt que de dissuasion à moins que leur prix soit suffisamment élevé pour que la plupart des enfants ne puissent se les procurer.

En adoptant cette opinion, je m'écarte de la position que j'avais adoptée en Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307, à la p. 317 (autorisation de pourvoi refusée, [1970] R.C.S. ix).

With that review of the cases, I turn now to the trial judgment in the present case. The appellant submits that the trial judge misdirected himself in holding that his assessment of the local community's feeling of "revulsion" was determinative of the Canadian community standard of tolerance, and in thereby employing a subjective and regional rather than objective and national test. According to the appellant the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the film would not be tolerated by the Canadian community in the sense that those who do not wish to view it will not accept or tolerate the fact that others do and will see it.

In delivering judgment the trial judge said:

I do not have the benefit of a jury. In making the remarks I have made, I do not feel that I am imposing my own standards completely, although how can one help but be subjective in a case like this. None of us live on an island, we all live in a world which, as evidence has suggested today, is becoming more tolerant of explicit sex in films and more tolerant of violence. Somebody has got to draw the line and I don't know how far community standards are prepared to be stretched before somebody does draw the line on the type of garbage that I saw this morning.

I am satisfied that this film is a long way from meeting the contemporary community standards. It may satisfy a certain element of a community, it may gratify them, but I am prepared to say that the majority of the community would feel the same revulsion for this show that I felt when I left there this morning.

When I say the dominant theme of this film was sex and violence, I am not being entirely correct, it is the only theme. There is no plot, there is no story whatsoever, unless it is hidden in such a way that I couldn't find it. I was making notes at the time the show was on, but I was able to watch it in its entirety.

In the present case I think, with respect, that the trial judge applied a standard of taste, not tolerance, as reflected in these words:

... I am prepared to say that the majority of the community would feel the same revulsion for this show that I felt when I left there this morning.

In my view this statement can only be interpreted as saying that most people would be personally

Après avoir examiné la jurisprudence, examinons maintenant le jugement de première instance en l'espèce. L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'évaluation qu'il a faite du sentiment de «dégout» de la collectivité locale était déterminante quant à la norme sociale de tolérance au Canada, recourant ainsi à un critère subjectif et régional plutôt qu'à un critère objectif et national. Suivant l'appelante, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable que le film ne serait pas toléré par la société canadienne en ce sens que les personnes qui ne voudraient pas le voir n'accepteraient pas ou ne toléreraient pas que d'autres personnes le voient.

Le juge du procès a dit en rendant son jugement:

[TRADUCTION] Je ne bénéficie pas de la présence d'un jury. Dans les observations que j'ai faites, je ne crois pas imposer entièrement mes propres normes, bien qu'on puisse difficilement ne pas être subjectif dans un cas comme celui-ci. Aucun d'entre nous ne vit sur une île déserte, nous vivons tous dans un monde qui, comme la preuve faite aujourd'hui tend à le montrer, devient plus tolérant face aux choses sexuelles explicites dans les films et plus tolérant face à la violence. Il doit y avoir une limite et je ne sais pas jusqu'où on peut étirer les normes sociales avant que quelqu'un ne fixe une limite au genre de cochonnerie que j'ai vue ce matin.

Je suis convaincu que ce film est très loin de respecter les normes sociales contemporaines. Il peut satisfaire une certaine catégorie de personnes, il peut les contenter, mais je suis prêt à dire que la majorité des gens aurait face à ce spectacle le même sentiment de dégoût que j'avais en quittant la salle ce matin.

Quand je dis que les choses sexuelles et la violence constituent le thème dominant de ce film, ce n'est pas tout à fait exact: c'est le seul thème du film. Il n'y a pas d'intrigue, il n'y a absolument aucune histoire, à moins qu'elle soit si bien cachée que je n'ai pu la découvrir. J'ai pris des notes pendant le film, mais j'ai pu le voir entièrement.

En l'espèce, j'estime avec égards que le juge du procès a appliqué une norme de goût et non de tolérance, comme l'indiquent ces mots:

... je suis prêt à dire que la majorité des gens aurait face à ce spectacle le même sentiment de dégoût que j'avais en quittant la salle ce matin.

À mon avis, la seule interprétation possible de cette affirmation est que la plupart des gens

offended. The judge did not direct his mind to the question whether most people would tolerate others seeing the film in question. In that I think he erred.

It should also be noted that the trial judge gave no consideration to the fact that *Dracula Sucks* was restricted to adults only, and that only those who chose to see it would be exposed to it. As I have said, these factors are important considerations in applying a test of tolerance.

The appellant argues, as I have indicated, that the trial judge applied a subjective and local standard rather than a national objective test. In *Brodie*, Judson J. makes it clear that the trier of fact is not supposed simply to apply his own subjective standard but rather to assess the community standard. The statement of the trial judge, "I do not feel that I am imposing my own standards completely" seems to imply that he is imposing his own standards primarily and lends support to the submission of the appellant that the test applied was subjective and not objective. In particular, the sentence reading: "Somebody has got to draw the line and I don't know how far community standards are prepared to be stretched before somebody does draw the line on the type of garbage that I saw this morning" suggests that the judge is imposing his own standard—somebody has to draw the line and he is going to be the one to do it.

Reading his comments as a whole, I can reach no conclusion other than the trial judge applied his own subjective standards of taste and not community standards of tolerance.

#### V The Evidentiary Issue

The appellant's second ground is that the judge failed to have regard to the unrebutted evidence of the Chairman of the Censor Board that the film did not fall below contemporary community standards. 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.))

seraient personnellement choqués. Le juge ne s'est pas posé la question de savoir si la plupart des gens toléreraient que d'autres voient le film en question. À mon avis, c'est là qu'il a commis une erreur.

<sup>a</sup> Il faut remarquer en outre que le juge du procès n'a pas tenu compte du fait que *Dracula Sucks* était réservé aux adultes et que seules les personnes qui choisissent de le voir y seraient exposées. <sup>b</sup> Comme je l'ai dit, ces facteurs sont importants lorsqu'on applique un critère de tolérance.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'appelante fait valoir que le juge du procès a appliqué une norme subjective et locale plutôt qu'un critère national et objectif. Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson affirme clairement que le juge des faits est censé non pas appliquer simplement sa propre norme subjective, mais plutôt évaluer la norme sociale. <sup>d</sup> La déclaration du juge du procès, «je ne crois pas imposer entièrement mes propres normes», semble sous-entendre qu'il impose essentiellement ses propres normes, ce qui appuie la prétention de l'appelante que le critère appliqué était subjectif et non pas objectif. En particulier, la phrase «Il doit y avoir une limite et je ne sais pas jusqu'où on peut étirer les normes sociales avant que quelqu'un ne fixe une limite au genre de cochonnerie que j'ai vue ce matin» laisse entendre que le juge impose sa propre norme—quelqu'un doit fixer la limite et c'est lui qui va le faire.

<sup>g</sup> Compte tenu de l'ensemble de ses commentaires, je ne puis que conclure que le juge du procès a appliqué ses propres normes de goût et non les normes sociales de tolérance.

#### <sup>h</sup> V La question de la preuve

<sup>i</sup> Le second moyen de l'appelante porte que le juge n'a pas tenu compte du témoignage non réfuté du président de la Commission de censure portant que le film ne sort pas des normes sociales contemporaines. 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.))

Counsel does, however, take the point that in light of the evidence, not disputed, of the approval of the allegedly obscene film by all of the censor boards or classification boards across the country there was an additional onus on the Crown to adduce evidence to establish beyond a reasonable doubt that the film went beyond what the contemporary Canadian community is prepared to tolerate. In support of this argument counsel cited several passages on the subject of expert evidence from the dissenting judgment of Laskin J.A., as he then was, in *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont. C.A.) and urged us to accept them as correct statements of the evidentiary requirements in obscenity cases.

The issue of who must place evidence of what before the trier of fact in obscenity cases is a vexing and recurring problem. Under the *Hicklin* rule expert evidence was in general held to be irrelevant. As Laidlaw J.A. explained in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.) at p. 157, since, under the *Hicklin* test, the gravamen of the offence was a tendency to deprave or corrupt, evidence as to artistic merit—no matter how reliable—was held to be irrelevant to the issue of obscenity. And as for evidence tending to show that the material in question had no tendency to deprave or corrupt, Laidlaw J.A.'s discussion, at p. 161, illustrates that the prevailing rules of evidence held such testimony to be inadmissible opinion evidence going to the very question to be determined by the trier of fact.

With the inception of the new statutory definition in s. 159(8) this rigid inflexibility was considerably relaxed. In *Brodie* (*supra*), at p. 703, Judson J. made it clear that expert evidence as to the seriousness of the artist's purpose and the artistic merit of the material in question was certainly admissible, and, in his view, very helpful:

I can read and understand, but at the same time I recognize that my training and experience have been,

L'avocat fait cependant valoir que, compte tenu de la preuve incontestée de l'approbation du film prétendument obscène par tous les organismes de censure ou de classification au pays, la poursuite avait le fardeau additionnel de prouver hors de tout doute raisonnable que le film outrepassait ce que la société canadienne contemporaine est disposée à tolérer. À l'appui de cet argument, l'avocat a cité de nombreux extraits de l'opinion dissidente du juge Laskin, alors juge de la Cour d'appel de l'Ontario, sur la question de la preuve d'expert, dans l'arrêt *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (C.A. Ont.) et il nous demande de considérer ces extraits comme l'énoncé exact des règles de preuve en matière d'obscénité.

La question de savoir qui a le fardeau de la preuve et ce qui doit être prouvé devant le juge des faits dans les causes d'obscénité est un problème épineux qui se pose fréquemment. En vertu de la règle énoncée dans l'arrêt *Hicklin*, la preuve d'expert est généralement considérée comme non pertinente. Comme l'a expliqué le juge Laidlaw dans l'arrêt *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), à la p. 157, puisque, suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Hicklin*, la substance de l'infraction était la tendance à dépraver ou à corrompre, la preuve relative à la valeur artistique—peu importe à quel point elle était digne de foi—a été jugée non pertinente en ce qui concerne la question de l'obscénité. Quant à la preuve qui vise à démontrer que le matériel en question ne tend pas à dépraver ou à corrompre, l'analyse du juge Laidlaw, à la p. 161, montre que suivant les règles de preuve en vigueur ce type de témoignage constitue une preuve d'opinion qui est irrecevable et qui porte sur la question même que le juge des faits doit trancher.

Depuis l'avènement de la nouvelle définition figurant au par. 159(8), cette attitude rigide s'est considérablement assouplie. À la page 703 de l'arrêt *Brodie* (précité) le juge Judson établit clairement que la preuve d'expert quant à l'objet profond de l'artiste et à la valeur artistique du matériel en question est certainement recevable et, à son avis, très utile:

[TRADUCTION] Je puis lire et comprendre, mais je reconnais en même temps que c'est en droit et non en

not in literature but in law and I readily acknowledge that the evidence of the witnesses who gave evidence in this case is of real assistance to me in reaching a conclusion.

In the *Prairie Schooner* case one issue was the admissibility of expert evidence (in the form of public opinion polls) on the question of the actual state of contemporary community standards. At page 266 of the report of that case there appears the following passage in the judgment of Monnin J.A. and myself:

... it would seem to me that when it becomes necessary to determine the true nature of community opinion and to find a single normative standard, the Court should not be denied the benefit of evidence, scientifically obtained in accordance with accepted sampling procedure, by those who are expert in the field of opinion research. Such evidence can properly be accorded the status of expert testimony. The state of mind or attitude of a community is as much a fact as the state of one's health: it would seem therefore as proper to admit the opinion of experts on the one subject as on the other.

(Emphasis added.)

To hold expert evidence *admissible* with regard to the factual underpinnings of the community standard test for "undueness" is, of course, not the same as holding such evidence to be *mandatory*. In *R. v. Great West News Ltd.* (*supra*), the appellants attempted to impose precisely that obligation on the Crown. It was argued that the Crown must fail because no evidence had been put before the court from which the court could objectively determine prevailing community standards. Counsel submitted that the court must determine from evidence placed before it by the Crown: (i) what is the community standard, that is to say, what is the standard of tolerance of Canadians as a whole to material of the nature of that impugned? (ii) does the material impugned so far transcend that standard as to be branded as criminal? After a review of the cases, and speaking also for Smith C.J.M., I had occasion to say, at pp. 314-15:

The authorities would seem to ascribe to the Judge a much more important role in the assessment of contem-

littérature que j'ai acquis ma formation et mon expérience et j'admets volontiers que les dépositions des témoins en l'espèce m'ont vraiment aidé à arriver à une conclusion.

<sup>a</sup> L'affaire *Prairie Schooner* portait notamment sur l'admissibilité d'une preuve d'expert (sous forme de sondage d'opinion publique) concernant l'état des normes sociales contemporaines. À la page 266 du recueil où est publiée cette affaire, on trouve le passage suivant des motifs du juge Monnin et de moi-même:

[TRADUCTION] ... il me semblerait que lorsqu'il devient nécessaire de déterminer la nature véritable de l'opinion publique et de trouver une norme unique, la Cour doit pouvoir bénéficier d'une preuve scientifique obtenue conformément à la procédure reconnue en matière d'échantillonnage par des personnes qui sont des experts en matière de sondage d'opinion. Cette preuve peut, à bon droit, être qualifiée de preuve d'expert. L'état d'esprit ou l'attitude d'une société est un fait tout autant que l'état de santé d'une personne: il semblerait donc qu'il convient d'admettre l'avis d'experts autant sur un sujet que sur l'autre.

<sup>e</sup> (C'est moi qui souligne.)

Juger une preuve d'expert *recevable* en ce qui concerne le fondement factuel du critère de la norme sociale applicable au «caractère indu» n'est pas évidemment la même chose que considérer cette preuve comme *obligatoire*. Dans l'arrêt *R. v. Great West News Ltd.* (précité), les appelants ont précisément tenté d'imposer cette obligation à la poursuite. On a prétendu que la poursuite ne devait pas avoir gain de cause parce que aucune preuve n'avait été présentée à la cour lui permettant de déterminer de façon objective les normes sociales courantes. L'avocat a fait valoir que la cour doit déterminer à partir de la preuve que lui soumet la poursuite: (i) Quelle est la norme sociale, c'est-à-dire quelle est la norme de tolérance de l'ensemble des Canadiens à l'égard du matériel comme celui qui est en cause? (ii) Le matériel en cause outrepassé-t-il cette norme au point d'être qualifié de criminel? Après avoir examiné la jurisprudence, j'ai affirmé, aux pp. 314 et 315, en m'exprimant également au nom du juge en chef Smith du Manitoba:

[TRADUCTION] La jurisprudence semble attribuer au juge un rôle beaucoup plus important dans l'évaluation

porary community standards than counsel for the appellants would accord him. I do not find in *Brodie* or elsewhere in the Commonwealth, any majority opinion that expert evidence of community standards is an essential ingredient to a finding of guilt. If any inference can be drawn from *Brodie* it is that the Judge must, in the final analysis, endeavour to apply what he, in the light of his experience, regards as contemporary standards of the Canadian community. In so doing he must be at pains to avoid having his decision simply reflect or project his own notions of what is tolerable.

I am unaware of any majority opinion, since the *Great West News Ltd.* judgment, in Canada or elsewhere in the Commonwealth, which has made expert evidence of community standards mandatory. To impose on the Crown a positive requirement to adduce expert evidence as to community standards would be unrealistic. Expert evidence is always expensive, sometimes simply not available and frequently unreliable. The American experience—based, to be sure on a somewhat different test for obscenity—has been summarized in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) at p. 56, Note 6. Obscenity, it is said, “is not a subject that lends itself to the traditional use of expert testimony . . . indeed the ‘expert witness’ practices employed in these cases have often made a mockery out of the otherwise sound concept of expert testimony”. *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (2d Cir. 1983) at p. 135, a recently reported American obscenity decision, confirms that although the government bears the burden of proving each element of obscenity (including a breach of community standards) to the satisfaction of the trier of fact, expert evidence of community standards is not constitutionally required, and that absent (or even in the face of) such evidence, the impugned materials may “speak for themselves” so as to ground a conviction for obscenity.

This is essentially the situation that obtains in Canada. In *R. v. Cameron* (*supra*), in the judgment cited by the appellant, Laskin J.A. distills

des normes sociales contemporaines que celui que l’avocat des appelants lui accorderait. Je ne trouve ni dans l’arrêt *Brodie* ni dans aucun autre arrêt d’un pays du Commonwealth une opinion majoritaire portant que la preuve des normes sociales par des témoins experts est un élément essentiel à une déclaration de culpabilité. La seule déduction, s’il y a lieu, qui peut être faite de l’arrêt *Brodie*, c’est que le juge doit, en dernière analyse, tenter d’appliquer ce que lui-même, compte tenu de son expérience, considère comme étant les normes contemporaines de la société canadienne. Ce faisant, il doit s’efforcer d’éviter que sa décision traduise ou reflète sa propre conception de ce qui est tolérable.

Depuis l’arrêt *Great West News Ltd.*, je ne connais aucune opinion majoritaire, exprimée au Canada ou ailleurs dans le Commonwealth, qui ait rendu obligatoire la preuve d’expert relativement aux normes sociales. Imposer à la poursuite une telle obligation serait irréaliste. La preuve d’expert est toujours coûteuse, parfois tout simplement impossible à obtenir et fréquemment douteuse. L’expérience américaine—qui se fonde bien sûr sur un critère quelque peu différent en matière d’obscénité—est résumée dans la décision *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), à la p. 56, note 6. L’obscénité, dit-on, [TRADUCTION] «n’est pas un sujet qui se prête au recours traditionnel à la preuve d’expert . . . en fait, le recours au «témoin expert» dans ces cas a souvent tourné en dérision le concept par ailleurs valable de la preuve d’expert». La décision *United States v. Various Articles of Obscene Merchandise*, 709 F.2d 132 (2d Cir. 1983), à la p. 135, une décision en matière d’obscénité publiée récemment aux États-Unis, confirme que, même si le gouvernement a l’obligation de prouver chacun des éléments de l’obscénité (y compris la violation des normes sociales) à la satisfaction du juge des faits, la preuve d’expert relativement aux normes sociales n’est pas obligatoire sur le plan constitutionnel, et qu’en l’absence (ou même en présence) de ce type de preuve les objets attaqués peuvent [TRADUCTION] «parler d’eux-mêmes» et justifier une condamnation pour obscénité.

La situation est essentiellement la même au Canada. Dans l’arrêt *R. v. Cameron* cité par l’appelante, le juge Laskin, alors juge d’appel, tire de

from the case law five propositions regarding the law of obscenity. The fifth, at p. 513, is:

Expert evidence is admissible on the issue of "undue-ness" but it must be weighed by the Court even when it is all one way and stands uncontradicted.

With respect, I agree that this is an accurate statement of the law. If later passages in Laskin J.A.'s dissent do in fact retreat from this position, so as to suggest that expert evidence, whether in chief or in rebuttal, is a legal prerequisite for a finding of obscenity, then with great respect I cannot agree. I consider as accurate the following statement of evidentiary requirements enunciated in the recent decision of Borins J. in *R. v. Doug Rankine Co.* (*supra*), at pp. 171-72:

It is well established that if the material itself is introduced into evidence, expert evidence as to obscenity or community standards is not required. Indeed, even if it is presented, the trier of fact is not bound to accept it. There is no necessity for the judge or jury to rely on evidence introduced in court as the basis for identifying community standards. Therefore, the trier of fact may determine for himself or herself (or themselves, in cases tried by a jury) the content of the community standard which is to be applied in determining whether the material in issue exceeds that standard. It is an objective test which applies. The test is not based on the level of tolerance of the judge or the jury. It is what the judge or jury believe the national level of tolerance to be.

Although, with great respect, I would not subscribe to any suggestion in Laskin J.A.'s dissent in *R. v. Cameron* (*supra*) that expert evidence is mandatory, I would nonetheless adopt his comment at p. 515 of that judgment:

Of course, that ultimate issue was for him [the judge], but even the most knowledgeable adjudicator should hesitate to rely on his own taste, his subjective appreciation, to condemn art. He does not advance the situation by invoking his right to apply the law and satisfying it by a formulary advertence to the factors which must be canvassed in order to register a conviction.

la jurisprudence cinq propositions concernant le droit en matière d'obscénité. La cinquième proposition est énoncée à la p. 513:

[TRADUCTION] La preuve d'expert relativement au «caractère indu» est admissible, mais la Cour doit en faire l'appréciation même lorsque celle-ci est à sens unique et qu'elle n'est pas contredite.

Avec égards, je suis d'accord pour dire qu'il s'agit là d'un énoncé exact de la règle de droit applicable. Si les derniers extraits de l'opinion dissidente du juge Laskin s'écartent effectivement de cette position de manière à laisser entendre que la preuve d'expert, que ce soit à titre de preuve principale ou de contre-preuve, est une condition légale préalable pour conclure à l'obscénité, alors avec égards je ne puis être d'accord. Je considère exact l'énoncé suivant des exigences en matière de preuve que l'on trouve dans la décision récente du juge Borins, *R. v. Doug Rankine Co.* (précitée), aux pp. 171 et 172:

[TRADUCTION] Il est bien établi que, si le matériel lui-même est déposé en preuve, la preuve d'expert relativement à l'obscénité ou aux normes sociales n'est pas requise. En fait, même si cette preuve est présentée, le juge des faits n'est pas tenu de l'accepter. Le juge ou le jury n'est pas tenu de se fonder sur la preuve présentée devant la cour comme moyen d'identifier les normes sociales. Par conséquent, le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, peut lui-même déterminer le contenu de la norme sociale à appliquer pour décider si le matériel en question outrepassé cette norme. C'est un critère objectif qui s'applique. Ce critère ne se fonde pas sur le seuil de tolérance du juge ou du jury. Il consiste en ce que le juge ou le jury croit être le seuil national de tolérance.

Bien que, avec égards, je ne souscrive pas à la proposition énoncée en dissidence par le juge Laskin dans l'arrêt *R. v. Cameron* (précité), portant que la preuve d'expert est obligatoire, je fais mienne néanmoins l'observation qu'il a faite à la p. 515 de cet arrêt:

[TRADUCTION] Certes, il lui [le juge] appartenait de trancher cette ultime question, mais même le juge le mieux informé doit hésiter à se fonder sur son goût personnel, sur son appréciation subjective, pour condamner l'art. Il n'améliore pas la situation lorsqu'il invoque son droit d'appliquer la loi et qu'il le fait en portant une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond pour inscrire une déclaration de culpabilité.



What is essential to a determination of undue-ness by means of the community standards test is that the trier of fact formulate an opinion of what the contemporary Canadian community will tolerate. In forming this opinion, the trier of fact must assess the community consensus. This assessment will inevitably involve judgments about values since it is one that touches the very fundamental mores and viewpoints of the Canadian community.

I would repeat, however, that this inquiry, though involving judgments about values, must be distinguished from the application of the trier of fact's subjective opinions about the tastelessness or impropriety of certain publications. The decision must focus on an objective determination of the community's level of tolerance and whether the publication exceeds such level of tolerance, not the trier of fact's personal views regarding the impugned publication. Thus, the role of an appellate court on an appeal from a determination of the community standard is to ensure that the trier of fact's decision is based on an opinion on the community standard of tolerance, not on his or her opinion about the tastelessness or impropriety of the impugned publication.

Evidence of the community's standard of tolerance may well be useful and indeed desirable in many cases. Nonetheless, I do not consider that there must be evidence, expert or otherwise, which the trier of fact accepts before a particular publication can be determined to violate the community standard. It is the opinion of the trier of fact on the community standard of tolerance with which we are concerned. It ought not to be stated as a matter of law that the trier of fact must have evidence, expert or otherwise, to be able to form an opinion on the community standard of tolerance.

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:

Ce qui est essentiel à la détermination du caractère indu au moyen du critère des normes sociales, c'est que le juge des faits formule une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine. En formant cette opinion, le juge des faits doit évaluer le consensus social. Cette évaluation comporte nécessairement des jugements de valeur puisqu'elle touche précisément les mœurs et les points de vue fondamentaux de la société canadienne.

Je répète toutefois que, même s'il comporte des jugements de valeur, cet examen doit être distingué de l'application des opinions subjectives du juge des faits en ce qui a trait au mauvais goût ou à l'inconvenance de certaines publications. La décision doit être axée sur la détermination objective du seuil de tolérance de la société et sur la question de savoir si la publication excède ce seuil, et non sur les opinions personnelles du juge des faits concernant la publication attaquée. Ainsi, dans un appel d'une détermination de la norme sociale, le rôle de la cour d'appel consiste à s'assurer que la décision du juge des faits repose sur une opinion concernant la norme sociale de tolérance et non pas sur sa propre opinion concernant le mauvais goût ou l'inconvenance de la publication attaquée.

La preuve de la norme sociale de tolérance peut fort bien être utile, voire souhaitable, dans bien des cas. Néanmoins, je n'estime pas que le juge des faits doit accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre, pour pouvoir déterminer qu'une publication donnée viole la norme sociale. C'est à l'opinion du juge des faits concernant la norme sociale de tolérance que nous nous intéressons. On ne devrait pas affirmer, comme point de droit, que le juge des faits doit disposer d'un témoignage, celui d'un expert ou autre, pour être en mesure de se former une opinion sur la norme sociale de tolérance.

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'outrepasse pas les normes sociales contemporaines. Le juge du procès n'a fait qu'une seule allusion à ce témoignage:

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. In this case, it was incumbent on the trial judge to consider and assess the weight, if any, to be given to the evidence, indicative of community standards of tolerance, afforded by the approval of the film by censor boards or classification boards as well as the fact that no complaints had been received by the Board in Alberta although more than 8,500 people had viewed the film. He might, for instance, have considered the following assessment of similar evidence with regard to *Last Tango in Paris* by Freedman C.J.M. in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (*supra*), at p. 196:

[The issue of obscenity] must be determined according to contemporary community standards in Canada. Relevant to that determination are many factors. One is the testimony of the experts, to be judicially assessed and weighed. Another is the circumstance that the film is adult fare only, as it has been given the classification "Restricted Adult", thereby becoming unavailable to persons under 18 years of age. A third is the fact that the film is being shown in New Brunswick, Quebec, Ontario, and British Columbia, in all of which Provinces it was given clearance by censor boards who made no deletions in it. (The film is of course being shown in many other countries in the world as well.) The record does not disclose a single Province that has banned "Last Tango". I am loath to believe that Manitobans are less tolerant, less sophisticated, or more in need of protective shelter than other Canadians.

In the present case the trial judge should certainly not have rejected the evidence before him without explanation.

It must also be kept in mind that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt. If at the end of the case the trial judge, whether on the basis of the defence evidence or otherwise, has

[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. En l'espèce, le juge du procès avait le devoir d'examiner ce témoignage et d'évaluer le poids de la preuve, en ce qu'elle reflète les normes sociales de tolérance, que constituent l'approbation du film par les organismes de censure ou de classification ainsi que le fait que la Commission de l'Alberta n'a reçu aucune plainte bien que plus de 8 500 personnes aient vu le film. Il aurait pu, par exemple, prendre en considération l'évaluation d'une preuve similaire concernant le film *Le dernier tango à Paris*, faite par le juge en chef Freedman dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (précité), à la p. 196:

[TRADUCTION] [La question de l'obscénité] doit être tranchée suivant les normes contemporaines de la société canadienne. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour trancher cette question. L'un d'eux est le témoignage des experts, que le juge doit soupeser et évaluer. Un autre est le fait que le film ne peut être vu que par des adultes puisqu'il a reçu la cote «Réservé aux adultes» et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans. Un troisième facteur est que le film est présenté au Nouveau-Brunswick, au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique et que, dans toutes ces provinces, les organismes de censure ont permis qu'il soit présenté dans sa version intégrale. (Ce film est également présenté dans plusieurs autres pays.) D'après le dossier, aucune province n'en a interdit la présentation. J'hésite à croire que les Manitobains sont moins tolérants, moins raffinés ou qu'ils ont besoin de plus de protection que les autres Canadiens.

Dans la présente espèce, le juge du procès n'aurait certainement pas dû rejeter la preuve qui lui a été soumise sans donner d'explications.

Il faut également se rappeler que la poursuite doit établir sa preuve hors de tout doute raisonnable. Si, à la fin du procès, compte tenu de la preuve de la défense ou autrement, le juge a un doute

a reasonable doubt that the material falls below community standards, he must acquit. There is no onus on the accused to show that community standards have been met.

In my view the trial judge erred in failing to have regard to the un rebutted evidence of the Chairman of the Censor Board of Alberta.

Both the points advanced by the appellant are well taken. I would therefore allow the appeal, set aside the judgments at trial and on appeal, and order a new trial.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, Mr. Justice McIntyre and Madame Justice Wilson.

Like Mr. Justice McIntyre, I agree with the Chief Justice that the standard we seek is that of tolerance and that: "What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it." I agree, however, with the Chief Justice that the Crown is not required to adduce expert evidence as to community standards.

Again like Mr. Justice McIntyre, I agree with Madame Justice Wilson that the audience to which a film or other publication is exposed is not relevant to a consideration of whether it is obscene.

I would dispose of the appeal as do the Chief Justice and Madame Justice Wilson.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice and Madame Justice Wilson. I am in agree-

raisonnable que le film outre passe les normes sociales, il doit prononcer l'acquittement. L'accusé n'a pas le fardeau d'établir que les normes sociales sont respectées.

<sup>a</sup> Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas compte du témoignage non réfuté du président de la Commission de censure de l'Alberta.

<sup>b</sup> Les deux moyens qu'a fait valoir l'appelante sont bien fondés et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier les jugements rendus en première instance et en appel et d'ordonner un nouveau procès.

<sup>c</sup> Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

<sup>d</sup> LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par le Juge en chef, le juge McIntyre et le juge Wilson.

<sup>e</sup> À l'instar du juge McIntyre, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la norme qui nous intéresse est celle de la tolérance et que «Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.» Toutefois, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il n'est pas nécessaire que la poursuite produise une preuve d'expert au sujet des normes sociales.

<sup>f</sup> À l'instar encore une fois du juge McIntyre, je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène.

<sup>g</sup> Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la même manière que l'ont fait le Juge en chef et le juge Wilson.

<sup>h</sup> Version française des motifs rendus par

<sup>i</sup> LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement préparés par le Juge en chef et le juge Wilson. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour

ment with the Chief Justice that the standard we seek is that of tolerance and that: "What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it." I agree, however, with Madame Justice Wilson that the audience to which a film or other publication is exposed is not relevant to a consideration of whether it is obscene, and also share her view that to formulate the community standard, which is an element of the proof required from the Crown in a criminal case, some evidence, expert or otherwise, must be adduced by the Crown before the trier of fact. I would dispose of the appeal as do the Chief Justice and Madame Justice Wilson.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I concur in the result reached by the Chief Justice. I wish, however, to express my own view as to what the trial judge did in this case that constituted error in law. In so doing I have found it necessary to some extent to revert to first principles. I start with the wording of s. 159(8) of the *Criminal Code* which reads:

(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.

It seems to me that the question which the section poses is: is the undue exploitation of sex a dominant characteristic of this movie? The narrower question is: is the exploitation of sex in this movie "undue"? If the exploitation of sex in the movie is not "undue", then it matters not that the exploitation of sex is a dominant characteristic of the movie; it cannot be obscene under the section. The primary question then to which all others are subordinate is: is the exploitation of sex in the

dire que la norme qui nous intéresse est celle de la tolérance et que «Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.» Toutefois, je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté un film ou une autre publication est sans importance pour ce qui est de savoir si ce film ou cette publication est obscène et je partage également son point de vue que, pour formuler la norme sociale qui constitue un élément de la preuve qu'elle doit faire dans une cause criminelle, la poursuite doit présenter des témoignages, ceux d'experts ou autres, au juge des faits. Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la même manière que l'ont fait le Juge en chef et le juge Wilson.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je souscris à la conclusion du Juge en chef. Je tiens cependant à exprimer mon opinion sur l'erreur de droit commise par le juge du procès dans la présente affaire. J'ai jugé nécessaire pour ce faire de revenir dans une certaine mesure aux principes fondamentaux. Je citerai tout d'abord le par. 159(8) du *Code criminel* qui est ainsi rédigé:

(8) Aux fins 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 quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

Il me semble que la question soulevée par ce paragraphe est la suivante: l'exploitation indue des choses sexuelles est-elle une caractéristique dominante de ce film? On peut se demander plus précisément: l'exploitation des choses sexuelles dans ce film est-elle «indue»? Si l'exploitation des choses sexuelles dans le film n'est pas «indue», il importe peu alors que l'exploitation des choses sexuelles soit une caractéristique dominante du film; celui-ci ne peut être obscène au sens de ce paragraphe. La question primordiale dont dépendent toutes les autres questions est donc la sui-

movie "undue"?

I turn to the test of "undueness". How is "undueness" to be measured? Clearly it postulates a standard which cannot be exceeded and that standard has been stated by the courts to be an objective one, the contemporary community standard in Canada. The problem then becomes one of how to identify that contemporary community standard in order to decide whether or not it has been exceeded.

The standard we are concerned with, it seems to me, is the degree of exploitation of sex which the Canadian community at any given point of time is prepared to accept in its movies. This is sometimes referred to as the Canadian standard of tolerance. I take no issue with the word tolerance. In my view there is no difference in meaning between acceptance by the community and tolerance by the community. I do not find it helpful, however, to refine further on that standard by identifying it as the degree of exploitation of sex to which Canadians are prepared to have other Canadians exposed. I think this is a different standard, a much more difficult one to identify and one not mandated by the section.

The test by which the trier of fact must assess the community standard is an objective one. The community standard itself, however, necessarily contains an element of subjectivity since what must be objectified are the subjective views of the entire community as to what degree of exploitation of sex is acceptable. To identify the community standard in terms of the degree of exploitation of sex to which Canadians are prepared to have other Canadians exposed has the effect, however, of introducing an even greater degree of subjectivity into the community standard. I believe this is so because what Canadians consider to be acceptable for other Canadians is likely to depend heavily on which other Canadians they have in mind. The community may feel that the degree of exploitation of sex in a particular film would be unacceptable if the film were shown to an audience of young people or senior citizens but nevertheless feel that it would be acceptable if the film were shown to a university group. In determining this

vante: l'exploitation des choses sexuelles dans le film est-elle «indue»?

Examinons le critère du «caractère indu». Comment le «caractère indu» doit-il être mesuré? Il présuppose manifestement une norme qu'on ne peut excéder et cette norme, qui selon les tribunaux doit être objective, est la norme sociale contemporaine au Canada. Il s'agit alors de savoir comment identifier cette norme sociale contemporaine afin de déterminer si on l'a outrepassée.

La norme qui nous intéresse, me semble-t-il, est le degré d'exploitation des choses sexuelles que la société canadienne est disposée à accepter dans ses films à une époque donnée. C'est ce qu'on appelle parfois la norme canadienne de tolérance. Je ne veux pas discuter du mot tolérance. À mon avis, il n'y a pas de différence de signification entre l'acceptation de la société ou sa tolérance. Je ne crois pas utile de renchérir sur la norme sociale en l'identifiant comme le degré d'exploitation des choses sexuelles auquel des Canadiens sont disposés à voir d'autres Canadiens s'exposer. Je crois qu'il s'agit là d'une norme différente qui est beaucoup plus difficile à identifier et qui n'est pas prescrite par le paragraphe en question.

Le critère en fonction duquel le juge des faits doit évaluer la norme sociale est un critère objectif. Cependant, la norme sociale elle-même comporte nécessairement un élément de subjectivité puisqu'il s'agit d'objectiver les points de vue subjectifs de toute la société sur la question de savoir quel degré d'exploitation des choses sexuelles est acceptable. Identifier la norme sociale en termes de degré d'exploitation des choses sexuelles auquel des Canadiens sont disposés à voir d'autres Canadiens s'exposer a pour effet d'accroître son degré de subjectivité. Je crois qu'il en est ainsi car ce que des Canadiens estiment acceptable pour d'autres Canadiens est susceptible de dépendre largement du segment de la population qu'ils ont à l'esprit. La société peut estimer que le degré d'exploitation des choses sexuelles dans un film donné serait inacceptable si le film était projeté devant un auditoire composé de personnes jeunes ou de personnes âgées, mais qu'il serait néanmoins acceptable si ce film était présenté à un auditoire universi-

community standard the trier of fact would be forced to speculate not only on what the community considers to be acceptable but on which particular constituency the community has in mind in setting the standard of acceptability.

I think we have to approach the question more directly and ask: do Canadians today accept this degree of exploitation of sex in their movies? If they do, then the movie is not obscene. If they don't, then the exploitation is "undue" and, if it is a dominant characteristic of the movie, the movie is deemed to be obscene under the section. It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. I do not doubt that it is desirable to regulate the movies that can be shown to different constituencies. A movie which is not obscene within the meaning of the *Criminal Code* may still not be desirable viewing material for persons under the age of 18. Such regulation, as will be mentioned later in these reasons, is authorized in various provincial jurisdictions but it is the regulation of material which is not obscene under the *Code*. I do not think the Court should, by segregating the community into different groups for purposes of ascertaining the standard of tolerance the community would adopt for each group, inject into s. 159(8) of the *Criminal Code* a series of different tests of obscenity. In my view, a movie is either obscene under the *Code* based on a national community standard of tolerance or it is not. If it is not, it may still be the subject of provincial regulatory control.

"Undueness", however, is not purely a matter of degree. It must have reference to the total context of the movie. As Judson J. said in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 at p. 702, in discussing obscenity in literature:

It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

taire. Pour déterminer cette norme sociale, le juge des faits serait contraint de spéculer non seulement sur ce que la société estime acceptable, mais également sur l'auditoire que celle-ci avait à l'esprit en établissant la norme d'acceptabilité.

Je pense que nous devons aborder la question plus directement et nous demander: de nos jours, les Canadiens acceptent-ils ce degré d'exploitation des choses sexuelles dans leurs films? Dans l'affirmative, le film n'est pas obscène. Dans la négative, l'exploitation est alors «indue» et, si c'est une caractéristique dominante du film, celui-ci est réputé obscène au sens du paragraphe. À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Je ne doute pas qu'il soit souhaitable de réglementer les films qu'on peut présenter à différents auditoires. Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans. Comme on le verra plus loin dans ces motifs, cette réglementation est permise dans plusieurs provinces, mais il s'agit de la réglementation de matériel qui n'est pas obscène au sens du *Code*. Je ne crois pas que la Cour, en séparant la société en différents groupes pour établir la norme de tolérance que la société adopterait pour chacun, devrait introduire dans le par. 159(8) du *Code criminel* une série de critères d'obscénité différents. À mon avis, un film est obscène en vertu du *Code* selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas. Dans ce dernier cas, il peut toujours faire l'objet d'un contrôle réglementaire des provinces.

Cependant, le «caractère indu» n'est pas uniquement une question de degré. Il doit se rapporter à tout le contexte du film. Comme l'a dit le juge Judson dans l'arrêt *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, à la p. 702, en analysant l'obscénité dans le domaine littéraire:

[TRADUCTION] La Cour doit se prononcer non pas sur certains extraits et mots qui figurent dans un contexte particulier, mais sur l'ouvrage dans son ensemble. Il s'agit non pas de savoir si certains extraits et certains mots, qui font partie d'un ouvrage, sont obscènes, mais de savoir si l'ensemble de l'ouvrage est obscène.

The same point was made by Chief Justice Freedman in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185 (Man. C.A.), when, in speaking of the film *Last Tango in Paris*, he said at p. 193:

It must be judged as a whole. It should not be condemned as obscene merely by reference to its sexual episodes or to its occasional gross and earthy language. Both the episodes and the language must be assessed in the context of and in their relationship to the entire film.

Coming back then to the determination of the community standard in the terms I have described, namely the standard the community at any given time is prepared to accept or tolerate, how is this moral consensus to be ascertained? I describe it as a "moral" consensus because I agree with the Chief Justice that we are not concerned here with matters of "taste". To use the standard accepted by members of the community for themselves does not, in my view, substitute "taste" for moral acceptability. I think it is incorrect to say that when I am deciding whether or not I myself am prepared to be shown a certain type of movie I am making a decision merely on the basis of *taste* but when I am deciding whether or not I am prepared to have that same movie shown to others I am making a decision on the basis of *tolerance*. This, in my view, is a false distinction. In either case tolerance in the sense of moral acceptability is the issue—in the former case moral acceptability to myself and in the latter moral acceptability to others. People may, of course, refuse to patronize certain movies on grounds of taste but this is not at all what we are concerned with under the *Criminal Code*.

The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "toleration" as "the action or practice of tolerating or allowing what is not actually approved". It is apparent from this definition that there is a distinction between that which is not approved and that which is not to be tolerated. In *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.) at p. 173, Borins Co. Ct. J. made the following assessment of community standards of tolerance in relation to what may be described as "sex films":

Le juge en chef Freedman a souligné la même chose dans l'arrêt *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185 (C.A. Man.), lorsque, au sujet du film *Le dernier tango à Paris*, il a affirmé, à la p. 193:

[TRADUCTION] Il doit être jugé dans son ensemble. Il ne doit pas être déclaré obscène uniquement en raison de ses épisodes de caractère sexuel ou de son langage parfois vulgaire et grossier. Les épisodes et le langage doivent être tous deux appréciés en fonction de tout le film et de leur rapport avec ce dernier.

Revenons à la détermination de la norme sociale telle que je l'ai décrite, c.-à-d. la norme que la société est disposée à accepter ou à tolérer à une époque donnée. Comment ce consensus moral doit-il être déterminé? Je parle de consensus «moral» parce que je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il ne s'agit pas ici d'une question de «goût». À mon avis, l'emploi de la norme que les membres de la société acceptent pour eux-mêmes n'a pas pour effet de substituer le «goût» à l'acceptabilité morale. Il me semble incorrect de dire que, quand je décide si je suis prête ou non à regarder un certain genre de film, je prends une décision seulement fondée sur le *goût*, mais quand je décide si je suis prête ou non à présenter le même film à d'autres, je prends une décision fondée sur la *tolérance*. C'est à mon sens une distinction fautive. Dans les deux cas, la tolérance au sens d'acceptabilité morale est la question en cause—dans le premier cas, l'acceptabilité morale pour moi-même et dans le second, l'acceptabilité morale pour les autres. Les gens peuvent évidemment refuser d'assister à certains films pour des raisons de goût, mais ce n'est pas du tout ce qui est en cause en vertu du *Code criminel*.

Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit «tolérance» [*tolération*] comme «l'acte ou le fait de tolérer ou de permettre ce qui n'est pas réellement approuvé». Il ressort de cette définition qu'il existe une distinction entre ce qui n'est pas approuvé et ce qui n'est pas toléré. Dans l'affaire *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (Ont.) à la p. 173, le juge Borins de la Cour de comté a fait l'évaluation suivante des normes sociales de tolérance relativement à ce qu'on peut décrire comme des «films de sexe»:

In my opinion, contemporary community standards would tolerate the distribution of films which consist substantially of scenes of people engaged in sexual intercourse. Contemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex. However, films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrades and dehumanizes the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

In drawing this distinction I do not think that Borins Co. Ct. J. was suggesting that the average Canadian finds the former type of film to his or her taste or that such films are inoffensive to most Canadians. Rather, I think that Borins Co. Ct. J. recognized that whether or not Canadians found the former type of films distasteful, they were prepared to tolerate their being shown.

It seems to me that the undue exploitation of sex at which s. 159(8) is aimed is the treatment of sex which in some fundamental way dehumanizes the persons portrayed and, as a consequence, the viewers themselves. There is nothing wrong in the treatment of sex *per se* but there may be something wrong in the manner of its treatment. It may be presented brutally, salaciously and in a degrading manner, and would thus be dehumanizing and intolerable not only to the individuals or groups who are victimized by it but to society at large. On the other hand, it may be presented in a way which harms no one in that it depicts nothing more than non-violent sexual activity in a manner which neither degrades nor dehumanizes any particular individuals or groups. It is this line between the mere portrayal of human sexual acts and the dehumanization of people that must be reflected in the definition of "undueness".

How is the Court to determine where the line is drawn? By guidelines read into the definition as a matter of interpretation of the word "undue"? By consideration of the presumed social ills sought to be avoided by restrictions on freedom of publication? By statistics showing what people are prepared to look at and what they are not? The courts

[TRADUCTION] À mon avis, les normes sociales contemporaines permettent de tolérer la distribution de films qui comportent essentiellement des scènes où des personnes ont des rapports sexuels. Les normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d'orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilingus et de sodomie. Toutefois, les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Borins ait suggéré que la Canadienne ou le Canadien moyen trouve ce genre de film à son goût ou que ces films ne choquent pas la plupart des Canadiens. Je crois plutôt que le juge Borins a reconnu que, indépendamment de savoir si les Canadiens trouvent ce genre de films déplaisant, ils sont prêts à tolérer leur présentation.

Il me semble que l'exploitation indue des choses sexuelles qui fait l'objet du par. 159(8) consiste à les traiter d'une manière qui fondamentalement déshumanise les personnes représentées et, par conséquent, les spectateurs eux-mêmes. Il n'y a rien de mal en soi à traiter de choses sexuelles, mais c'est la façon de les traiter qui peut être mauvaise. Elles peuvent être présentées de façon brutale, ordurière et dégradante et donc être déshumanisées et intolérables non seulement pour les personnes ou pour les groupes qui en sont victimes, mais pour toute la société. Par contre elles peuvent être présentées d'une façon qui ne blesse personne en ne décrivant rien de plus qu'une activité sexuelle non-violente d'une façon qui ne dégrade ou ne déshumanise aucune personne ni aucun groupe. C'est cette démarcation entre la simple représentation d'actes sexuels humains et la dégradation de l'être humain que la définition du «caractère indu» doit refléter.

Comment la Cour va-t-elle déterminer où se situe la limite? Au moyen de principes directeurs introduits dans la définition pour interpréter le mot «indu»? En examinant les prétendus fléaux sociaux que l'on cherche à éviter en apportant des restrictions à la liberté de publier? En compilant des statistiques sur ce que les gens sont disposés à



have said that the test is an objective one and clearly that must be so. But objectivity requires criteria and the courts have not been too successful in evolving them. Yet this is a criminal offence and it is basic to our system of criminal justice that the public know what conduct is criminal and what is not.

This, it seems to me, militates very strongly against a community standard test of undueness which varies with "the targetted group". I believe it is important to the publishing industry to have some degree of certainty as to when they may be exposing themselves to a criminal charge. The only way to provide that degree of certainty is, in my opinion, to have a uniform community standard test of "undueness" under the *Code*. With great respect to those who think otherwise, I see nothing in s. 159(8) which would permit something to be obscene under the section when shown to X but not obscene when shown to Y. Moreover, it seems to me that this approach would inevitably lead to problems where a publication targetted to one group by the accused fell into the hands of others.

As I see it, the essential difficulty with the definition of obscenity is that "undueness" must presumably be assessed in relation to consequences. It is implicit in the definition that at some point the exploitation of sex becomes harmful to the public or at least the public believes that to be so. It is therefore necessary for the protection of the public to put limits on the degree of exploitation and, through the application of the community standard test, the public is made the arbiter of what is harmful to it and what is not. The problem is that we know so little of the consequences we are seeking to avoid. Do obscene movies spawn immoral conduct? Do they degrade women? Do they promote violence? The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way. It must therefore be controlled when it gets out of hand, when it becomes "undue".

voir ou ne veulent pas voir? Les tribunaux ont affirmé que la norme applicable est objective et il doit clairement en être ainsi. Mais l'objectivité nécessite l'établissement de critères et les tribunaux n'ont pas vraiment réussi à les élaborer. Il s'agit néanmoins d'une infraction criminelle et, suivant notre système de justice pénale, il est essentiel que le public sache quelle conduite est criminelle et laquelle ne l'est pas.

À mon avis, ceci milite très fortement contre le critère de la norme sociale du caractère indu qui varie avec «le groupe cible». Je crois important que l'industrie de la publication sache avec un certain degré de certitude quand elle s'expose à des poursuites criminelles. Pour que ce degré de certitude existe, il faut à mon avis qu'il y ait un critère de norme sociale uniforme du «caractère indu» au sens du *Code*. Avec égards pour les tenants de la thèse opposée, je ne vois rien au par. 159(8) qui permette de déclarer quelque chose d'obscène quand on le présente à X et qui ne l'est pas quand Y le voit. En plus il me semble que cette façon de voir entraînerait inévitablement des problèmes lorsqu'une publication que l'accusé destinait à un groupe tombe dans les mains d'un autre.

Si je comprends bien, la difficulté principale que soulève la définition de l'obscénité est que le «caractère indu» doit présument être apprécié en fonction des conséquences. Il ressort implicitement de cette définition qu'à un certain point l'exploitation des choses sexuelles devient nocive pour le public ou, du moins, que le public croit qu'il en est ainsi. Pour protéger ce dernier, il est donc nécessaire de limiter le degré d'exploitation et l'application du critère de la norme sociale permet au public de juger ce qui est nocif pour lui et ce qui ne l'est pas. Le problème est que nous savons très peu de choses sur les conséquences que nous cherchons à éviter. Les films obscènes provoquent-ils une conduite immorale? Sont-ils dégradants pour les femmes? Favorisent-ils la violence? On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l'exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu'humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives. Elle doit par conséquent être réfrénée lorsqu'elle dépasse les bornes, lorsqu'elle devient «indue».

Addressing the problem of “undueness” in the context of agreements which “prevent or lessen, unduly, competition” in a product, Mr. Justice Idington said in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1 at pp. 20-21:

This being a criminal statute we must try to find the vicious purpose aimed at in order to bring parties within its prohibitions.

Crimes usually imply something all right-minded men condemn . . . . The test must in each case be the true purpose and its relation to the activities specified in and by the words of the statute and a finding of an evil or vice answering to the descriptive word “unduly”.

He found the vicious purpose in the context of combines legislation to be the destruction of all competition. What is the vicious purpose aimed at in the case of obscenity legislation? The statutory definition does not provide an answer nor, with respect, does the existing jurisprudence.

The test of the community standard is helpful to the extent that it provides a norm against which impugned material may be assessed but it does little to elucidate the underlying question as to why some exploitation of sex falls on the permitted side of the line under s. 159(8) and some on the prohibited side. No doubt this question will have to be addressed when the validity of the obscenity provisions of the *Code* is subjected to attack as an infringement on freedom of speech and the infringement is sought to be justified as reasonable. Suffice it to say, that clearly some fairly basic values are designed to be protected by the obscenity provisions and the community standards test is premised on the assumption that these values are held in common by the contemporary Canadian community.

The community standard test in Canada, I believe, had its origin in *Brodie* (*supra*), the *Lady Chatterley's Lover* case, in which four members of this Court concluded that the definition of obscenity introduced into the *Code* in 1957 made the test

Voici ce qu'a dit le juge Idington dans l'arrêt *Weidman v. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1, aux pp. 20 et 21, lorsqu'il a examiné le problème du «caractère indu» dans le contexte des accords qui [TRADUCTION] «empêchent ou diminuent indûment la concurrence» à l'égard d'un produit:

[TRADUCTION] Puisqu'il s'agit d'une loi en matière criminelle, nous devons tenter de trouver le but immoral visé afin d'appliquer aux parties les interdictions qui y sont prévues.

Les actes criminels impliquent habituellement quelque chose que tous les honnêtes gens condamnent . . . Il s'agit dans chaque cas de déterminer le but véritable et son rapport avec les activités prévues par la loi et de constater l'existence d'un mal ou d'un vice qui répond au terme descriptif «indûment».

Il a conclu que, dans le contexte de la législation sur les coalitions, le but immoral était l'élimination de toute concurrence. Quel est le but immoral dans le contexte de la législation sur l'obscénité? Ni la définition de la loi ni, avec égards, la jurisprudence existante n'offrent de réponse.

Le critère de la norme sociale est utile dans la mesure où il offre une échelle en fonction de laquelle les choses incriminées peuvent être évaluées, mais il fait peu pour élucider la question sous-jacente, savoir, pourquoi une partie de l'exploitation des choses sexuelles tombe du côté des choses permises en vertu du par. 159(8) alors qu'une autre partie tombe du côté des interdits. Cette question devra indubitablement être examinée lorsque la validité des dispositions du *Code* sur l'obscénité sera attaquée en tant que violation de la liberté d'expression et qu'on cherchera à justifier cette violation par son caractère raisonnable. Il suffit de dire que les dispositions sur l'obscénité cherchent clairement à protéger des valeurs nettement fondamentales et que le critère des normes sociales se base sur la présomption que ces valeurs sont partagées par la société canadienne contemporaine.

Le critère de la norme sociale au Canada a son origine, je crois, dans l'arrêt *Brodie* (précité), l'affaire de *L'amant de Lady Chatterley*, où quatre membres de cette Cour ont conclu que la définition de l'obscénité insérée dans le *Code* en 1957

in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, obsolete. In their view it was no longer necessary to show a tendency to corrupt and deprave if the dominant characteristic of the publication was an exploitation of sex which was “undue”. The test of “undueness”, said Mr. Justice Fauteux at p. 697, was whether the exploitation was shocking and disgusting “having regard to the existing standards of decency in the community . . .” Mr. Justice Judson agreed at pp. 705-06 that the standards of acceptance prevailing in the community provided the test of “undueness” for purposes of the definition. The statutory definition, he felt, could not be superimposed upon the *Hicklin* test without leaving the citizen in the position of not knowing whether he was committing a criminal act or not.

The community standard test was applied the same year (1962) in Manitoba by Freedman J.A. (as he then was) dissenting in *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103. The learned justice said he would have judged the magazines by the standards of the community and this Court, in reversing the decision of the Manitoba Court of Appeal ([1964] S.C.R. 251), unanimously approved and adopted his reasons. I quote the relevant passage in full from pp. 116-17 of Mr. Justice Freedman’s reasons:

The case for the Crown stands or falls on the applicability or otherwise of the first part of the definition—namely, that a dominant characteristic of these magazines was “the undue exploitation of sex”.

Can it fairly be said that this was a dominant characteristic of either *Dude* or *Escapade*? I have examined them both with care. That they do not qualify as reading matter which I would personally select for myself even in an idle hour is undoubtedly the case. But that does not make them obscene. In this area of the law one must be especially vigilant against erecting personal tastes or prejudices into legal principles. Many persons quite evidently desire to read these magazines, even though I do not. I recognize, of course, that the mere numerical support which a publication is able to attract is not determinative of the issue whether it is obscene or not. Let a publication be sufficiently pornographic and it will be bound to appeal, in the hundreds or thousands, to the prurient, the lascivious, the ignorant, the simple, or even

rendait désuet le critère appliqué dans l’arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. À leur avis, il n’était plus nécessaire de prouver la tendance à corrompre et à dépraver si la caractéristique dominante de la publication était l’exploitation «indue» des choses sexuelles. Au dire du juge Fauteux à la p. 697, le critère du «caractère indu» consiste à savoir si l’exploitation est choquante et dégoûtante [TRADUCTION] «compte tenu des normes de décence actuelles de la société . . .». Le juge Judson a convenu aux pp. 705 et 706 que les normes d’acceptation qui ont cours dans la société donnent le critère du «caractère indu» aux fins de la définition. Il a estimé que la définition légale ne pouvait être superposée au critère de l’arrêt *Hicklin* sans placer le citoyen dans la situation où il ne sait pas s’il commet un acte criminel.

Le juge Freedman (tel était alors son titre) a appliqué le critère de la norme sociale au cours de la même année (1962), au Manitoba, dans les motifs de dissidence qu’il a rédigés dans l’affaire *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103. Le savant juge a affirmé qu’il aurait jugé les revues suivant les normes de la société et en infirmant l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba ([1964] R.C.S. 251), cette Cour, a approuvé et adopté ses motifs à l’unanimité. Je cite intégralement l’extrait pertinent des pp. 116 et 117 des motifs du juge Freedman:

[TRADUCTION] Le succès ou l’échec de la preuve de la poursuite dépend de l’applicabilité de la première partie de la définition—savoir qu’une caractéristique dominante de ces revues est «l’exploitation indue des choses sexuelles».

Peut-on vraiment dire qu’il s’agit là d’une caractéristique dominante des revues *Dude* ou *Escapade*? Je les ai examinées toutes deux soigneusement. Il ne fait aucun doute qu’elles ne sont pas un sujet de lecture que je choiserais personnellement, même dans mes temps libres, mais elles ne sont pas pour autant obscènes. Dans ce domaine du droit, il faut bien prendre garde de ne pas ériger ses propres goûts ou préjugés en principes de droit. Il est très clair qu’un bon nombre de gens veulent lire ces revues, même si ce n’est pas mon cas. Je reconnais bien sûr que le simple nombre de lecteurs qu’une publication peut attirer n’est pas déterminant quant à la question de savoir si celle-ci est obscène. Une publication suffisamment pornographique attirera, par centaines ou par milliers, les esprits lascifs, les ignorants,

the merely curious. Admitting, therefore, that a large readership is not the test, I must yet add that it is not always an entirely irrelevant factor. For it may have to be taken into account when one seeks to ascertain or identify the standards of the community in these matters. Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case.

Community standards must be contemporary. Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether *Dude* and *Escapade* are obscene according to our criminal law.

Community standards must also be local. In other words, they must be Canadian. In applying the definition in the *Criminal Code* we must determine what is obscene by Canadian standards, regardless of attitudes which may prevail elsewhere, be they more liberal or less so.

I think I should add my view that, in cases close to the border line, tolerance is to be preferred to proscription. To strike at a publication which is not clearly obscene may have repercussions and implications beyond what is immediately visible. To suppress the bad is one thing; to suppress the not so bad, or even the possibly good is quite another. Unless it is confined to clear cases, suppression may tend to inhibit those creative impulses and endeavours which ought to be encouraged in a free society.

les naïfs ou même les simples curieux. Par conséquent, tout en admettant qu'un grand nombre de lecteurs ne constitue pas le critère, je dois néanmoins ajouter que ce n'est pas toujours un facteur qui n'a absolument rien à voir avec la question. Il se peut en effet qu'il doive être pris en considération lorsqu'on cherche à déterminer ou à identifier les normes sociales qui s'appliquent dans ces cas. Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès.

Les normes sociales doivent être contemporaines. Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l'ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si les revues *Dude* et *Escapade* sont obscènes au sens de notre droit criminel.

Les normes sociales doivent être également locales. En d'autres termes, elles doivent être canadiennes. En appliquant la définition du *Code criminel*, nous devons déterminer ce qui est obscène suivant les normes canadiennes, indépendamment des attitudes plus ou moins libérales qui peuvent avoir cours ailleurs.

Je crois devoir ajouter qu'à mon avis la tolérance doit l'emporter sur la proscription dans les cas limites. Bannir une publication qui n'est pas clairement obscène peut avoir des repercussions et des implications qui ne sont pas immédiatement visibles. Supprimer le mal et supprimer ce qui n'est pas si mal ou même ce qui peut être bon sont des choses tout à fait différentes. À moins qu'elle ne se limite à des cas évidents, la suppression peut tendre à freiner les élans et les efforts de créativité qui devraient être encouragés dans une société libre.

In reversing the Manitoba Court of Appeal Taschereau C.J. said at p. 251:

We are all of opinion that the appeals should be allowed. We agree with the reasons given by Freedman J.A. in the Court of Appeal for Manitoba. We wish to adopt those reasons in their entirety and do not find it necessary to add anything to them.

I would respectfully adopt "the Freedman approach" as the law applicable to this case.

If I am correct as to how the community standard in Canada is to be identified, namely with reference to what Canadians at any given point of time will accept in their movies, then what is the significance of the evidence of the unanimous approval of this film by the censor boards of all the provinces having such boards?

I believe that there is an onus on the Crown to put evidence before the court on the issue of "undueness". I cannot see how the community standard against which the allegedly obscene matter has to be measured can be identified without it. In *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont.), Laskin J.A. (as he then was) pointed out in dissent that because a judge or jury may be limited in the geographical range of his exposure, which in turn might result in "a limitation of opportunity of appreciation and understanding" of the particular subject-matter—in that case artists' drawings—expert evidence was indispensable. He said at p. 515:

I think that such evidence would always be necessary to support the case for the Crown as well as to support the defence, especially where, as here, pictures by artists of repute are seized from a reputable gallery. Holding this view, I cannot but be surprised that the Crown in the case at bar produced no expert evidence and relied on the pictures themselves to convey obscenity to the Magistrate. Of course, that ultimate issue was for him, but even the most knowledgeable adjudicator should hesitate to rely on his own taste, his subjective appreciation, to condemn art. He does not advance the situation by invoking his right to apply the law and satisfying it

En infirmant l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Taschereau a affirmé, à la p. 251:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que les pourvois doivent être accueillis. Nous sommes d'accord avec les motifs rendus par le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba. Nous voulons adopter ces motifs intégralement et nous ne croyons pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit.

Avec égards, je suis d'avis que «la méthode Freedman» constitue la règle de droit applicable en l'espèce, et je l'adopte.

Si je comprends bien la façon dont on doit déterminer la norme sociale au Canada, c'est-à-dire en se référant à ce que les Canadiens sont disposés à accepter dans leurs films à une époque donnée, quelle est alors l'importance de la preuve de l'approbation unanime de ce film par les commissions de censure de toutes les provinces qui disposent de telles commissions?

À mon avis, il incombe à la poursuite de soumettre à la cour une preuve relativement à la question du «caractère indu». Je ne puis voir comment la norme sociale en fonction de laquelle on doit apprécier le matériel prétendument obscène peut être déterminée sans cette preuve. Dans l'arrêt *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, le juge Laskin (alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario) a souligné dans sa dissidence que le témoignage d'expert est indispensable étant donné qu'un juge ou un jury peut être limité géographiquement dans ce à quoi il peut être exposé, ce qui pourrait alors entraîner [TRADUCTION] «une réduction des moyens d'apprécier et de comprendre» un sujet donné—dans ce cas, des dessins d'artistes. Il affirme, à la p. 515:

[TRADUCTION] Je pense que ce genre de témoignage sera toujours nécessaire pour étayer la preuve de la poursuite et celle de la défense, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de tableaux d'artistes de renom saisis à l'intérieur d'une galerie réputée. Tel étant mon point de vue, je ne puis faire autrement qu'être surpris de constater que la poursuite en l'espèce n'a présenté aucun témoignage d'expert et qu'elle s'est fondée sur les tableaux eux-mêmes pour prouver l'obscénité devant le magistrat. Certes, il lui appartenait de trancher cette ultime question, mais même le juge le mieux informé doit hésiter à se fonder sur son goût personnel, sur son

by a formulary advertence to the factors which must be canvassed in order to register a conviction.

Laskin J.A. was, of course, speaking of expert evidence in the context of that case but it seems to me that the point is well made with respect to non-expert evidence as well. Having regard to the fact that the onus is on the Crown to establish obscenity beyond a reasonable doubt, it seems to me that the onus is on it to establish both what the community standard of acceptability is and that the accused has gone beyond it. The accused may counter the Crown's evidence of the community standard with evidence of its own and the judge may reach his decision on the evidence in the usual way. In my view it is naive to think that a judge, drawing on his own experience alone, can determine the objective standard against which impugned conduct is to be measured. As Borins Co. Ct. J. said in *R. v. Doug Rankine Co.* (*supra*) the legislature cannot credibly expect a trier of fact to have his finger on the "pornographic pulse of the nation". Moreover, it is wrong in principle. It leaves the accused with no way of knowing the case it has to meet, at what level of acceptability the line will be drawn by any particular judge. There is no certainty. It is the length of the Chancellor's foot imported into the criminal law.

The result feared by Laskin J.A. when no evidence is presented to the trial judge is precisely what happened here. The trial judge made "a formulary advertence to the factors that had to be canvassed". He indicated that he knew that the test of "undueness" was an objective one, that he had to decide whether or not the film exceeded the standard of acceptability to the community as a whole but he then proceeded to attribute the sense of revulsion which he experienced on viewing the film to the community as a whole. He gave no indication of the basis on which he felt able to make that leap and there is no suggestion that he took into consideration the evidence of censor board approval which was before him. That evidence was not contested and, having regard to the

appréciation subjective, pour condamner l'art. Il n'améliore pas la situation lorsqu'il invoque son droit d'appliquer la loi et qu'il le fait en portant une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond pour inscrire une déclaration de culpabilité.

Le juge Laskin parlait bien sûr de la preuve d'expert dans le contexte de cette affaire, mais il me semble que c'est tout aussi valable au sujet de la preuve ordinaire. Étant donné qu'il incombe à la poursuite de prouver l'obscénité au-delà de tout doute raisonnable, il me semble qu'elle est tenue de déterminer ce qu'est la norme sociale d'acceptabilité et de démontrer aussi que l'accusé a outrepassé cette norme. Ce dernier peut contrecarrer la preuve de la poursuite relative à la norme sociale en présentant sa propre preuve et le juge peut en venir à sa décision sur la preuve de la manière habituelle. À mon avis, il est illusoire de croire qu'un juge peut, en se fondant uniquement sur sa propre expérience, déterminer la norme objective en fonction de laquelle la conduite reprochée doit être appréciée. Comme l'a dit le juge Borins dans l'affaire *R. v. Doug Rankine Co.* (précitée), le législateur ne peut réellement s'attendre à ce que le juge des faits garde le doigt sur le [TRADUCTION] «pouls pornographique de la nation». En outre, c'est mauvais en principe. L'accusé n'a aucun moyen de savoir quelle preuve pèse contre lui et à quel degré d'acceptabilité un juge particulier fixera la limite. Il n'y a aucune certitude. Il s'agit de la transposition en droit criminel de la mesure à l'aune.

Ce qui s'est produit en l'espèce est exactement ce que le juge Laskin redoutait qu'il se produisît en cas d'absence de preuve soumise au juge du procès. Le juge du procès a porté [TRADUCTION] «une attention rituelle aux facteurs qui doivent être examinés à fond». Il a indiqué qu'il savait que le critère du «caractère indu» était objectif, qu'il devait décider si le film outrepassait la norme d'acceptabilité de la société dans son ensemble, mais il a alors attribué à la société dans son ensemble le sentiment de dégoût qu'il a éprouvé en visionnant le film. Il n'a pas indiqué en vertu de quoi il se croyait autorisé à agir ainsi et rien ne laisse croire qu'il a tenu compte de la preuve de l'approbation de la Commission de censure qui lui avait été soumise. Cette preuve n'a pas été contes-

statutory purpose for which these boards were created, I think it was relevant evidence and evidence which he was obliged to consider.

The legislation creating these boards varies from province to province but the role of the boards, generally speaking, is to approve, prohibit or regulate the exhibition of films within their respective provinces. The boards are not only empowered to approve or disapprove films *in toto*. In some provinces the legislation also authorizes the boards to "remove by cutting or otherwise" parts of films. Most provinces have a film classification system, the classes, generally speaking, being "general", "adult" and "restricted".

Since the business of these boards is to assess films on an ongoing basis for the very purpose of determining their acceptability for viewing by the community as a whole or a segment of the community depending upon classification, they must be regarded as tribunals with expertise at least on the community standard within their own province. It is hard to think that a judge, or even a jury, sitting in or drawn from a local area would be better informed as to what was acceptable to Canadians across the country. Moreover, in this case at least, the boards' assessments disclose a remarkable degree of uniformity. I do not see how the learned trial judge, applying an objective test and giving proper consideration to that evidence, could have reached the result he did. I believe it is clear from his reasons that he saw his role, not as applying the community standard, but as raising the standard if he personally thought it was too low. I think he was clearly in error in this regard.

The Court of Appeal on this aspect of the case stated:

The trial judge, sitting as a jury, was obliged to determine in an objective way what was tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community. As a trier of fact he was entitled to draw on his experience in the community. He had to consider the

tée et, compte tenu de la fin légale pour laquelle ces commissions ont été créées, je suis d'avis qu'il s'agissait d'une preuve pertinente et qu'il était tenu de la prendre en considération.

<sup>a</sup> Les lois créant ces commissions varient d'une province à l'autre mais le rôle des commissions consiste, d'une manière générale, à approuver, à interdire ou à réglementer la présentation de films dans leurs provinces respectives. Les commissions n'ont pas seulement le pouvoir d'approuver ou d'interdire la présentation intégrale de films. Dans certaines provinces, elles sont même autorisées à «supprimer, par coupure ou autrement» des parties de film. La plupart des provinces ont un système de classification des films, les catégories étant, d'une manière générale, «pour tous», «pour adultes» et «réservée».

<sup>d</sup> Puisqu'elles ont pour fonction permanente d'apprécier les films dans le but précis d'établir s'il est acceptable qu'ils soient présentés à la société en général ou, suivant la classification, à un segment de la société, ces commissions doivent être considérées comme des tribunaux administratifs qui possèdent des connaissances spécialisées au moins à l'égard de la norme sociale dans leur province respective. Il est difficile de concevoir qu'un juge siégeant dans une région donnée, ou même un jury choisi dans cette région, soit mieux informé de ce qui est acceptable pour les Canadiens de tout le pays. De plus, en l'espèce du moins, les appréciations des commissions révèlent un degré remarquable d'uniformité. Je ne vois pas comment, s'il avait appliqué un critère objectif et tenu dûment compte de cette preuve, le savant juge du procès aurait pu arriver à la conclusion qu'il a tirée. À mon avis, il ressort clairement de ses motifs qu'il a considéré que son rôle consistait non pas à appliquer la norme sociale, mais à la resserrer si, lui personnellement, il l'estimait trop large. J'estime qu'il a manifestement commis une erreur à cet égard.

<sup>i</sup> Quant à cet aspect de l'affaire, la Cour d'appel a affirmé:

[TRADUCTION] Le juge du procès, qui siégeait seul, était tenu de décider objectivement ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne. En sa qualité de juge des faits, il avait le droit de s'appuyer sur son expérience de la société. Il devait

expert evidence but was entitled to reject it and obviously did.

With respect, I think it is far from obvious that the trial judge rejected the expert evidence. The only comment he made on it was:

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.

There is no question that the approval of the censor board does not preclude the preferring of an indictment. The issue the judge had to decide was the significance of the approvals as evidence of the community standard of acceptance. It seems to me that he never addressed his mind to that issue.

In my view, the practice of allowing the trier of fact to rely exclusively on his or her personal experience of community standards of tolerance (see *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (Man. C.A.) at pp. 314-15) is an invitation to the type of error committed by the trial judge in this case. The problem can be readily avoided by requiring the Crown to adduce evidence of the community standard. The trier of fact would then determine the community standard on the basis of the evidence before him in the same way as he determines the factual issues in any other kind of criminal case.

I cannot see how such a requirement would, as has been suggested, frustrate the Crown's ability to secure a conviction in a meritorious case. At present the trier of fact in an obscenity case can be faced with the unenviable task of deciding the level of tolerance of a community of 24 million people on the basis of nothing more than his or her own personal experience. In effect, what the trier of fact does in the absence of evidence is attribute by inference his or her own perception to the entire Canadian community. I would think that requiring the trier of fact to make the determination on the basis of evidence adduced would render the task

prendre en considération le témoignage de l'expert mais il avait le droit de le rejeter, ce qu'il a fait de toute évidence.

Avec égards, j'estime qu'il est loin d'être évident que le juge du procès a rejeté le témoignage de l'expert. La seule observation qu'il a faite à cet égard est la suivante:

[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 ne fait pas de doute que l'approbation de la Commission de censure n'empêche pas la présentation d'un acte d'accusation. Le juge devait se prononcer sur l'importance des approbations en tant que preuve de la norme sociale d'acceptation. À ce qu'il me semble, il ne s'est jamais arrêté à cette question.

À mon avis, la pratique qui consiste à permettre au juge des faits de s'appuyer exclusivement sur son expérience personnelle des normes sociales de tolérance (voir *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.), aux pp. 314 et 315) invite le genre d'erreur commise par le juge du procès en l'espèce. Le problème peut être facilement évité en imposant à la poursuite de faire la preuve de la norme sociale. Le juge des faits déterminerait alors la norme sociale compte tenu de la preuve devant lui de la même façon qu'il tranche les questions de fait dans les autres genres d'affaires criminelles.

Je ne vois pas comment cette règle empêcherait, comme on l'a suggéré, la poursuite de pouvoir obtenir une condamnation dans une affaire qui le mérite. Pour l'instant, le juge des faits dans une affaire d'obscénité peut être confronté par la tâche peu enviable de décider du niveau de tolérance de 24 millions de personnes en se fondant sur rien de plus que son expérience personnelle. En fait, en l'absence de preuve, le juge des faits attribue par déduction ses propres perceptions à la société canadienne dans son ensemble. Je crois qu'imposer au juge des faits de prendre une décision compte tenu de la preuve produite rendrait sa tâche plus



easier rather than more difficult. It would also, in my view, inspire greater public confidence in the result. Moreover, it might well have the very desirable effect of enhancing uniformity in the application of the law of obscenity since evidence of community standards which is relevant to one prosecution will commonly be relevant to others.

I agree with the Chief Justice that the appeal must be allowed, the judgments at trial and on appeal set aside and a new trial ordered.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitors for the appellant: J. N. Agrios and B. J. Willis, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Ross W. Paisley, Edmonton.*

facile et non plus difficile. Cela inspirerait aussi au public une plus grande confiance dans les résultats. En outre, cela aurait aussi l'effet très désirable de renforcer l'uniformité de l'application du droit de l'obscénité puisque la preuve des normes sociales qui s'applique à une poursuite sera normalement pertinente dans les autres cas.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il faut accueillir le pourvoi, infirmer les jugements rendus en première instance et en appel et ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureurs de l'appelante: J. N. Agrios et B. J. Willis, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Ross W. Paisley, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia** *Appellant*;

and

**David Evans Tener and Gertrude Marina Tener** *Respondents*.

File No.: 17285.

\*1983: October 12 and 13.

\*Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard and Wilson JJ.

\*\*Re-hearing: 1985: January 23 and 24; 1985: May 9.

\*\*Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Compensation — Profit à prendre in gross — Mineral claims located in provincial parks — Crown refused to issue permits necessary for exploitation — Whether or not expropriation or injurious affection — Whether or not compensation payable — Park Act, 1965 (B.C.), c. 31, ss. 6, 9, 11, 18 (now R.S.B.C. 1979, c. 309) — Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, c. 109, ss. 14, 15, 18(3) (now Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 26, 29) — Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, c. 209, ss. 4, 69 (now Expropriation Act, R.S.B.C. 1979, c. 117) — Mineral Act, R.S.B.C. 1936, c. 181, ss. 17, 23; R.S.B.C. 1960, c. 244, s. 12(1a); 1977 (B.C.), c. 54, ss. 7, 10, 21.*

Respondents were the registered owners of mineral claims on lands now located within Wells Gray Provincial Park. The conditions governing the exploitation of a natural resource in Wells Gray Park gradually became more onerous and, for several years prior to the action, respondents were denied the park use permit necessary to explore or work the claims. Respondents were finally advised by letter that no new exploration or development work would be permitted under current park policy and were asked to itemize a quit claim price. This action was commenced—and came by way of stated case—because respondents considered their opportunity to explore their claims had been conclusively denied. The central issue was whether a refusal by the Crown to grant a park use permit needed by respondents to exploit their mineral claims gives rise to a statutory right to compensation. The trial judge found that no compensation was pay-

**Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique** *Appelante*;

et

**David Evans Tener et Gertrude Marina Tener** *Intimés*.

N° du greffe: 17285.

\*1983: 12 et 13 octobre.

\*Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Wilson.

\*\*Nouvelle audition: 1985: 23 et 24 janvier; 1985: 9 mai.

\*\*Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

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

*Indemnisation — Droit d'extraction en soi — Claims miniers situés dans des parcs provinciaux — Refus de Sa Majesté de délivrer les permis nécessaires à l'exploitation — Y a-t-il expropriation ou préjudice? — Y a-t-il lieu de verser une indemnité? — Park Act, 1965 (C.-B.), chap. 31, art. 6, 9, 11, 18 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 309) — Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, chap. 109, art. 14, 15, 18(3) (maintenant Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, chap. 280, art. 26, 29) — Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, chap. 209, art. 4, 69 (maintenant Expropriation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 117) — Mineral Act, R.S.B.C. 1936, chap. 181, art. 17, 23; R.S.B.C. 1960, chap. 244, art. 12(1a); 1977 (C.-B.), chap. 54, art. 7, 10, 21.*

Les intimés sont propriétaires immatriculés de claims miniers maintenant situés à l'intérieur du parc provincial Wells Gray. Les conditions régissant l'exploitation de ressources naturelles dans le parc Wells Gray sont devenues de plus en plus strictes et, plusieurs années avant l'action, les intimés se sont vu refuser le permis d'utilisation de parc nécessaire pour explorer ou exploiter les claims. Les intimés ont finalement reçu une lettre les avisant qu'aucuns nouveaux travaux d'exploration ou d'exploitation ne pouvaient être autorisés en vertu de la politique relative aux parcs en vigueur et leur demandant de soumettre une proposition détaillée de transport par renonciation. Les intimés ont vu là une interdiction définitive d'explorer leurs claims et ont intenté cette action présentée sous forme d'exposé de cause. La question principale est de savoir si le refus de Sa Majesté d'accorder un permis d'utilisation de parc dont les inti-

able, but the Court of Appeal held that respondents were entitled to compensation under the *Lands Clauses Act*. The Crown appealed.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.: Respondents' interest was expropriated through the operation of the *Park Act*, and accordingly, the *Lands Clauses Act* had no application and compensation was to be found in the *Ministry of Highways and Public Works Act*. The denial of the park use permit, given the assumption that the combined effect of the *Mineral Act* and the *Park Act* required such a permit to remove these granted minerals, made the prohibitions of the *Park Act* operative with the result that the rights granted to the respondents were reduced in law and recovered in part by the Crown. This process, which is to be distinguished from zoning and the regulation of specific activity on certain land, constituted a taking for which compensation was required notwithstanding the fact that the respondents retained their interest in the minerals themselves.

In determining compensation, only the regulations under the *Mineral Act* are to be considered in valuing the expropriated mineral rights: they were regulations *qua* minerals unlike other regulations *qua* park use which were tied to the taking process. The interest taken must represent the total value of the minerals less whatever value might attach to a possible future reversal of executive policy relating to removal permits.

*Per* Dickson C.J. and Wilson J.: This was a case of expropriation under s. 11(c) of the *Park Act* for which compensation was payable under the *Highways Act*. Respondents had a profit à prendre in the land—a right to go on the land for the limited purpose of severing the minerals and making them their own—rather than two separate interests consisting of the minerals and the access rights. The profit à prendre was held in gross by respondents and could be extinguished by unity of seisin. The Crown did not merely prevent respondents from realizing their interest through regulation, but expropriated their interest in that it acquired, through its permanent refusal of a permit, title to the fee free from the encumbrance of the profit à prendre. This derogation by the Crown from its earlier grant, while lawful, defeated the respondents' interest and amounted to an expropriation.

més ont besoin pour exploiter leurs claims miniers donne droit à une indemnité en vertu de la loi. Le juge de première instance a conclu qu'aucune indemnité n'était payable, mais la Cour d'appel a conclu que les intimés avaient droit à une indemnité en vertu de la *Lands Clauses Act*. Sa Majesté a interjeté appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: Le droit des intimés a été exproprié par application de la *Park Act* et, par conséquent, la *Lands Clauses Act* ne s'applique pas et l'indemnisation doit prendre sa source dans la *Ministry of Highways and Public Works Act*. Si on tient pour acquis que l'effet combiné de la *Mineral Act* et la *Park Act* exige ce permis pour extraire ces minéraux conçédés, le refus du permis d'utilisation du parc a donc mis en œuvre les interdictions de la *Park Act* de sorte que les droits concédés aux intimés ont été juridiquement diminués et récupérés en partie par Sa Majesté. Ce processus, qu'il faut distinguer du zonage et de la réglementation d'activités précises sur certains biens-fonds, constitue une appropriation qui impose une indemnisation même si les intimés ont conservé leur droit dans les minéraux eux-mêmes.

Pour déterminer l'indemnité, on ne doit tenir compte que des règlements en vertu de la *Mineral Act* pour évaluer les droits miniers expropriés: ce sont des règlements visant les minéraux comme tels à la différence des règlements visant l'utilisation des parcs comme tels qui sont liés au processus d'appropriation. Le droit enlevé doit représenter la valeur totale des minéraux moins la valeur attribuable à la possibilité future de modification de la politique de l'exécutif relative aux permis d'extraction.

*Le* juge en chef Dickson et le juge Wilson: Il s'agit d'une expropriation en vertu de l'al. 11(c) de la *Park Act*, pour laquelle une indemnité est payable en vertu de la *Highways Act*. Les intimés possèdent un droit d'extraction, c.-à-d. le droit de se rendre sur le bien-fonds aux seules fins d'en extraire les minéraux et de se les approprier, et non pas deux droits distincts comprenant les claims miniers et le droit d'accès. Les intimés possèdent un droit d'extraction en soi qui peut être éteint par la confusion. Sa Majesté a non seulement empêché les intimés de tirer profit de leur droit au moyen d'un règlement, mais elle a exproprié ce droit en ce sens qu'elle a acquis, par son refus permanent d'accorder un permis, un titre absolu à la propriété, libre de la charge que constituait le droit d'extraction. Cette dérogation de Sa Majesté à la concession qu'elle avait consentie antérieurement, quoique légale, équivaut à une négation du droit des intimés et constitue une expropriation.

The *Park Act* contemplates compensation being paid in case of expropriation but not in the case of injurious affection *simpliciter*. The *Highways Act* permits compensation for expropriation and also for injurious affection coupled with expropriation and applied in this case to determine the compensation payable on the expropriation. The *Lands Clauses Act* permits compensation for injurious affection *simpliciter* but had no application in this case because of s. 18(3) of the *Highways Act*.

A right to compensation must be found in the statute. If land has been expropriated the statute will be construed in light of a presumption in favour of compensation but no such presumption exists in the case of injurious affection *simpliciter*.

#### Cases Cited

*Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Re Gibson and City of Toronto* (1913), 28 O.L.R. 20, considered; *In Re Reliance Gold Mining and Milling Co.* (1908), 13 B.C.R. 482; *Cherry v. Petch*, [1948] O.W.N. 378; *Harrison v. Mobbs* (1908), 12 O.W.R. 465; *Nicholson v. Willisroft*, [1921] 3 W.W.R. 890 (S.C.C.); *Nicholson v. Mustard*, [1921] 3 W.W.R. 890 (Alta. C.A.); *Royal Trust Co. v. City of Montreal* (1918), 57 S.C.R. 352; *Kramer v. Wascana Centre Authority*, [1967] S.C.R. 237; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489; *Sisters of Charity of Rockingham v. The King*, [1922] 2 A.C. 315; *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 117, ss. 2, 67.  
*Freshwater Fish Marketing Act*, R.S.C. 1970, c. F-13.  
*Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, c. 209, ss. 4, 69.  
*Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, c. 181, ss. 17, 23.  
*Mineral Act*, R.S.B.C. 1960, c. 244, s. 12(1a).  
*Mineral Act*, 1973 (B.C.), c. 52, s. 9.  
*Mineral Act*, 1977 (B.C.), c. 54, ss. 7, 10, 21.  
*Mineral Land Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 260.  
*Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, c. 187, s. 3.  
*Mining Right of Way Act*, R.S.B.C. 1979, c. 266, s. 2.  
*Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, c. 109, ss. 14, 15, 18(3).  
*Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 26, 29.  
*Park Act*, 1965 (B.C.), c. 31, ss. 6, 9, 11, 18.  
*Park Act*, R.S.B.C. 1979, c. 309.  
*Park (Amendment) Act*, 1973 (B.C.), c. 67, s. 3.

La *Park Act* prévoit le paiement d'une indemnité dans le cas d'expropriation, mais non dans le cas de préjudice pur et simple. La *Highways Act* autorise le paiement d'une indemnité dans le cas d'expropriation et aussi dans le cas de préjudice assorti d'une expropriation et elle s'applique en l'espèce pour déterminer l'indemnité payable pour l'expropriation. La *Lands Clauses Act* permet le paiement d'une indemnité pour préjudice pur et simple, mais elle ne s'applique pas en l'espèce en raison du par. 18(3) de la *Highways Act*.

Le droit à une indemnité doit se trouver dans la loi. S'il y a eu expropriation d'un bien-fonds, la loi sera interprétée en fonction d'une présomption en faveur du paiement d'une indemnité, mais aucune présomption de cette nature n'existe dans le cas du préjudice pur et simple.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Re Gibson and City of Toronto* (1913), 28 O.L.R. 20; arrêts mentionnés: *In Re Reliance Gold Mining and Milling Co.* (1908), 13 B.C.R. 482; *Cherry v. Petch*, [1948] O.W.N. 378; *Harrison v. Mobbs* (1908), 12 O.W.R. 465; *Nicholson v. Willisroft*, [1921] 3 W.W.R. 890 (C.S.C.); *Nicholson v. Mustard*, [1921] 3 W.W.R. 890 (C.A. Alb.); *Royal Trust Co. v. City of Montreal* (1918), 57 R.C.S. 352; *Kramer v. Wascana Centre Authority*, [1967] R.C.S. 237; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489; *Sisters of Charity of Rockingham v. The King*, [1922] 2 A.C. 315; *The Queen v. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624.

#### Lois et règlements cités

*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 117, art. 2, 67.  
*Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 209, art. 4, 69.  
*Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, S.R.C. 1970, chap. F-13.  
*Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 181, art. 17, 23.  
*Mineral Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 244, art. 12(1a).  
*Mineral Act*, 1973 (C.-B.), chap. 52, art. 9.  
*Mineral Act*, 1977 (C.-B.), chap. 54, art. 7, 10, 21.  
*Mineral Land Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 260.  
*Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 187, art. 3.  
*Mining Right of Way Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 266, art. 2.  
*Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 109, art. 14, 15, 18(3).  
*Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 280, art. 26, 29.

*Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, c. 211, s. 2.  
*Rules of Court* [British Columbia], s. 33.

#### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979.  
 Challies, George S. *The Law of Expropriation*, 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur Ltd., 1963.  
 Nichols, Philip. *The Law of Eminent Domain*, vol. 4, revised 3rd ed. by Julius L. Sackman, New York, Matthew Bender, 1973.  
*Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 4, 4th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1974.  
 Todd, Eric C.E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, Toronto, Carswell Co., 1976.  
 Todd, Eric C.E. "The Mystique of Injurious Affection in the Law of Expropriation" (1967), *U.B.C.L. Rev.—C. de D.* (Centennial Edition) 125, 125-69.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 133 D.L.R. (3d) 168, 34 B.C.L.R. 285, 24 L.C.R. 266, [1982] 3 W.W.R. 214, allowing an appeal from a judgment of Rae J. Appeal dismissed.

*W. A. Pearce*, for the appellant.

*G. S. Cumming, Q.C.*, and *B. M. Joyce*, for the respondents.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

WILSON J.—The respondents are the registered owners of sixteen mineral claims granted by the Crown in Right of British Columbia to the respondents' predecessors in title in 1934. The fee in the land including the surface rights was and continues to be in the Crown. The respondents paid \$100,000 for the claims. The grants contained the proviso that they were "subject to the laws for the time being in force respecting mineral claims". By various provisions of the British Columbia *Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, c. 181, and the *Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, c. 187, as then in force, the owners of mineral claims had the right to all minerals in the claims, the right to the use and possession of the surface for the purpose of getting the minerals out, and the right to take and use a right of way to the claims. If, however, the

*Park Act*, 1965 (C.-B.), chap. 31, art. 6, 9, 11, 18.  
*Park Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 309.  
*Park (Amendment) Act*, 1973 (C.-B.), chap. 67, art. 3.  
*Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 211, art. 2.  
*Rules of Court* [British Columbia], art. 33.

#### Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979.  
 Challies, George S. *The Law of Expropriation*, 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur Ltd., 1963.  
 Nichols, Philip. *The Law of Eminent Domain*, vol. 4, revised 3rd ed. by Julius L. Sackman, New York, Matthew Bender, 1973.  
*Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 4, 4th ed., London, Sweet & Maxwell Ltd., 1974.  
 Todd, Eric C.E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, Toronto, Carswell Co., 1976.  
 Todd, Eric C.E. «The Mystique of Injurious Affection in the Law of Expropriation» (1967), *U.B.C.L. Rev.—C. de D.* (Édition du Centenaire) 125, 125-69.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 133 D.L.R. (3d) 168, 34 B.C.L.R. 285, 24 L.C.R. 266, [1982] 3 W.W.R. 214, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Rae. Pourvoi rejeté.

*W. A. Pearce*, pour l'appelante.

*G. S. Cumming, c.r.*, et *B. M. Joyce*, pour les intimés.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—Les intimés sont propriétaires immatriculés de seize claims miniers concédés par Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique aux auteurs en titre des intimés en 1934. Sa Majesté a conservé la propriété des biens-fonds et des droits de superficie. Les intimés ont payé les claims 100 000 \$. Les concessions mentionnent qu'elles sont [TRADUCTION] «assujetties aux lois actuellement en vigueur relativement aux claims miniers». En vertu de diverses dispositions alors en vigueur de la *Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 181, et de la *Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 187, de la Colombie-Britannique, les propriétaires de claims miniers avaient droit à tous les minéraux situés dans les claims, le droit à la possession de la surface et le droit de l'utiliser dans le but d'extraire les minéraux et le droit de passage

right of way was to cross Crown land, as would be necessary in this case, the consent of the Minister of Lands was required.

In 1939, the Province by order in council pursuant to s. 2 of the *Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, c. 211, created Wells Gray Park which encompassed the land subject to the respondents' mineral claims. No attempt was made at that time to expropriate the claims. A new *Park Act* was enacted in 1965 (1965 (B.C.), c. 31) and under s. 18(1) of that Act a park use permit had to be obtained before a natural resource in a park could be exploited. Depending on whether the park was classified as Class A or Class B different standards were to be applied by the Minister in deciding whether or not to grant a permit. By section 9(1)(a) the Minister's discretion to issue a permit for a Class A park was restricted to situations where it was "necessary to the preservation or maintenance of the recreational values of the park involved". Less severe standards were applicable to Class B parks.

In 1973 Wells Gray Park was, by an amendment (1973 (B.C.), c. 67, s. 3), to the *Park Act* upgraded from a Class B to a Class A park. In the same year, the *Mineral Act*, R.S.B.C. 1960, c. 244, was amended by 1973 (B.C.), c. 52, s. 9, by the addition of s. 12(1a) which provided that notwithstanding any mineral claim anyone exploring for or producing minerals in a park had to have the authorization of the Lieutenant Governor in Council.

In 1973 the owners of the claims arranged for work to be done on the claims and written permission was given by the Parks Branch for flights into the claims and out again. However, when park use permits were requested by the respondents in 1974, 1975, 1976 and 1977 none was issued. Then on January 24, 1978 the respondents received the following letter from the Director of the Parks Branch:

Your letter of December 6, 1977, to the Honourable Sam Bawlf, Minister of Recreation and Conservation, concerning your application for a Park Use Permit to conduct exploration work on the Summit Group of

jusqu'aux claims. Toutefois, si le droit de passage devait traverser des terres de la Couronne, comme c'est le cas en l'espèce, il fallait obtenir le consentement du ministre des Terres.

<sup>a</sup> En 1939, par décret pris en vertu de l'art. 2 de la *Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 211, la province a créé le parc Wells Gray qui comprend les biens-fonds assujettis aux claims miniers des intimés. On n'a pris aucune mesure à l'époque pour exproprier les claims. Une nouvelle *Park Act* a été adoptée en 1965 (1965 (C.-B.), chap. 31) et, en vertu du par. 18(1) de cette loi, il fallait obtenir un permis d'utilisation de parc avant d'exploiter des ressources naturelles dans un parc. Selon que le parc appartenait à la classe A ou à la classe B, le Ministre devait appliquer des normes différentes pour décider s'il devait accorder un permis. En vertu de l'al. 9(1)a), le pouvoir discrétionnaire conféré au Ministre de délivrer le permis pour un parc de classe A se limitait aux situations où il était [TRADUCTION] «nécessaire à la préservation ou au maintien de la valeur récréative du parc en cause». Des normes moins rigoureuses s'appliquaient aux parcs de la classe B.

<sup>b</sup> En 1973, par une modification (1973 (C.-B.), chap. 67, art. 3), de la *Park Act* le parc Wells Gray est passé de la classe B à la classe A. La même année, la *Mineral Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 244, a été modifiée par l'ajout du par. 12(1a) (1973 (C.-B.) chap. 52, art. 9), qui disposait que, nonobstant tout claim minier, quiconque explore ou exploite des minéraux dans un parc doit obtenir l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil.

<sup>c</sup> En 1973, les propriétaires des claims ont fait effectuer des travaux sur les claims et obtenu la permission de la Direction des parcs de se rendre à leurs claims en avion et d'en revenir. Toutefois lorsque les intimés ont demandé des permis d'utilisation de parc en 1974, 1975, 1976 et 1977, ils n'en ont pas obtenu. Puis, le 24 janvier 1978, les intimés ont reçu la lettre qui suit du directeur de la Direction des parcs:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Votre lettre du 6 décembre 1977 adressée à l'honorable Sam Bawlf, ministre des Loisirs et de la Conservation, au sujet de votre demande de permis d'utilisation de parc pour effectuer des travaux

Crown granted mineral claims located within Wells Gray Provincial Park, has been referred to this office for reply.

As you are aware, the whole subject of mineral claims in Provincial Parks is very complex and has been under investigation for a considerable time. Under the present Parks Branch policy respecting mineral claims, we regret to advise that no new exploration or development work may be authorized within a Provincial Park.

Notwithstanding the above, would you kindly quote us an itemized quit claim price, showing a comprehensive breakdown of expenditures incurred respecting the Summit Group of claims for our records and consideration.

Your patience and concern in this matter is appreciated.

The respondents treated the letter as the event which conclusively denied them the opportunity to exploit their mineral claims and they issued their writ in May 1979 claiming compensation in respect of the initial acquisition costs of the claims and of the expenditures made on them throughout the years. The amounts claimed are quite large. The value of the historical expenditures was alleged to be about \$1,500,000 and the present value of the lost opportunity to exploit them was assessed at around \$3,000,000. Since the deposit is said to contain gold and silver, the calculation of the latter figure may fluctuate with the change in price of those metals.

The Crown filed a statement of defence and the parties agreed to state four questions for the opinion of the Court in the form of a special case under Rule 33 of the [British Columbia] *Rules of Court*. The four questions are:

1. Are the Plaintiffs entitled to compensation under the *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, Chapter 209, for monies expended by the Plaintiffs and their predecessors in title and for loss of opportunity and loss of profits in respect of the Crown Grants?

2. Are the Plaintiffs entitled to compensation under the *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, Chapter 109, for monies expended by the Plaintiffs and their predecessors in title and for loss of

d'exploration dans le groupe Summit des claims miniers concédés par Sa Majesté et situés dans le parc provincial Wells Gray a été transmise à notre bureau pour que nous y donnions suite.

a Comme vous le savez, toute la question des claims miniers dans les parcs provinciaux est très complexe et fait l'objet d'études depuis fort longtemps. En vertu de la politique actuelle de la Direction des parcs à l'égard des claims miniers, nous regrettons de devoir vous aviser b qu'aucuns nouveaux travaux d'exploration ou d'exploitation ne peuvent être autorisés dans un parc provincial.

Nonobstant ce qui précède, auriez-vous l'obligeance de nous soumettre, pour mémoire et étude de notre part, une proposition détaillée de transport par renonciation avec indication du prix et une énumération complète des dépenses engagées relativement au groupe de claims Summit. c

Nous apprécions votre patience et votre intérêt dans cette affaire.

d Les intimés ont vu dans cette lettre l'événement qui leur interdisait de façon définitive d'exploiter leurs claims miniers et ils ont, en mai 1979, intenté leur action en indemnisation à l'égard du coût initial d'acquisition des claims et des dépenses engagées pendant toute la période. Les montants demandés sont très considérables. Le montant des dépenses engagées pendant la période est, selon les allégations, de 1 500 000 \$ et la valeur actuelle du manque à exploiter les claims a été estimée à environ 3 000 000 \$. Puisqu'on soutient que le gisement contient de l'or et de l'argent, le calcul du dernier chiffre peut varier selon les fluctuations des cours de ces métaux. e f g

Sa Majesté a produit une défense et les parties ont convenu de formuler quatre questions à soumettre à la Cour sous forme d'exposé de cause spécial en vertu de la règle 33 des *Règles de la Cour* [Colombie-Britannique]. Voici les quatre questions: h

[TRADUCTION] 1. Les demandeurs ont-ils droit à une indemnité en vertu de la *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, chapitre 209, pour les sommes qu'eux et leurs auteurs en titre ont dépensées et pour le manque à gagner et la perte de profits à l'égard des concessions faites par Sa Majesté? i

2. Les demandeurs ont-ils droit à une indemnité en vertu de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, chapitre 109 pour les sommes qu'eux et leurs auteurs en titre ont dépensées, pour le manque à

opportunity and loss of profits in respect of the Crown Grants?

3. If the Plaintiffs are entitled to compensation under either the *Lands Clauses Act* or the *Ministry of Highways and Public Works Act* is such compensation to be assessed pursuant to the arbitration procedures set out in the statute or statutes or by action at law?

4. Are the Plaintiffs entitled to damages at common law for monies expended by the Plaintiffs and their predecessors in title and for loss of opportunity and loss of profits in respect of the Crown Grants?

The special case was argued before Mr. Justice Rae who answered all four questions in the negative. His judgment was appealed to the British Columbia Court of Appeal which answered the first question in the affirmative. The Court held that the respondents were entitled to compensation under the *Lands Clauses Act* for the injurious affection to their mineral claims and associated rights caused by the refusal of the Minister of Recreation and Conservation to issue a park use permit to the respondents on January 24, 1978. The Crown comes to this Court by leave of the British Columbia Court of Appeal.

The central issue is whether a refusal by the Crown in Right of British Columbia to grant a park use permit so as to enable the respondents to exploit their mineral claims gives rise to a statutory right to compensation. In order to answer this question it is necessary to consider:

- (a) the nature of the respondents' interest;
- (b) the effect of the refusal of the permit on that interest and, in particular, whether it constitutes an expropriation of or injurious affection to that interest; and
- (c) whether, if it constitutes expropriation or injurious affection, a statutory right of compensation is provided under any or a combination of any of the applicable statutes.

(a) The Nature of the Respondents' Interest

It seems to be common ground between the parties that the mineral claims themselves constitute an interest in land. The respondents submit,

gagner et la perte de profits à l'égard des concessions faites par Sa Majesté?

3. Si les demandeurs ont droit à une indemnité soit en vertu de la *Lands Clauses Act* ou de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, cette indemnité doit-elle être déterminée en vertu des procédures d'arbitrage établies par la loi ou les lois ou par action devant les tribunaux?

4. Les demandeurs ont-ils droit à des dommages-intérêts en *common law* pour les sommes qu'eux et leurs auteurs en titre ont dépensées et pour le manque à gagner et la perte de profits à l'égard des concessions faites par Sa Majesté?

L'exposé de cause spécial a été plaidé devant le juge Rae qui a répondu aux quatre questions par la négative. Sa décision a été portée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a répondu à la première question par l'affirmative. La Cour d'appel a conclu que les intimés avaient droit à une indemnité en vertu de la *Lands Clauses Act* pour le préjudice causé à leurs claims miniers et aux droits accessoires par le refus du ministre des Loisirs et de la Conservation d'accorder un permis d'utilisation de parc aux intimés le 24 janvier 1978. Sa Majesté se pourvoit devant cette Cour avec l'autorisation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

La question centrale est de savoir si le refus de Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique d'accorder un permis d'utilisation de parc pour permettre aux intimés d'exploiter leurs claims miniers donne droit à une indemnité en vertu de la loi. Pour répondre à cette question il faut analyser:

- a) la nature des droits des intimés;
- b) les conséquences du refus d'accorder un permis sur ces droits et, plus particulièrement, si ce refus constitue une expropriation de ces droits ou leur cause un préjudice; et
- c) si, dans l'hypothèse où il constitue une expropriation ou cause un préjudice, une indemnité est prévue par une loi ou une combinaison des lois applicables.

a) Nature des droits des intimés

Il semble être admis des parties que les claims miniers constituent en eux-mêmes un droit réel immobilier. Les intimés soutiennent cependant, et



however, and Mr. Justice Rae agreed with them, that the right to sever the minerals and to enter upon the surface for this purpose is also an interest in land in the nature of a profit à prendre. The learned Chambers Judge distinguished these two interests in land because in his view the refusal of a permit could not be viewed as an expropriation of the mineral claims themselves. The issue for him, therefore, was whether it could be viewed as an expropriation of the surface rights. He found that it could not. This was the end of the matter as far as he was concerned because he construed the applicable legislation as requiring an actual "taking" of some interest in land before compensation was payable and there was no such "taking" here.

The Court of Appeal found that an actual taking was unnecessary. Compensation was payable under the *Lands Clauses Act* for injurious affection without a taking and the denial of the permit constituted injurious affection of the respondents' mineral claims.

Before proceeding to a detailed consideration of the applicable legislation it is necessary, I think, to analyze with greater particularity the nature of the respondents' interest in the land. I think the learned Chambers Judge may have been in error in treating the respondents as having two separate and distinct interests in the land—the mineral claims and the right to go on the surface for the purpose of developing them—and characterizing the latter interest as a profit à prendre. It has been held that an owner of a mineral claim with ancillary surface rights cannot dispose of its surface rights as if they were a separate interest. Such rights can be transferred only in conjunction with a transfer of the mineral claim itself: see *In Re Reliance Gold Mining and Milling Co.* (1908), 13 B.C.R. 482, *per* Wilson Lo. J., at p. 483. I believe that what the respondents had was one integral interest in land in the nature of a profit à prendre comprising both the mineral claims and the surface rights necessary for their enjoyment.

A profit à prendre is defined in *Stroud's Judicial Dictionary* (4th ed.), vol. 4, at p. 2141, as "a right vested in one man of entering upon the land

M. le juge Rae leur a donné raison, que le droit de retirer les minéraux et d'accéder à la surface à cette fin est aussi un droit réel immobilier de la nature d'un droit d'extraction (profit à prendre).

a Le juge en chambre a établi une distinction entre ces deux droits immobiliers parce qu'à son avis le refus d'accorder un permis ne pouvait être considéré comme une expropriation des claims miniers eux-mêmes. La question était donc, quant à lui, de savoir s'il pouvait considérer le refus comme une expropriation du droit d'extraction. Il a conclu qu'il ne le pouvait pas. Quant à lui, cela emportait la solution du litige puisqu'il a déterminé que les lois applicables exigeaient l'«appropriation» réelle de certains droits immobiliers pour qu'une indemnité soit payable et qu'en l'espèce il n'y avait pas eu d'«appropriation».

d La Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait effectivement appropriation. L'indemnité était payable en vertu de la *Lands Clauses Act* pour le préjudice subi sans appropriation et le refus d'accorder un permis causait un préjudice aux claims miniers des intimés.

Avant d'aborder l'analyse détaillée des lois applicables, il est nécessaire, je crois, d'étudier plus spécialement la nature du droit réel immobilier des intimés. Je crois que le juge en chambre a peut-être commis une erreur en considérant que les intimés avaient deux droits immobiliers distincts—les claims miniers et le droit d'accès à la surface dans le but de les mettre en valeur—et en qualifiant ce dernier droit de droit d'extraction. Il a été décidé que le propriétaire d'un claim minier avec des droits de superficie accessoires ne pouvait aliéner ce dernier comme s'il s'agissait d'un droit distinct. Ces droits ne sont cessibles qu'en compagnie de la cession du claim minier même; voir *In Re Reliance Gold Mining and Milling Co.* (1908), 13 B.C.R. 482, par le juge Wilson à la p. 483. J'estime que les intimés détenaient en fait un droit réel immobilier unique de la nature d'un droit d'extraction qui comprenait à la fois les claims miniers et les droits de superficie nécessaires à leur jouissance.

j Un droit d'extraction est défini dans le *Stroud's Judicial Dictionary* (4<sup>e</sup> éd.), vol. 4, p. 2141 de la façon suivante: [TRADUCTION] «droit conféré à

of another and taking therefrom a profit of the soil". In *Black's Law Dictionary* (5th ed.), it is defined as "a right to make some use of the soil of another, such as a right to mine metals, and it carries with it the right of entry and the right to remove and take from the land the designated products or profit and also includes the right to use such of the surface as is necessary and convenient for exercise of the profit".

Wells J. elaborated on the nature of a profit à prendre in *Cherry v. Petch*, [1948] O.W.N. 378, where he said, at p. 380:

It has been said that a *profit à prendre* is a right to take something off the land of another person. It may be more fully defined as a right to enter on the land of another person and take some profit of the soil such as minerals, oil, stones, trees, turf, fish or game, for the use of the owner of the right. It is an incorporeal hereditament, and unlike an easement it is not necessarily appurtenant to a dominant tenement but may be held as a right in gross, and as such may be assigned and dealt with as a valuable interest according to the ordinary rules of property.

It is important to note that it is the right of severance which results in the holder of the profit à prendre acquiring title to the thing severed. The holder of the profit does not own the minerals *in situ*. They form part of the fee. What he owns are mineral claims and the right to exploit them through the process of severance. This may be significant when attempting to answer the questions: what constitutes the expropriation of a profit à prendre? what constitutes injurious affection in the case of a profit à prendre?

Profits à prendre may be held independently of the ownership of any land, *i.e.*, they may be held in gross. In this they differ from easements. Alternatively, they may be appurtenant to land as easements are, *i.e.*, they may be a privilege which is attached to the ownership of land and increases its beneficial enjoyment. In this case the respondents would appear to have a profit à prendre in gross since they do not own any land to which the profit is appurtenant.

une personne d'accéder au bien-fonds d'une autre personne et de tirer un profit du sol». Dans le *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd.) il est défini comme ceci: [TRADUCTION] «droit d'utiliser le bien-fonds d'une autre personne, comme le droit d'en extraire des minéraux, lequel droit comporte un droit d'accès et un droit de retirer du sol et d'emporter les produits ou profits désignés; il comporte également le droit de jouir de la surface nécessaire et utile à son exercice».

Le juge Wells a commenté la nature d'un droit d'extraction dans l'affaire *Cherry v. Petch*, [1948] O.W.N. 378, à la p. 380:

[TRADUCTION] On a dit qu'un droit d'extraction est le droit de retirer quelque chose du bien-fonds d'une autre personne. On peut le définir avec plus de précision comme le droit d'accéder au bien-fonds d'une autre personne et de tirer certains profits du sol, tels que des minéraux, du pétrole, des pierres, des arbres, du gazon, du poisson ou du gibier, à l'usage du titulaire du droit. Il s'agit d'un droit incorporel et, à la différence d'une servitude, il ne profite pas nécessairement à un fonds dominant, mais il peut être détenu comme un droit en soi et peut en conséquence être cédé et traité comme un bien ayant de la valeur conformément aux règles ordinaires du droit de propriété.

Il est important de souligner que c'est le droit de retirer quelque chose qui permet au titulaire du droit d'extraction d'acquérir la propriété de l'objet retiré. Le titulaire du droit n'est pas propriétaire des minéraux sur place. Ils font partie de la propriété. Ce que le titulaire possède, c'est les claims miniers et le droit de les exploiter par extraction. Cela peut avoir de l'importance pour répondre aux questions suivantes: qu'est-ce que l'expropriation d'un droit d'extraction? Qu'est-ce qu'un préjudice dans le cas d'un droit d'extraction?

On peut posséder des droits d'extraction sans être propriétaire du bien-fonds, c.-à-d. qu'ils peuvent constituer une propriété en soi. En cela, ils diffèrent des servitudes. Par contre, ils peuvent être l'accessoire d'un bien-fonds comme les servitudes le sont, c.-à-d. qu'ils peuvent constituer un droit lié à la propriété du bien-fonds et qui en augmente la jouissance. En l'espèce, les intimés paraissent avoir un droit d'extraction en soi puisqu'ils ne sont propriétaires d'aucun bien-fonds auquel le droit se rapporte.

Profits à prendre in gross are extinguished by unity of seisin, *i.e.*, if the holder of the profit either:

- (a) releases it in favour of the owner of the land in which the profit subsists; or
- (b) becomes the owner of the land in which the profit subsists.

The extinguishment arises from the fact that if the ownership of the profit and the ownership of the land in which the profit subsists devolve on the same person, the profit can no longer exist as a separate interest in the land. The profit merges in the fee and is extinguished.

#### (b) The Effect of the Refusal of the Permit

It seems to me that the effect of the refusal of the permit (and for purposes of this litigation the refusal must be viewed as absolute as opposed to temporary) was, in lay terms, to prevent the respondents from exercising their right to go upon the land for the purpose of severing the minerals and making them their own. They were prevented, in other words, from realizing on their mineral claims. The problem is whether this refusal translates into an expropriation or an injurious affection in law. Before tackling that problem it might be helpful to determine which statutes apply in circumstances such as these and what the respondents would have to show in order to obtain compensation under them.

#### (c) The Applicable Legislation

The following statutory provisions have been put to the Court by counsel as determinative of the respondents' rights:

Section 11 of the *Park Act*, 1965 (B.C.), c. 31, as amended to 1978 (now R.S.B.C. 1979, c. 309):

11. For the purpose of the establishment or enlargement of any park or recreation area, the Minister, on behalf of Her Majesty the Queen in right of the Province, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, may

- (a) purchase or otherwise acquire, accept, and take possession of land, improvements on land, timber, timber rights, and other rights;

Les droits d'extraction en soi s'éteignent par la confusion, c.-à-d. si le titulaire du droit

- a) y renonce en faveur du propriétaire du fonds assujéti au droit; ou
- b) devient propriétaire du fonds assujéti au droit.

L'extinction résulte du fait que lorsque la propriété du droit et celle du bien-fonds qui y est assujéti sont réunies sur la même personne, le droit d'extraction ne peut plus subsister comme droit immobilier distinct. Le droit d'extraction se confond avec la propriété et est éteint.

#### b) Conséquence du refus d'accorder le permis

Il me semble que la conséquence du refus d'accorder le permis (et pour les fins de ce litige, le refus doit être considéré comme absolu et non comme temporaire) a été, en termes courants, d'empêcher les intimés d'exercer leur droit d'accès au bien-fonds dans le but d'extraire les minéraux et de se les approprier. En d'autres mots, ils ont été empêchés de tirer profit de leurs claims miniers. La question est de savoir si ce refus constitue une expropriation ou un préjudice en droit. Avant de répondre à cette question, il peut être utile de déterminer quelles lois s'appliquent en l'espèce et ce que les intimés doivent prouver pour obtenir une indemnité en vertu de ces lois.

#### c) Les lois applicables

Devant la Cour, les procureurs des parties ont invoqué les dispositions des lois suivantes qu'ils estiment déterminantes quant aux droits des intimés:

Article 11 de la *Park Act*, 1965 (C.-B.), chap. 31 et modifications jusqu'en 1978 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 309):

[TRADUCTION] 11. Pour les fins de la création ou de l'agrandissement de tout parc ou espace récréatif, le Ministre, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef de la province, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, peut

- a) acheter ou autrement acquérir, recevoir des biens-fonds, des améliorations sur les biens-fonds, du bois, des droits de coupe et tout autres droits, et prendre possession de ces biens,

(b) grant, convey, or transfer to any person, in exchange for land, improvements, or timber acquired under clause (a) above, other lands, timber, or rights of Her Majesty the Queen in right of the Province;

(c) expropriate land, and the provisions of the *Ministry of Highways and Public Works Act* shall apply, *mutatis mutandis*, in event of expropriation.

Sections 15, 18(3) of the *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, c. 109 (now the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 26, 29):

15. If a person has any claim for real or personal property taken, or for alleged direct or consequent damage to such property arising from the construction or connected with the execution of any Government building, highway, or public work undertaken at the expense of the Province, . . . the person may give notice in writing of such claim to the Minister, stating the particulars thereof, and how the same has arisen, and thereupon the Minister may, at any time within thirty days after such notice, offer, by tendering a Provincial Treasury cheque therefor, what he considers a just satisfaction for the same, with notice that unless the sum offered is accepted in thirty days after such offer the said claim shall be submitted to arbitration.

18. . . .

(3) The *Lands Clauses Act* does not apply to proceedings under this Act.

Sections 4, 69 of the *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, c. 209 (now the *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 117, ss. 2, 67):

4. This Act applies

(b) to every undertaking authorized by any Act which authorizes the purchase or taking of lands situate in any part of the Province for such undertaking;

and this Act shall be incorporated with every such Act to which this Act applies, and all the clauses and provisions of this Act, save so far as they are expressly varied or excepted by any such Act, apply to the undertaking authorized thereby, so far as the same are applicable to the undertaking, and shall, as well as the clauses and provisions of every other Act which shall be incorporated with such Act, form part of such Act, and be construed, together therewith, as forming one Act.

b) octroyer, céder ou transporter à toute personne en échange de biens-fonds, d'améliorations ou de bois acquis en vertu de l'alinéa a) ci-dessus d'autres biens-fonds, bois ou autres droits de Sa Majesté la Reine du chef de la province,

c) exproprier des biens-fonds, auquel cas les dispositions de la *Ministry of Highways and Public Works Act* s'appliquent, *mutatis mutandis*, dans le cas d'expropriation.

Articles 15, 18(3) de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 109 (maintenant la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 280, art. 26, 29):

[TRADUCTION] 15. Si une personne a une réclamation quelconque au titre de l'expropriation d'un bien meuble ou immeuble ou de dommages directs ou indirects causés à ce bien en raison de la construction ou reliés à la construction de tout édifice, route ou ouvrage public gouvernemental défrayée par la province . . . elle peut notifier le Ministre par écrit de sa réclamation de façon détaillée et de la façon dont sa réclamation est née, auquel cas le Ministre peut, dans les trente jours qui suivent cette notification, offrir, en présentant un chèque du trésorier provincial à cet effet, ce qu'il considère comme une compensation juste à cet égard, en indiquant que si ladite somme n'est pas acceptée dans les trente jours suivant l'offre la réclamation sera soumise à l'arbitrage.

18. . . .

(3) La *Lands Clauses Act* ne s'applique pas aux procédures prévues dans la présente loi.

Articles 4, 69 de la *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 209 (maintenant l'*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 117, art. 2, 67):

[TRADUCTION] 4. La présente loi s'applique

b) à tous travaux autorisés par une loi qui autorise l'acquisition ou l'appropriation de biens-fonds situés dans la province pour les fins de ces travaux;

et la présente loi est intégrée dans toute loi qu'elle vise, et ses dispositions, dans la mesure où elles ne sont pas modifiées ou écartées par la loi visée et dans la mesure de leur applicabilité aux travaux qu'elles autorisent, s'appliquent auxdits travaux; et les dispositions de la présente loi et de toute loi visée ne forment qu'une seule et même loi qui doit être interprétée comme telle.

69. If any party is entitled to any compensation in respect of any land or of any interest therein which has been taken for or injuriously affected by the execution of the works . . . the party may have the same settled either by arbitration or by the verdict of a jury, as he thinks fit . . . .

Mr. Justice Rae found that only the *Park Act* and the *Highways Act* had application to the facts of this case. Resort to the *Lands Clauses Act* was precluded by s. 18(3) of the *Highways Act*. Accordingly, compensation was available to the respondents only if there had been an expropriation of their interest under s. 11(c) of the *Park Act*. The learned Chambers Judge discussed the relationship between the statutory provisions as follows:

It is apparent from the foregoing that the intention of the *Park Act* is that if there is an expropriation of land thereunder there shall be compensation therefor under the *Highways Act*, and that in that event there shall also be compensation for injurious affection, if any. The *Highways Act* in s. 14 speaks of "damage thereto" and in s. 15 of "direct or consequent damage". Also, the *Lands Clauses Act* is specifically excluded. In the two Acts there is a complete code in respect of that for which compensation under the *Park Act* is intended.

Whether that code, i.e. the *Park Act* and the *Highways Act*, supra, ever becomes operative in respect of compensation rests on there being an expropriation of land under the *Park Act*.

As already mentioned, Mr. Justice Rae found that there was no expropriation.

Mr. Justice Lambert in the British Columbia Court of Appeal considered the legislative scheme embodied in all three statutes. He agreed with Mr. Justice Rae that if there was an expropriation under the *Park Act* then there was compensation under the *Highways Act* for the expropriation and also for any injurious affection associated with the expropriation. However, if there was no expropriation then there was no compensation under a combination of these two statutes in the case of injurious affection *simpliciter*. Section 11(c) of the *Park Act* made that very clear. The next question therefore was whether the *Lands Clauses Act* applied to fill this "gap". If it applied, then there

69. Toute personne ayant droit à une indemnité à l'égard d'un bien-fonds ou de droit y relatif qu'on s'est approprié pour y exécuter des travaux ou qui a diminué de valeur par suite de ces travaux . . . peut obtenir que l'indemnité soit déterminée par arbitrage ou par le verdict d'un jury, selon qu'elle le juge approprié . . .

Le juge Rae a conclu que seules la *Park Act* et la *Highways Act* s'appliquaient aux faits de l'espèce. Le paragraphe 18(3) de la *Highways Act* empêchait le recours à la *Lands Clauses Act*. En conséquence, les intimés n'avaient droit à une indemnité que s'il y avait eu expropriation de leur droit en application de l'al. 11c) de la *Park Act*. Le juge en chambre a analysé les rapports entre les dispositions des différentes lois de la façon suivante:

[TRANSDUCTION] Il ressort de ce qui précède que le but de la *Park Act* est que l'expropriation d'un bien-fonds en vertu de cette loi donne lieu à une indemnisation en vertu de la *Highways Act* et que, dans ces circonstances, elle donne également lieu à indemnisation pour le préjudice, le cas échéant. L'article 14 de la *Highways Act* parle de «dommages à celle-ci» et l'art. 15 de «dommages directs ou indirects». De plus, la *Lands Clauses Act* est expressément écartée. Il y a dans ces deux lois, un code complet relativement aux circonstances dans lesquelles la *Park Act* prévoit une indemnisation.

La question de savoir si ce code, c.-à-d. la *Park Act* et la *Highways Act*, précitées, vient à s'appliquer à l'égard de l'indemnisation dépend de l'existence d'une expropriation de biens-fonds en vertu de la *Park Act*.

Comme je l'ai déjà signalé, le juge Rae a conclu qu'il n'y avait pas eu d'expropriation.

Le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a étudié le régime juridique établi par ces trois lois. Il a partagé l'avis du juge Rae que, s'il y avait expropriation en vertu de la *Park Act*, il devait y avoir indemnisation en vertu de la *Highways Act* pour cette expropriation ainsi que pour le préjudice relié à cette expropriation. Toutefois s'il n'y a pas eu d'expropriation, il n'y a pas d'indemnisation vu l'effet cumulatif de ces deux lois en cas de préjudice pur et simple. L'alinéa 11c) de la *Park Act* le dit très clairement. La question suivante était donc de savoir si la *Lands Clauses Act* s'appliquait de manière à combler cette «lacune». Si elle s'appliquait, il y aurait alors

would be compensation for injurious affection in the absence of expropriation. Mr. Justice Lambert disagreed with Mr. Justice Rae that the *Park Act* and the *Highways Act* constituted a complete code. If they were a complete code, then there would be no compensation for injurious affection in the case of parks. Why should this be so when there is compensation for injurious affection in the case of highways? The *Lands Clauses Act* filled that gap when read together with the other two statutes. He found, therefore, that all three Acts should be read together to form a complete scheme as to compensation for both expropriation and injurious affection in the case of parks.

It seems to me that the real issue of statutory interpretation is whether you can combine all three statutes in the face of s. 11(c) of the *Park Act* and s. 18(3) of the *Highways Act*. There is no doubt that Mr. Justice Lambert is correct when he says that the *Lands Clauses Act*, if it applies, would permit recovery for injurious affection which in the case of a park would not be permitted if the *Park Act* and the *Highways Act* formed a complete code.

The *Park Act* refers you to the *Highways Act* only if there is an expropriation. If there is an expropriation there can be no doubt that recourse to the *Lands Clauses Act* is prohibited by s. 18(3) of the *Highways Act*. But what if you never get to the *Highways Act* because there is no expropriation, only injurious affection? Can you then move from the *Park Act* directly to the *Lands Clauses Act*?

Mr. Justice Lambert relies on s. 4 of the *Lands Clauses Act* for the answer to that question. He says that by its terms that Act applies "to every undertaking authorized by any Act which authorizes the purchase or taking of lands situate in any part of the Province for such undertaking . . ." It then goes on to provide for the incorporation of the *Lands Clauses Act* into the Act authorizing the purchase or taking. Since the *Park Act* authorizes the purchase or taking of lands, Mr. Justice Lambert reasons, s. 4 of the *Lands Clauses Act* is triggered and that Act provides compensation for injurious affection *simpliciter* even although the

indemnisation pour le préjudice même sans expropriation. Le juge Lambert n'a pas été de l'avis du juge Rae selon lequel la *Park Act* et la *Highways Act* constituent un code complet. Si elles constituaient un code complet, alors il n'y aurait pas d'indemnisation pour le préjudice dans le cas des parcs. Pourquoi en serait-il ainsi alors qu'il y a indemnisation pour le préjudice dans le cas des routes? La *Lands Clauses Act* comble cette lacune quand on l'interprète avec les deux autres lois. Il a donc conclu que les trois lois doivent s'interpréter comme un tout de manière à former un régime complet quant à l'indemnisation en raison et de l'expropriation et du préjudice dans le cas des parcs.

Il me semble que la véritable question d'interprétation législative est de savoir si l'on peut intégrer les trois lois vu l'al. 11c) de la *Park Act* et le par. 18(3) de la *Highways Act*. Il n'y a pas de doute que le juge Lambert a raison de dire que si la *Lands Clauses Act* s'applique, elle permet une indemnisation pour le préjudice qui ne serait pas permise dans le cas d'un parc si la *Park Act* et la *Highways Act* constituent un code complet.

La *Park Act* nous renvoie à la *Highways Act* seulement s'il y a expropriation. S'il y a expropriation il n'y a pas de doute que le recours à la *Lands Clauses Act* est interdit par le par. 18(3) de la *Highways Act*. Qu'en est-il s'il n'y a jamais application de la *Highways Act* parce qu'il n'y a pas d'expropriation, mais seulement un préjudice? Pouvons-nous alors passer directement de la *Park Act* à la *Lands Clauses Act*?

Le juge Lambert invoque l'art. 4 de la *Lands Clauses Act* pour répondre à cette question. Il dit que, de par son texte même, cette loi s'applique [TRADUCTION] «à tous travaux autorisés par une loi qui autorise l'acquisition ou l'appropriation de biens-fonds situés dans la province pour les fins de ces travaux . . .» Elle prévoit ensuite l'intégration de la *Lands Clauses Act* dans la Loi qui autorise l'acquisition ou l'appropriation. Puisque la *Park Act* autorise l'acquisition ou l'appropriation de biens-fonds, le juge Lambert en déduit que l'art. 4 de la *Lands Clauses Act* s'applique et que cette loi prévoit une indemnisation pour le préjudice pur et

*Park Act* itself does not. But is it that simple? Was the *Lands Clauses Act* intended to provide compensation for injurious affection *simpliciter* when the *Park Act* itself deals specifically with expropriation and is silent as to injurious affection? And does the mere authorization in the *Park Act* to purchase or take lands open up the right to compensation under the *Lands Clauses Act* even although no lands are in fact purchased or taken under the *Park Act* pursuant to the authorization? These questions are not easy to answer.

Mr. Justice Lambert's reasoning also seems to be premised on the assumption that there is a general rule in favour of compensation which would be violated if the *Lands Clauses Act* did not apply. He postulates five situations as follows:

- (a) compensation to the owner of land taken;
- (b) compensation to the owner of land not taken but which is severed from land taken from the same owner;
- (c) compensation to the owner of land not taken when other land was taken from the same owner;
- (d) compensation to the owner of land not taken when other land was taken from another owner;
- (e) compensation to the owner of land not taken when no land was taken from any one but the land suffered direct or consequent damage from the work.

He then says:

If there is no expropriation but land is injuriously affected by the park, then the *Ministry of Highways and Public Works Act* does not apply. The question then is whether the *Lands Clauses Act* applies. If it applies it would cover the fifth case that is not otherwise dealt with: injurious affection *simpliciter*. If it does not apply then it would leave that case without any remedy. On its face the *Lands Clauses Act* would apply to the fifth case. Section 4 of the *Lands Clauses Act* governs the application of that Act.

The only remaining question on the general scheme of the legislation is whether, in spite of the wording of s. 4, the *Lands Clauses Act* does not apply because the *Park Act* and the *Ministry of Highways and Public Works Act* are intended to be a complete code in themselves

simple même si la *Park Act* elle-même ne le prévoit pas. Mais, est-ce aussi simple que cela? La *Lands Clauses Act* a-t-elle prévu une indemnisation pour un préjudice pur et simple alors que la *Park Act* elle-même porte expressément sur l'expropriation et est muette sur le préjudice? La simple autorisation dans la *Park Act* d'acquérir ou de s'approprier des biens-fonds donne-t-elle naissance à un droit à indemnité en vertu de la *Lands Clauses Act* même si, dans les faits, il n'y a eu ni acquisition ni appropriation de biens-fonds en vertu de la *Park Act* par application de l'autorisation? Il n'est pas facile de répondre à ces questions.

Le raisonnement du juge Lambert semble aussi fondé sur la présomption qu'il existe une règle générale d'indemnisation qui serait transgressée si la *Lands Clauses Act* ne s'appliquait pas. Il formule les cinq hypothèses suivantes:

- [TRADUCTION] a) l'indemnisation du propriétaire du bien-fonds exproprié;
- b) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié mais séparé d'un bien-fonds exproprié appartenant au même propriétaire;
- c) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'un autre bien-fonds du même propriétaire est exproprié;
- d) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'un autre bien-fonds d'un autre propriétaire est exproprié;
- e) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'aucun bien-fonds n'est exproprié, mais que le bien-fonds a subi des dommages directs ou indirects par suite des travaux.

Il poursuit:

[TRADUCTION] S'il n'y a pas d'expropriation, mais si le parc porte préjudice au bien-fonds, alors la *Ministry of Highways and Public Works Act* ne s'applique pas. Il s'agit alors de savoir si la *Lands Clauses Act* s'applique. Si elle s'applique, elle vise le cinquième cas dont on ne traite pas ailleurs: le préjudice pur et simple. Si elle ne s'applique pas, alors aucun recours n'existe dans ce cas. À première vue, la *Lands Clauses Act* s'appliquerait au cinquième cas. L'article 4 de la *Lands Clauses Act* régit l'application de cette loi.

La seule autre question quant à l'économie générale de la loi est de savoir si, en dépit du texte de l'art. 4, la *Lands Clauses Act* ne s'applique pas parce que la *Park Act* et la *Ministry of Highways and Public Works Act* constituent en elles-mêmes un code complet qui vise

covering all questions of compensation for damage to land as a result of a park. In such a case the *Lands Clauses Act* would be said to be inapplicable by reason of its implied exclusion by the complete code.

And later he says:

The *Park Act* and the *Ministry of Highways and Public Works Act*, when taken together, only cover the first four cases that I have set out above. They do not cover the fifth case. But for Highways, Public Buildings and other Public Works all five cases are covered. Why should there be an exception from the general rule in the case of Parks? I can see no reason. But in any case the only question is whether the two Acts alone constitute a complete code. With this evident lack of completeness I would be reluctant to conclude that they do.

Mr. Justice Lambert then goes on to describe how, because the two Acts “leave a gap”, resort to the *Lands Clauses Act* is required to fill that gap and complete the scheme for the recovery of compensation. If, of course, Mr. Justice Lambert is correct that there is a general rule in favour of compensation which is violated by the “gap” created by the omission to give compensation for injurious affection, then his approach of reading all three statutes together to form the complete scheme is persuasive. However, it seems to me that the general rule is one which favours compensation for expropriation and that it does not extend to injurious affection *simpliciter*.

Where expropriation or injurious affection is authorized by statute the right to compensation must be found in the statute. As Lord Parmoor said in *Sisters of Charity of Rockingham v. The King*, [1922] 2 A.C. 315 (P.C.), at p. 322:

Compensation claims are statutory and depend on statutory provisions. No owner of lands expropriated by statute for public purposes is entitled to compensation, either for the value of land taken, or for damage, on the ground that his land is “injurious affected,” unless he can establish a statutory right.

Where land has been taken the statute will be construed in light of a presumption in favour of compensation (see Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, pp. 32-33) but no such presumption exists in the case of injurious

toutes les questions d'indemnisation pour les dommages causés à des biens-fonds par un parc. Dans un tel cas, la *Lands Clauses Act* serait tenue pour inapplicable parce que le code complet en écarte implicitement l'application.

Il dit encore plus loin:

[TRADUCTION] La *Park Act* et la *Ministry of Highways and Public Works Act*, prises conjointement, ne couvrent que les quatre premiers cas que j'ai énoncés ci-dessus. Elles ne couvrent pas le cinquième cas. Mais pour les routes, les édifices publics et les autres travaux publics, les cinq cas sont visés. Pourquoi y aurait-il exception à la règle générale dans le cas des parcs? Je ne puis voir de motif. De toute façon, la seule question à trancher est de savoir si les deux lois constituent à elles seules un code complet. Devant cette faille évidente, j'ai des réticences à conclure qu'elles en constituent un.

Le juge Lambert poursuit en décrivant comment, parce que les deux lois [TRADUCTION] «laissent une lacune», il faut avoir recours à la *Lands Clauses Act*, pour le combler et parfaire le régime de paiement des indemnités. Bien sûr, si le juge Lambert a raison de dire qu'il existe une règle générale en faveur de l'indemnisation qui est violée par la «lacune» créée par l'omission de réparer le préjudice, alors sa façon d'interpréter les trois lois comme un tout de manière à former un régime complet est convaincante. Toutefois, il me semble que la règle générale favorise l'indemnisation pour expropriation et qu'elle ne s'étend pas au préjudice pur et simple.

Lorsqu'une expropriation ou un préjudice est autorisé par la loi, le droit à l'indemnisation doit y prendre sa source. Comme l'a dit lord Parmoor dans l'arrêt *Sisters of Charity of Rockingham v. The King*, [1922] 2 A.C. 315 (P.C.), à la p. 322:

[TRADUCTION] Les demandes d'indemnisation sont prévues par la loi et en dépendent. Aucun propriétaire foncier exproprié en vertu de la loi pour des fins publiques n'a droit à une indemnisation, soit pour la valeur du bien-fonds exproprié, soit à titre de dommages parce que son bien-fonds a subi un «préjudice», à moins qu'il puisse établir un droit créé par la loi.

Lorsqu'il y a eu appropriation d'un bien-fonds, il faut interpréter la loi à la lumière d'une présomption en faveur de l'indemnisation (voir Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, pp. 32 et 33), mais aucune présomption



affection where no land has been taken (see Todd, *supra*, at pp. 292 *et seq.*; Challies, *The Law of Expropriation* (2nd ed.), pp. 132 *et seq.*) In such a case the right to compensation has been severely circumscribed by the courts (see *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624) and, although the policy considerations reflected in the restrictive approach to recovery for injurious affection *simpliciter* have been seriously questioned (see Todd, "The Mystique of Injurious Affection in the Law of Expropriation" (1967), *U.B.C.L. Rev.—C. de D.* 125), the concern over the indeterminate scope of the liability remains if recovery is permitted for any injury to private land resulting from the non-negligent, authorized acts of public authorities. It would appear, therefore, that Mr. Justice Lambert was in error in finding a "gap" in the legislation which had to be filled and, to the extent that he relied on a presumption in favour of recovery for injurious affection *simpliciter* to get to his result, his reasoning may be viewed as circular. Having said that, it does not follow, of course, that the result he reached is wrong.

One thing seems perfectly clear, namely that the *Park Act* itself contemplates the payment of compensation only in the case of expropriation. Indeed, recourse to the *Highways Act* depends under s. 11(c) on an expropriation having taken place. Section 11(c) of the *Park Act*, in other words, seems to have the effect of negating in the case of a park whatever compensation might be recoverable under the *Highways Act* for injurious affection *simpliciter*. By the same token the *Lands Clauses Act* obviously has very wide application by its own terms and *prima facie* could apply to a park. The question therefore is: can s. 4 of the *Lands Clauses Act* apply in the face of s. 11(c) of the *Park Act* which provides for compensation only in the case of expropriation?

I state this as being the issue in preference to Mr. Justice Lambert's statement of the issue. He sees the issue as being whether compensation for injurious affection is impliedly excluded by the combination of the *Park Act* and the *Highways*

de la sorte n'existe dans le cas du préjudice subi quand il n'y a pas eu appropriation du bien-fonds (voir Todd, précité, aux pp. 292 et suiv.; Challies, *The Law of Expropriation* (2nd ed.), pp. 132 et suiv.) Dans ce cas, le droit à l'indemnisation a été sévèrement circonscrit par les tribunaux (voir *The Queen v. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624) et, même si les considérations de principe reflétées dans la façon restrictive d'aborder la réparation du préjudice en soi ont été sérieusement critiquées (voir Todd, «The Mystique of Injurious Affection in the Law of Expropriation» (1967), *U.B.C.L. Rev.—C. de D.* 125), on continue de s'inquiéter de la portée indéterminée de la responsabilité si la réparation est autorisée pour le préjudice subi par une propriété privée à la suite d'actes autorisés accomplis sans négligence par les autorités publiques. Il semble donc que le juge Lambert a commis une erreur en concluant à une «lacune» dans la loi qu'il fallait corriger, et dans la mesure où il s'est appuyé sur une présomption en faveur de la réparation du préjudice en soi pour en venir à ce résultat, son raisonnement peut être considéré comme tautologique. Ceci dit, il ne s'ensuit pas nécessairement que le résultat auquel il est parvenu soit mauvais.

Une chose semble parfaitement claire: la *Park Act* elle-même ne prévoit le paiement d'une indemnité que dans le cas d'expropriation. Et même, en vertu de l'al. 11c), le recours à la *Highways Act* est conditionnel à l'existence d'une expropriation. En d'autres termes, l'al. 11c) de la *Park Act* semble avoir pour effet d'empêcher, dans le cas d'un parc, le versement en vertu de la *Highways Act* de toute indemnité pour préjudice pur et simple. De même, la *Lands Clauses Act* a une portée manifestement très étendue à cause de ses termes et pourrait, à première vue, s'appliquer à un parc. Il s'agit donc de savoir si l'art. 4 de la *Lands Clauses Act* peut s'appliquer vu l'al. 11c) de la *Park Act* qui ne prévoit d'indemnisation que dans le cas d'expropriation?

Je préfère cette formulation de la question à celle utilisée par le juge Lambert. Selon lui, il s'agit de savoir si la combinaison de la *Park Act* et de la *Highways Act* écarte implicitement l'indemnisation pour le préjudice. Je crois que la *High-*

*Act*. I believe the *Highways Act* is irrelevant where there is no expropriation. It simply does not apply. The question then is whether the *Lands Clauses Act* can be used to supplement the relief given in the *Park Act* by providing compensation where no compensation is available under the *Park Act* itself.

It seems to me that the *Lands Clauses Act* was intended to supplement other statutes and indeed in s. 4 provides for its incorporation into other statutes provided those other statutes authorize the purchase or taking of land for an undertaking. The only ambiguity, in my view, is as to whether the legislature meant what it said. Is it enough that the other statute authorizes the purchase or taking even if no purchase or taking in fact occurs? Or is it implicit in s. 4 of the *Lands Clauses Act* that the power has been exercised and there has been a purchase or taking so as to provide a foundation for the claim to compensation?

I think this ambiguity should be resolved in favour of the claimant. I would therefore find that where there had been no expropriation under s. 11(c) of the *Park Act* so that the *Highways Act*, including s. 18(3), does not apply, s. 4 of the *Lands Clauses Act* by its terms operates to provide compensation for injurious affection in the absence of expropriation. I do not rely for this result on the "gap" theory espoused by Mr. Justice Lambert because I believe the principle on which he founds the theory is "no expropriation without compensation", not "no injurious affection without compensation". I think the vice aimed at is expropriation without compensation. Injurious affection to property frequently goes uncompensated; zoning is perhaps the commonest example.

#### (d) Expropriation or Injurious Affection

Although compensation may be available to the respondents whether their interest has been expropriated or merely injuriously affected, the questions posed in the special case require a determination as to which we have in this case. The procedure and *quantum* may also differ depending upon the proper analysis.

*ways Act* est hors de cause lorsqu'il n'y a pas d'expropriation. Elle ne s'applique tout simplement pas. Il s'agit donc de savoir si la *Lands Clauses Act* peut servir à compléter le redressement accordé par la *Park Act* en accordant une indemnité lorsque la *Park Act* elle-même n'en prévoit pas.

Il me semble qu'on a voulu que la *Lands Clauses Act* complète d'autres lois et l'art. 4 prévoit d'ailleurs son intégration dans d'autres lois pourvu que ces autres lois autorisent l'acquisition ou l'appropriation de biens-fonds en prévision de travaux. La seule ambiguïté, à mon sens, est de savoir si le législateur a voulu dire ce qu'il a dit. Suffit-il que l'autre loi autorise l'acquisition ou l'appropriation même si en réalité il n'y a ni acquisition ni appropriation? Ou l'art. 4 de la *Lands Clauses Act* dit-il implicitement qu'il faut qu'il y ait eu exercice du pouvoir et acquisition ou appropriation pour fonder une demande d'indemnité?

Je crois qu'il faut trancher l'ambiguïté en faveur du demandeur. Je conclus donc que, en l'absence d'expropriation conformément à l'al. 11(c) de la *Park Act*, la *Highways Act*, notamment le par. 18(3), ne s'applique pas et que l'art. 4 de la *Lands Clauses Act*, selon ses termes mêmes, s'applique pour permettre la réparation du préjudice en l'absence d'expropriation. Pour arriver à ce résultat, je n'ai pas recours à la théorie de la «lacune» adoptée par le juge Lambert parce que je crois que le principe sur lequel il a fondé la théorie est «pas d'expropriation sans indemnisation», et non «pas de préjudice sans indemnisation». Je crois que l'injustice visée est l'expropriation sans indemnisation. Souvent il n'y a pas d'indemnisation pour le préjudice subi par un bien-fonds. Le zonage est probablement l'exemple le plus courant.

#### d) Expropriation ou préjudice?

Bien que les intimés puissent avoir droit à une indemnité que leur droit ait été exproprié ou qu'il ait simplement subi un préjudice, les questions posées dans l'exposé de cause spécial exigent que nous déterminions duquel il s'agit en l'espèce. La procédure et l'indemnité peuvent aussi être différentes selon le cas.

In my view, this is a case of expropriation under s. 11(c) of the *Park Act* to which the *Highways Act* applies. I reach this conclusion on the basis that the absolute denial of the right to go on the land and sever the minerals so as to make them their own deprives the respondents of their profit à prendre. Their interest is nothing without the right to exploit it. The minerals *in situ* do not belong to them. Severance and the right of severance is of the essence of their interest.

The main thrust of the Crown's argument is that regulation and expropriation are two different things and that what we have here is simply regulation. The Crown has support for this submission in the reasons of the learned trial judge who analogized the refusal of the permit to the down-zoning of property; both may cause loss in the form of devaluation of the property but neither results in an expropriation or gives a right to claim compensation.

The Crown submits further that because the interest conveyed to the respondents was made subject to "the laws for the time being in force respecting mineral claims" they purchased their interest knowing that their surface rights could be subjected to any other use the Crown might wish to make of them. The only way, the Crown submits, that the respondents could have protected themselves against the risk that their right of access would be defeated would have been to purchase the surface rights outright.

With respect, I think these submissions proceed from a fundamental misunderstanding of the nature of the respondents' interest. While the grant or refusal of a licence or permit may constitute mere regulation in some instances, it cannot be viewed as mere regulation when it has the effect of defeating the respondents' entire interest in the land. Without access the respondents cannot enjoy the mineral claims granted to them in the only way they can be enjoyed, namely by the exploitation of the minerals. It is, in my opinion, no answer to say that they should have purchased the whole of the surface rights; the only consequence of that would

À mon avis, il s'agit d'une expropriation conformément à l'al. 11c) de la *Park Act* à laquelle la *Highways Act* s'applique. J'arrive à cette solution parce que la négation absolue du droit d'accéder au bien-fonds et d'extraire les minéraux pour se les approprier a eu comme conséquence de déposséder les intimés de leur droit d'extraction. Leur droit est sans objet s'ils ne peuvent l'exploiter. Les minéraux sur place ne leur appartiennent pas. L'extraction et le droit de procéder à l'extraction sont de l'essence de leur droit réel.

Le point central de l'argument de Sa Majesté est qu'un règlement et une expropriation sont deux choses différentes et qu'en l'espèce il s'agit seulement d'un règlement. Sa Majesté trouve un appui à cet argument dans les motifs du savant juge de première instance qui fait une analogie entre le refus d'accorder le permis et le changement de zonage d'un bien-fonds; tous les deux peuvent causer une perte sous forme de dévaluation du bien-fonds, mais aucun n'entraîne une expropriation ni ne donne le droit de réclamer une indemnité.

Sa Majesté ajoute que puisque le droit cédé aux intimés était assujéti [TRADUCTION] «aux lois actuellement en vigueur relativement aux claims miniers», ils l'ont acheté en sachant que leurs droits de superficie pouvaient être assujétiés à tout autre usage que Sa Majesté pouvait désirer en faire. Selon Sa Majesté, la seule chose qui aurait permis aux intimés de se protéger contre le risque que leur droit d'accès disparaisse aurait été d'acquiescer à la pleine propriété des droits de superficie.

Avec égards, j'estime que ces arguments découlent d'une incompréhension fondamentale de la nature du droit des intimés. Même si le fait d'accorder ou de refuser une licence ou un permis peut constituer un simple règlement dans certains cas, on ne peut le considérer comme tel lorsqu'il a pour effet de faire disparaître en totalité le droit des intimés sur le bien-fonds. Sans accès, les intimés ne peuvent pas jouir des claims miniers qu'on leur a concédés, de la seule façon possible, savoir l'exploitation des minéraux. À mon avis, on ne résoud rien en disant qu'ils auraient dû acheter l'ensemble des droits de superficie; la seule conséquence serait

be a greater expropriation. The reality is that the respondents now have no access to their claims, no ability to develop and realize on them and no ability to sell them to anyone else. They are effectively beyond their reach. They are worthless.

Counsel for the Crown submits, however, that in order to show an expropriation it is not enough to show that what the Crown did prevented the respondents from realizing on their interest or rendered it worthless. It must be shown that the Crown has appropriated their interest to itself, that the interest which previously belonged to the respondents now belongs to the Crown. According to the Crown, while the respondents may have been denied the use of their surface rights in order to realize on their mineral claims, the Crown has not acquired the minerals encompassed by their claims nor has it acquired the surface rights ancillary to those claims. It seems to me that this Court's decision in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, is a complete answer to that submission.

In *Manitoba Fisheries* the plaintiff had over a period of forty years built up a profitable fish exporting business with a loyal clientele. In 1969 the federal government enacted the *Freshwater Fish Marketing Act*, R.S.C. 1970, c. F-13, giving a Crown corporation the exclusive right to engage in interprovincial fish marketing. This put the plaintiff out of business and it sued for compensation. It was argued by the Crown that, while the new legislation deprived the plaintiff of its goodwill in its business, it did not have the effect of transferring that goodwill to the Crown corporation. Accordingly, there had been no "taking" or expropriation of the plaintiff's property. This Court held that since the effect of the legislation was that the customers of the plaintiff could no longer do business with the plaintiff but were required to do business with the Crown corporation, the plaintiff's property interest in its goodwill was acquired by the Crown corporation.

As pointed out earlier in connection with the nature of a profit à prendre and the means of its extinguishment, the owner of the fee cannot in law

une expropriation plus importante. Maintenant, la réalité pour les intimés est qu'ils n'ont pas d'accès à leurs claims, aucune possibilité de les mettre en valeur ou d'en tirer des profits ni de les vendre à qui que ce soit. Ils sont effectivement hors de leur portée. Ils ne valent plus rien.

L'avocat de Sa Majesté soutient cependant que pour prouver l'expropriation, il ne suffit pas de prouver que Sa Majesté a empêché les intimés de tirer profit de leur droit ou qu'elle l'a privé de sa valeur. Il faut prouver qu'elle s'est appropriée leur droit, que le droit qui appartenait avant aux intimés appartient maintenant à Sa Majesté. Selon Sa Majesté, bien qu'on ait pu refusé aux intimés la possibilité d'utiliser leurs droits de superficie pour tirer profit de leurs claims miniers, Sa Majesté n'a pas acquis les minéraux visés par leurs claims ni les droits de superficie accessoires à ceux-ci. Il me semble que l'arrêt de cette Cour *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, constitue une réponse complète à cet argument.

Dans l'affaire *Manitoba Fisheries*, la demanderesse avait constitué pendant plus de 40 ans une entreprise d'exportation de poisson très rentable avec une clientèle fidèle. En 1969, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, S.R.C. 1970, chap. F-13, qui accordait à un office fédéral le droit exclusif de faire le commerce interprovincial du poisson. La demanderesse a dû cesser toutes activités et elle a intenté une action en dommages-intérêts. Sa Majesté a fait valoir que même si la nouvelle loi privait la demanderesse de son achalandage, elle n'avait pas pour effet de le transférer à l'office fédéral. Par conséquent, ce dernier n'avait pas «pris» ni exproprié le bien de la demanderesse. Cette Cour a décidé que puisque, de par l'effet de la Loi, les clients de la demanderesse ne pouvaient plus faire affaire avec elle mais étaient obligés de faire affaire avec l'office fédéral, le droit de propriété de la demanderesse sur son achalandage avait été acquis par l'office fédéral.

Comme je l'ai signalé plus tôt relativement à la nature d'un droit d'extraction et à ses formes d'extinction, le titulaire de la propriété absolue

hold a profit à prendre in his own land. This, however, does not mean that the acquisition of an outstanding profit à prendre held by someone else does not enure to his benefit. By depriving the holder of the profit of his interest—his right to go on the land for the purpose of severing the minerals and making them his own—the owner of the fee has effectively removed the encumbrance from its land. It would, in my view, be quite unconscionable to say that this cannot constitute an expropriation in some technical, legalistic sense. Indeed, this case seems stronger than *Manitoba Fisheries* inasmuch as the doctrine of merger would appear to operate so as to make the respondents' loss the appellant's gain. Moreover, what in effect has happened here is the derogation by the Crown from its grant of the mineral claims to the respondents' predecessors in title. It may be a lawful derogation pursuant to statutory authority but it is nonetheless a derogation of the most radical kind, one which, because of the nature of the interest initially granted, amounts to a total denial of that interest. In my view, that constitutes an expropriation. Indeed, I believe it is quite unreal to characterize it as merely injurious affection.

For the reasons given I would dismiss the appeal with costs although my answers to the questions stated in the special case differ from those of the Court of Appeal.

I would answer the first question in the negative. I would answer the second question in the affirmative. As to the third question, it follows that compensation is payable under the *Ministry of Highways and Public Works Act* in accordance with the dictates of that statute. No argument was addressed to us on the fourth question.

If the respondents pursue their claim to compensation and receive such compensation under the *Ministry of Highways and Public Works Act*, then it is right and proper and in the public interest that they provide the appellant with an appropriate release of their interest and I would so order.

détient un droit d'extraction sur son propre bien-fonds. Cela ne signifie cependant pas qu'il ne peut pas tirer profit de l'achat d'un droit d'extraction à exploiter détenu par un tiers. En privant le titulaire de son droit d'extraction, c.-à-d. de son droit d'accéder au bien-fonds dans le but de retirer les minéraux et de se les approprier, le propriétaire du bien-fonds a effectivement libéré son bien-fonds de la charge qui le grevait. Il serait, à mon sens, tout à fait injuste de dire que cela ne peut constituer une expropriation dans un sens formaliste ou legaliste. Cette affaire semble encore mieux fondée que celle de *Manitoba Fisheries* dans la mesure où le principe de la confusion fait de la perte des intimés un gain pour l'appelante. En outre ce qui s'est produit en l'espèce constitue une dérogation de Sa Majesté à la concession des claims miniers qu'elle avait consentie aux auteurs en titre des intimés. Ce peut être une dérogation permise par les textes de loi, mais c'est néanmoins une dérogation des plus radicales, une dérogation qui, à cause de la nature du droit initialement concédé, équivaut à une négation absolue de ce droit. À mon avis, cela constitue une expropriation. Je crois même qu'il est tout à fait irréaliste de la qualifier de simple préjudice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens même si mes réponses aux questions formulées dans l'exposé de cause diffèrent des réponses données par la Cour d'appel.

Je suis d'avis de répondre à la première question par la négative et de répondre à la deuxième par l'affirmative. Quant à la troisième question, il s'ensuit que l'indemnité est payable en vertu de la *Ministry of Highways and Public Works Act* conformément aux dispositions de cette loi. La quatrième question n'a pas été plaidée devant nous.

Si les intimés poursuivent leur demande d'indemnité et en reçoivent une en vertu de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, il est alors juste, équitable et dans l'intérêt public qu'ils accordent à l'appelante une cession appropriée de leur intérêt et j'en ordonne ainsi.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my colleague Wilson J. I agree, with respect, with the outcome as to compensation for the respondents but because I get to that result by such a different route, I should set out shortly my reasoning.

The legal story begins, in my view of this matter, on July 8, 1937 when the Province of British Columbia, under the *Mineral Act* as it then stood, granted to the respondents' predecessors in title an interest in fee simple in the lands now in dispute. This grant reads in part:

Know ye that we do by these presents . . . in consideration of the fulfilment of the conditions of the laws providing for the acquisition of minerals . . . give and grant unto WESTERN INVESTMENTS LIMITED [predecessor in title to the respondents] its successors and assigns, all minerals . . . under that Parcel or Lot of Land situate in [description] . . . and the right to the use and possession of the surface of such mineral claim . . . for the purpose of winning and getting from and out of such claim the minerals contained therein, including all operations connected therewith or with the business of mining.

The grant included a version of the *habendum* clause:

To have and to hold the same unto the said WESTERN INVESTMENTS LIMITED its successors and assigns for ever.

PROVIDED that the grant hereby made shall be subject to the laws for the time being in force respecting mineral claims.

PROVIDED also that no right to the use or possession of any travelled streets, roads, trails, and other highways existing over or through said lands at the date hereof shall pass by this grant.

(Emphasis added.)

The grant was subject to the further proviso that the Crown could employ not more than one-twentieth of the surface for the making of "roads, canals, bridges, towing-paths, or other works of public utility or convenience . . ."

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement de ma collègue le juge Wilson. Avec égards, je souscris au résultat quant à l'indemnisation en faveur des intimés, mais comme j'arrive à ce résultat par un cheminement tellement différent, je dois énoncer mon raisonnement succinctement.

Selon ma façon de voir cette affaire, l'histoire juridique a débuté le 8 juillet 1937 lorsque la province de la Colombie-Britannique a concédé, en vertu de la *Mineral Act*, dans sa rédaction d'alors, aux auteurs en titre des intimés un droit dans la propriété absolue des biens-fonds en cause. Cette concession est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] Sachez que nous avons, par les présentes . . . en considération de l'accomplissement des conditions prévues dans les lois concernant l'acquisition des minéraux . . . donné et concédé à WESTERN INVESTMENTS LIMITED [auteur en titre des intimés] ses successeurs et ayants droit tous les minéraux . . . situés sous le bien-fonds ou terrain situé à [désignation] . . . et le droit d'utiliser et de posséder la surface dudit claim minier . . . aux fins d'extraire dudit claim les minéraux qui y sont contenus, notamment d'y faire toutes les opérations reliées audit claim ou à l'exploitation minière.

La concession comporte la version suivante de la clause *habendum*:

[TRADUCTION] Et ladite WESTERN INVESTMENTS LIMITED, ses successeurs et ayants droit sera propriétaire dudit bien et en jouira à perpétuité.

SOUS RÉSERVE que la présente concession soit assujettie aux lois actuellement en vigueur relativement aux claims miniers.

SOUS RÉSERVE de plus que la présente concession ne comporte aucun usage ou possession des rues, chemins ou pistes utilisés et des autres routes parcourant ou traversant lesdits biens-fonds à la date des présentes.

(C'est moi qui souligne.)

La concession était assujettie à la restriction supplémentaire que sa Majesté ne pourrait utiliser plus d'un vingtième de la superficie des biens-fonds pour construire des [TRADUCTION] «routes, canaux, ponts, chemins de halage, ou d'autres travaux d'utilité publique . . .»

It would appear that the respondents acquired these lands, or interest in these lands, by conveyance from the original grantees or successors in title and that prior to the grant having been issued, the underlying mining claims had been brought to the stage of patent or grant either by a payment being made to the Crown or by the completion of obligations to do exploration or development work, sometimes called assessment work, on these lands. There would appear to be no further obligation of this kind arising in the landholder under this grant or any applicable legislation except an obligation to pay taxes under the *Mineral Land Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 260. Supporting legislation for this grant would appear to be found in several places in statutes of the province, including s. 3 of the *Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, c. 187, now s. 2 of the *Mining Right of Way Act*, R.S.B.C. 1979, c. 266. This section makes provision for the "holder of a mining property" to acquire a right-of-way across any land which may be necessary for the development of "his mining property". Thus the grantees under the 1937 grant received a grant of all minerals in the lands with the right to remove same. The restrictions referred to in the grant were clearly a reference to any regulations *qua* minerals and the exploitation of minerals. It can hardly be (and it was not) argued that the proviso in the grant authorized a compulsory taking without compensation for purposes unrelated to the regulation of the mining of the respondents' minerals.

After this grant of title to minerals was issued, the Wells Gray Provincial Park was established in 1939 under the *Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, c. 211, by order in council, which park included these lands. Thereafter, some mining exploration and development work was permitted and performed.

Some thirty years after the respondents' predecessors in title acquired the title in these minerals from the Crown, *supra*, the legislature enacted the

Il semble que les intimés ont acquis ces biens-fonds, ou droits dans ces biens-fonds par cession de la part des concessionnaires originaux ou de leurs successeurs en titre et que, avant la délivrance de la concession, les claims miniers visés avaient été amenés à l'étape des lettres patentes ou de la concession, soit par le paiement d'une somme à Sa Majesté soit par l'exécution des travaux obligatoires d'exploration ou d'aménagement, parfois appelés travaux d'évaluation, sur ces biens-fonds. Il semble que le propriétaire n'a plus d'autre obligation de ce genre en vertu de cette concession ou de quelque autre loi, sauf celle de payer les taxes prévues à la *Mineral Land Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 260. Les dispositions applicables à cette concession paraissent provenir de différentes lois de la province, dont l'art. 3 de la *Mines Right-of-way Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 187, devenu depuis l'art. 2 de la *Mining Right of Way Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 266. Cet article prévoit que le détenteur d'une propriété minière peut acquérir un droit de passage sur tous les biens-fonds où il faut qu'il passe pour aménager sa propriété minière. Donc, les concessionnaires, aux termes de la concession de 1937, ont reçu, à titre de concession, tous les minéraux contenus dans les biens-fonds et le droit de les extraire. Les restrictions mentionnées dans la concession renvoient manifestement à des règlements visant les minéraux comme tels et leur exploitation. On peut difficilement soutenir, personne ne l'a fait d'ailleurs, que la restriction que contient la concession autorise l'appropriation forcée sans indemnisation pour des fins sans rapport avec la réglementation de l'extraction des minéraux appartenant aux intimés.

Le parc provincial Wells Gray a été créé en 1939, après l'octroi de la propriété des minéraux, par décret pris en vertu de la *Provincial Parks Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 211. Le parc englobait ces biens-fonds. Par la suite, on a autorisé et effectué certains travaux d'exploration et d'exploitation minières.

Environ trente ans après que les auteurs en titre des intimés eurent acquis de Sa Majesté le droit à ces minéraux, la législature a adopté la *Park Act*,

*Park Act*, 1965 (B.C.), c. 31 (now R.S.B.C. 1979, c. 309), s. 18 of which provides:

18. Except as may be authorized by a valid and subsisting park use permit, no person shall

(c) exercise in a park any right under the *Mineral Act*, the *Placermining Act*, the *Coal Act*, or the *Petroleum and Natural Gas Act*, 1965; . . .

Finally, in 1973, by an amendment to the *Mineral Act* (1973 (B.C.), c. 52), s. 12(1a) was added to the *Mineral Act*:

12. . . .

(1a) Notwithstanding any Act, agreement, free miner's certificate, mineral claim, lease, or licence, no person shall explore for or develop minerals within the boundaries of any park created under or pursuant to any Provincial Act unless such exploration and development has been authorized by the Lieutenant-Governor in Council on the recommendation of the person, corporation, or government that is responsible for the park.

Again another development occurred in 1973 when by the *Park (Amendment) Act*, 1973 (B.C.), c. 67, s. 3, the Wells Gray Provincial Park was designated a Class A park. By virtue of s. 9(1) of the *Park Act*, *supra*, the effect of this designation was to require that no exploitation of any natural resource shall take place in the park except as authorized by permit which shall not be issued "unless, in the opinion of the Minister, issuance [of the permit] is necessary to the preservation or maintenance of the recreational values of the park involved". Subsection (2) of s. 9 provides:

9. . . .

(2) No natural resource within a park of any class shall be granted, sold, removed, destroyed, disturbed, damaged, or exploited unless, in the opinion of the Minister, the development, improvement, and use of the park in accordance with subsection (3) of section 12 will not thereby be hindered.

This represented a further and serious restriction on the rights of persons in the position of the respondent to obtain a permit for the development of their properties within the park. The crescendo of action, legislative and executive, under the *Parks Act* and the *Mineral Act*, reflected the

1965 (C.-B.), chap. 31 (devenue depuis R.S.B.C. 1979, chap. 309), dont l'art. 18 dispose:

[TRADUCTION] 18. Personne ne peut, sauf s'il détient un permis d'utilisation de parc valide et non périmé,

c) exercer un droit quelconque dans un parc en vertu de la *Mineral Act*, de la *Placermining Act*, de la *Coal Act*, ou de la *Petroleum and Natural Gas Act*, 1965 . . .

Enfin, en 1973, par une modification de la *Mineral Act* (1973 (C.-B.), chap. 52), le par. 12(1a) a été ajouté à la *Mineral Act*:

[TRADUCTION] 12. . . .

(1a) Nonobstant toute loi, convention, certificat d'exploitation, claim minier, bail ou licence, nul ne peut procéder à l'exploration ou à l'exploitation de minéraux à l'intérieur des limites d'un parc créé en vertu d'une loi provinciale à moins que cette exploration ou exploitation n'ait été autorisée par le lieutenant-gouverneur en conseil sur recommandation de la personne, société ou gouvernement de qui relève le parc.

Il s'est produit un autre événement en 1973 lorsque, par l'art. 3 de la *Park (Amendment) Act*, 1973 (C.-B.), chap. 67, le parc provincial Wells Gray a été désigné comme un parc de classe A. En vertu du par. 9(1) de la *Park Act*, précitée, cette désignation a eu pour effet d'interdire l'exploitation de toute ressource minérale dans le parc sauf si elle était autorisée en vertu d'un permis qui ne serait pas délivré [TRADUCTION] «à moins que, de l'avis du Ministre, la délivrance [du permis] ne soit nécessaire à la préservation et au maintien de la valeur récréative du parc en cause». Le paragraphe 9(2) prévoit:

[TRADUCTION] 9. . . .

(2) Il ne sera ni concédé, ni vendu, ni enlevé, ni détruit, ni modifié, ni endommagé, ni exploité, aucune ressource naturelle dans un parc de quelque classe que ce soit à moins que, de l'avis du Ministre, cela ne gêne pas l'aménagement, l'amélioration et l'utilisation du parc conformément au paragraphe (3) de l'article 12.

Cela représentait une autre restriction importante aux droits des personnes qui sont dans la même situation que les intimés d'obtenir un permis d'exploitation de leur propriété située à l'intérieur du parc. La série de mesures prises par les pouvoirs législatif et exécutif en vertu de la *Parks Act* et de



growing development of the Wells Gray Provincial Park as a community resource, and its rise in significance in the recreational program of the government.

There are elaborate and complex provisions relating to expropriation and compensation processes in the provincial legislation. The *Lands Clauses Act*, as well as the *Ministry of Highways and Public Works Act*, *infra*, for example, provide for the settlement of compensation to which any person is entitled in respect of any land or interest therein which has been taken or injuriously affected by the execution of any works. That an interest in minerals is an interest in land is not contested. *Harrison v. Mobbs* (1908), 12 O.W.R. 465 (Ont. C.A.), *Nicholson v. Williscroft* (S.C.C.) and *Nicholson v. Mustard* (Alta. C.A.), both at [1921] 3 W.W.R. 890. Expropriation or compulsory taking occurs if the Crown or a public authority acquires from the owner an interest in property. Difficulty in computing the value of the interest taken is not relevant to either the right to compensation or indeed the determination of the interest so taken.

Two questions at once arise:

- (a) What right did the respondents lose and what interest did the government acquire; and,
- (b) If such compulsory taking has occurred, when did it take place?

The Crown at minimum acquired a negative right not to compensate the respondents for future mineral development by forestalling any such development. In a positive sense, the Crown, by preventing the respondents from exercising their right to development of these mineral lands, has taken another step in the establishment of Wells Gray Provincial Park as contemplated by the terms of the *Park Act*. The first step was taken pursuant to the order issued by the Lieutenant Governor in Council under s. 2 of the then *Provincial Parks Act* by which action the park came into being. When so established, the park contained at least one element of continuing ownership by members

la *Mineral Act*, découlait de l'aménagement progressif du parc provincial Wells Gray à titre de ressource de la collectivité et de l'augmentation de son importance dans le programme récréatif du gouvernement.

Les dispositions de la législation provinciale régissant les procédures d'expropriation et d'indemnisation sont nombreuses et complexes. La *Lands Clauses Act*, de même que la *Ministry of Highways and Public Works Act*, *infra*, par exemple, régissent la détermination de l'indemnité à laquelle une personne a droit à l'égard de tout bien-fonds ou droit dans celui-ci qui a fait l'objet d'une appropriation ou dont la valeur a été diminuée par l'exécution de travaux. Il n'est pas contesté qu'un droit dans des minéraux soit un droit réel immobilier. *Harrison v. Mobbs* (1908), 12 O.W.R. 465 (C.A. Ont.), *Nicholson v. Williscroft* (C.S.C.) et *Nicholson v. Mustard* (C.A. Alb.), tous deux publiés à [1921] 3 W.W.R. 890. Il y a expropriation ou appropriation forcée si Sa Majesté ou un organisme public acquiert un droit que possède le propriétaire dans un bien. La difficulté d'établir la valeur du droit enlevé n'a pas de conséquence sur le droit à l'indemnité, ni d'ailleurs la détermination du droit ainsi enlevé.

Deux questions se posent dès le début:

- a) quel droit les intimés ont-ils perdu et quel droit le gouvernement a-t-il acquis? et
- b) s'il y a effectivement eu appropriation forcée, quand a-t-elle eu lieu?

Par la disposition qui rend tout aménagement impossible, Sa Majesté a au moins acquis un droit négatif, celui de ne pas indemniser les intimés pour les aménagements futurs de la propriété minière. De façon positive, en empêchant les intimés d'exercer leurs droits d'aménager ces propriétés minières, Sa Majesté a franchi une autre étape dans la création du parc provincial Wells Gray conformément aux dispositions de la *Park Act*. La première étape avait été franchie par la publication du décret du lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de l'art. 2 de la *Provincial Parks Act*, alors en vigueur, qui créait le parc. Au moment de sa création, des membres du public (les intimés) con-

of the public (the respondents). Axiomatically this outstanding interest must subsequently have been considered by the Government to be inimical to the new park and to its development to the full status of provincial park under the *Park Act*. The Crown eventually reacted to the presence of this outstanding property interest by issuing the notice to the respondents on January 24, 1978 denying the respondents a permit to conduct development work on their land.

The merit of the "works" undertaken by the government of the province under the *Park Act* is not for assessment by anyone other than the provincial executive. So long as the action taken in the formation of the park conforms to the statute it is not a proper subject of judicial review or comment. This kind of legislative and executive action finds its counterpart in many community developments. Sometimes the action taken leads to a right to compensation and sometimes it does not. That question is to be resolved according to the applicable statutes adopted by the legislature. Zoning illustrates the process. Ordinarily, in this country, the United States and the United Kingdom, compensation does not follow zoning either up or down. However, it has been said, at least in some courts of the United States, that a taker may not, through the device of zoning, depress the value of property as a prelude to compulsory taking of the property for a public purpose. See Nichols, *The Law of Eminent Domain* (revised 3rd ed. 1973), vol. 4, p. 12-627, paragraph 12.322, and the authorities there examined. The same principle was applied in this country as long ago as 1913 by the Court of Appeal of Ontario in *Re Gibson and City of Toronto* (1913), 28 O.L.R. 20, where Hodgins J.A., stated, at p. 28:

It is, of course, accepted law that the value of the land to the expropriating body cannot be included as an element in the compensation. But, on the other hand, that authority ought not to be able, by the exercise of its other powers immediately prior to the taking, to reduce the value of what it seeks and intends to acquire and of which it is contemplating expropriation.

On that occasion, the city, one year before taking seventeen feet off the front of the owner's land for

tinuaient d'avoir un élément de propriété dans le parc. Il est évident que le gouvernement doit avoir considéré ces droits existants comme défavorables au nouveau parc et à son aménagement en tant que parc provincial complet en vertu de la *Park Act*. Sa Majesté a finalement agi à l'égard de ce droit de propriété existant en délivrant aux intimés l'avis du 24 janvier 1978 par lequel elle leur refusait un permis d'exécuter des travaux d'aménagement sur leur bien-fonds.

Le bien-fondé des «travaux» entrepris par le gouvernement de la province en vertu de la *Park Act* ne relève de l'appréciation de personne d'autre que de celle de l'exécutif de la province. Pour autant que les actes faits pour créer le parc sont conformes à la Loi, ils ne peuvent faire l'objet d'un examen judiciaire ou de commentaires des tribunaux. Ce genre d'action du législatif et de l'exécutif a son équivalent dans beaucoup d'aménagements sociaux. Parfois l'action entreprise donne naissance à un droit à indemnisation, parfois non. Il faut trancher la question selon les lois applicables adoptées par le législateur. Le zonage est un exemple de ce procédé. Normalement, au pays, aux États-Unis et au Royaume-Uni, le zonage ou le changement de zonage ne donne pas lieu à indemnisation. Il a cependant été décidé, au moins par certains tribunaux des États-Unis, que l'expropriation ne peut pas, par le recours au zonage, diminuer la valeur d'une propriété en prévision de son appropriation forcée à des fins publiques. Voir Nichols, *The Law of Eminent Domain* (revised 3rd ed. 1973), vol. 4, p. 12-627, paragraphe 12.322, et les sources qu'il y cite. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué le même principe dans ce pays, dès 1913, dans l'arrêt *Re Gibson and City of Toronto* (1913), 28 O.L.R. 20, où le juge Hodgins, qui a rédigé l'arrêt dit, à la p. 28:

[TRADUCTION] Le droit reconnaît, et cela va de soi, que la valeur que représente le terrain aux yeux de la partie expropriante ne peut être prise en considération pour fixer l'indemnité. D'autre part, cet organisme public ne devrait pas, en exerçant ses autres pouvoirs immédiatement avant la prise de possession, pouvoir réduire la valeur de ce qu'il cherche à s'approprier et qu'il projette d'exproprier.

À cette occasion, la ville avait, un an avant d'exproprier dix-sept pieds de la façade du bien-fonds

street widening, enacted a by-law which deprived the owner of the advantage of erecting buildings on this seventeen-foot strip. The arbitrator, in determining value of the land so taken, considered that he was precluded from taking into account in computing compensation the damage suffered by the owner in the previous year when the restrictive by-law was adopted. The Court of Appeal held otherwise. It should be noted that in the valuation process, either party was declared free to introduce evidence on the likelihood or otherwise of the restrictive policy being altered in the future. To the same effect as regards compensation, see *Royal Trust Co. v. City of Montreal* (1918), 57 S.C.R. 352. This latter consideration, however, goes to *quantum* of compensation and not to whether or not the effect of the by-law was itself a taking of an interest or a part of an interest in land.

As stated above, the initial question, of course, is, did the expropriation occur here, and if so, when? I return to Hodgins J.A. in *Re Gibson*, *supra*, for a starting point. At page 28 His Lordship referred to the opening move by the City in prohibiting any building on the frontage:

... it is asserted, by-law 5545 was passed to prevent buildings being erected on the seventeen-foot strip . . . . If that was its sole purpose, then, I think, it became part of the general scheme and should be so treated. If it is not part of the expropriating machinery as such, it is part of the plan adopted, of which it and the valuation of the lands by arbitration were essential factors. I see difficulties in the way of holding that by-law No. 5545 should be treated as part of the expropriation proceedings. But in this case it makes little difference in the result.

Spence J. in this Court, in *Kramer v. Wascana Centre Authority*, [1967] S.C.R. 237, quoted the comments of Hodgins J.A. above with apparent approval and added, at p. 243:

In considering whether the doctrine outlined by Hodgins J.A., applies to the circumstances of this case, one must keep in mind that in order to be found to be part of the expropriating machinery one does not need to deter-

du propriétaire pour élargir la rue, adopté un règlement qui enlevait au propriétaire la possibilité d'ériger des bâtiments sur cette lisière de dix-sept pieds. En déterminant la valeur du bien-fonds exproprié, l'arbitre a considéré qu'il ne pouvait tenir compte, dans le calcul de l'indemnité, des dommages subis par le propriétaire l'année précédente en raison de l'adoption du règlement restrictif. La Cour d'appel a conclu le contraire. Il y a lieu de souligner que, dans le processus d'évaluation, l'une et l'autre partie ont été admises à présenter des éléments de preuve quant à la probabilité de modification future de la politique restrictive. Dans le même sens en ce qui a trait à l'indemnisation, voir *Royal Trust Co. v. City of Montreal* (1918), 57 R.C.S. 352. Ce point de vue vise cependant le montant de l'indemnité et non la question de savoir si la conséquence même du règlement était une appropriation d'un droit total ou partiel dans un bien-fonds.

Comme je l'ai déjà mentionné, la première question est, bien sûr, de savoir s'il y a expropriation en l'espèce et, dans l'affirmative, quand elle a eu lieu. Je reviens aux motifs du juge Hodgins dans *Re Gibson*, précité, comme point de départ. À la page 28, le juge a dit à propos du premier acte de la ville visant à interdire toute construction en bordure de la rue:

[TRADUCTION] . . . on soutient que le règlement 5545 a été adopté pour empêcher l'érection de bâtiments sur la lisière de dix-sept pieds . . . Si c'était là son seul but, alors je crois qu'il devient partie du processus global et doit être considéré de la sorte. S'il ne fait pas partie du mécanisme d'expropriation comme tel, il appartient au plan adopté, dont il est un des éléments essentiels avec l'évaluation des biens-fonds par arbitrage. J'hésite à conclure que le règlement 5545 devrait être considéré comme faisant partie des procédures d'expropriation. Cependant, en l'espèce, ça ne change pas beaucoup le résultat.

Dans l'arrêt de cette Cour *Kramer v. Wascana Centre Authority*, [1967] R.C.S. 237, le juge Spence a cité l'opinion du juge Hodgins qu'il semble approuver et il a ajouté à la p. 243:

[TRADUCTION] Pour déterminer si la doctrine énoncée par le juge Hodgins s'applique aux circonstances de l'espèce, il faut se rappeler que, pour décider que les règlements limitatifs font partie du processus d'expro-

mine that the limiting by-laws were in any sense the result of a fraudulent conspiracy to deprive the owner of an award to which he was entitled.

The Court concluded that the restrictive municipal actions were simply a step "in the setting up of the ... [public park and provincial centre there in issue] and the acquisition by the Wascana Centre Authority of the lands in question", *per* Spence J. at p. 246.

These authorities, however, do not deal squarely with the determination of the question as to whether an expropriation has occurred in the circumstances arising in this appeal, and if so, at what time did it do so. In the cases cited, the public authorities, as part of the acquisition process, formally invoked the expropriation legislation. Here, the notice, *supra*, while inviting some response by the respondents on the question of compensation, neither formally invoked the machinery of compulsory taking nor in precise terms invited a formal claim from the respondents. However, the long-standing presumption of a right to compensation must be remembered. As Lord Atkinson stated in *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508, at p. 542, "unless the words of the statute clearly so demand, a statute is not to be construed so as to take away the property of a subject without compensation".

The statutory pattern here, as I have said, is complex. The *Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, c. 181, does not contain any machinery for the public acquisition of granted rights. Sections 17 and 23 then, and ss. 21 and 10 of the present Act (1977 (B.C.), c. 54) clearly establish the entitlement of the owner to the minerals and to use so much of the surface as may be necessary for their removal. Section 3 of the 1936 *Mines Right-of-way Act*, *supra*, provides as well for the taking of such rights as may be necessary over adjoining lands for the purpose of removing the minerals. This right is now found in s. 2 of the *Mining Right of Way Act*, *supra*.

The *Park Act*, 1965 (B.C.), c. 31, s. 6, provides for the establishment of parks. Section 11 makes provision in more detail for the establishment of

priation, il n'est pas nécessaire de conclure qu'ils résultent de quelque façon d'une conspiration frauduleuse pour enlever au propriétaire une indemnisation à laquelle il a droit.

<sup>a</sup> La Cour a conclu que les actes restrictifs de la municipalité étaient simplement une étape [TRANSDUCTION] «dans la création du ... [parc public et du centre provincial en cause dans cette affaire-là] et l'achat des biens-fonds en cause par la Wascana Centre Authority», le juge Spence, à la p. 246.

<sup>b</sup> Ces précédents ne répondent cependant pas précisément à la question de savoir s'il y a eu expropriation dans les circonstances du présent pourvoi et, dans l'affirmative, à quelle époque elle a eu lieu. Dans les affaires citées, les organismes publics ont, dans le cadre du processus d'acquisition, formellement invoqué les lois d'expropriation. Ici, bien qu'il eût invité les intimés à aborder la question de l'indemnisation, l'avis susmentionné ne s'appuyait pas formellement sur le mécanisme d'appropriation forcée ni n'invitait expressément les intimés à formuler une réclamation officielle. Il faut toutefois garder à l'esprit la présomption bien assise du droit à l'indemnisation. Lord Atkinson le dit dans *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508, à la p. 542, [TRANSDUCTION] «à moins que les termes de la loi ne l'exigent clairement, une loi ne doit pas être interprétée de manière à permettre l'expropriation du bien d'une personne sans indemnisation».

<sup>c</sup> L'ensemble législatif en l'espèce est, comme je l'ai dit, compliqué. La *Mineral Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 181, ne comporte aucun mécanisme d'acquisition, pour fins publiques, des droits concédés. Les articles 17 et 23 de la Loi d'alors, devenus les art. 21 et 10 de la Loi actuelle (1977 (C.-B.), chap. 54) reconnaissent clairement le droit du propriétaire aux minéraux et à l'utilisation de la surface nécessaire pour les extraire. L'article 3 de la Loi de 1936, la *Mines Right-of-way Act*, précitée, prévoit aussi l'exercice des droits nécessaires sur les biens-fonds adjacents dans le but d'extraire les minéraux. Ce droit est maintenant énoncé à l'art. 2 de la *Mining Right of Way Act*, précitée.

<sup>d</sup> L'article 6 de la *Park Act*, 1965 (C.-B.), chap. 31, autorise la création de parcs. L'article 11 vise plus particulièrement la création de parcs et d'es-

parks and recreational areas subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council. The section provides:

11. For the purpose of the establishment or enlargement of any park or recreation area, the Minister, on behalf of Her Majesty the Queen in right of the Province, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, may

(a) purchase or otherwise acquire, accept, and take possession of land, improvements on land, timber, timber rights, and other rights;

(c) expropriate land, and the provisions of the *Department of Highways Act* shall apply, *mutatis mutandis*, in event of expropriation.

The term "land" is not defined in the statute. It must, in the ordinary process of statutory interpretation, be read as including an interest in land. The extinction of an interest in land must likewise, in the application of the 'plain meaning' technique of statutory interpretation, be included in the expression "expropriation of land". The section, *supra*, then by reference incorporates, for the purposes of expropriation, the *Department of Highways Act* (changed to the *Ministry of Highways and Public Works Act* in 1977, and now the *Ministry of Transportation, Communications and Highways Act*), "*mutatis mutandis*". Sections 14 and 15 of the *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, c. 109, as amended, provide for compensation to be paid to the owner upon a compulsory taking.

Illustrative of the complexities of this interacting group of statutes is s. 18(3) of the *Ministry of Highways and Public Works Act*, *supra*, which purports to exclude from its operations the *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, c. 209 (now the *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 117). Section 18(3) provides:

The *Lands Clauses Act* does not apply to proceedings under this Act.

It is conceded by the respondents that if lands are taken under the *Park Act*, the *Lands Clauses Act*, *supra*, has no application, and compensation

paces récréatifs sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Il est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 11. Pour les fins de la création ou l'agrandissement de tout parc ou espace récréatif, le Ministre, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef de la province, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, peut

a) acheter ou autrement acquérir, recevoir des biens-fonds, des améliorations sur les biens-fonds, du bois, des droits de coupe et tous autres droits, et prendre possession de ces biens,

c) exproprier des biens-fonds, auquel cas les dispositions de la *Department of Highways Act* s'appliquent, *mutatis mutandis*, dans le cas d'expropriation.

Le terme «bien-fonds» n'est pas défini dans la Loi. Il faut, selon les règles ordinaires d'interprétation législative, considérer qu'il comprend un droit réel immobilier. L'extinction d'un droit réel immobilier doit, de même, par application de la technique d'interprétation législative selon le «sens ordinaire» être comprise dans l'expression «expropriation d'un bien-fonds». Donc, l'article précité incorpore par renvoi, pour les fins de l'expropriation, les dispositions de la *Department of Highways Act* (devenue depuis la *Ministry of Highways and Public Works Act* en 1977 et maintenant la *Ministry of Transportation, Communications and Highways Act*), «*mutatis mutandis*». Les articles 14 et 15 de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 109, et modifications prévoient l'indemnisation du propriétaire dans le cas d'une appropriation forcée.

Un exemple de la complexité de cet ensemble de lois liées se trouve au par. 18(3) de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, précitée, qui est censé exclure de son application la *Lands Clauses Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 209 (devenue depuis l'*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 117). Le paragraphe 18(3) dispose:

[TRADUCTION] La *Lands Clauses Act* ne s'applique pas aux procédures prévues dans la présente loi.

Les intimés admettent que si l'appropriation des biens-fonds a eu lieu en vertu de la *Park Act*, la *Lands Clauses Act*, précitée, ne s'applique pas et

for the taking must be found in the *Ministry of Highways and Public Works Act, supra*. The learned trial judge concluded:

Whether that code, *i.e.*, the *Park Act* and the *Highways Act, supra*, ever becomes operative in respect of compensation rests on there being an expropriation of land under the *Park Act*.

Mr. Justice Lambert in the Court of Appeal came to the same conclusion:

So if the work was a highway and not a park and only the *Ministry of Highways and Public Works Act* applied, compensation would be given in each of these five cases:

- (a) compensation to the owner of land taken;
- (b) compensation to the owner of land not taken but which is severed from land taken from the same owner;
- (c) compensation to the owner of land not taken when other land was taken from the same owner;
- (d) compensation to the owner of land not taken when other land was taken from another owner;
- (e) compensation to the owner of land not taken when no land was taken from any one but the land suffered direct or consequent damage from the work.

The provisions of the *Ministry of Highways and Public Works Act* that give compensation are made to apply to parks. But before they apply there must be an expropriation in order to meet the condition set out in s. 11(c) of the *Park Act*.

The result is, that if there is an expropriation under the *Park Act* then there is compensation in the first four cases that I have listed.

Accordingly, the *Lands Clauses Act, supra*, taking the view I have taken of the action undertaken by the appellant, has no application in these proceedings.

It remains to examine those parts of the *Park Act* relevant to these proceedings. By section 9 of that Act, parks are divided into three classes, A, B and C. This park was removed from Class B to Class A by redesignation in 1973, as we have seen. Section 9, as we have also seen, prohibits the

le droit à l'indemnisation pour l'appropriation doit venir de la *Ministry of Highways and Public Works Act, précitée*. Le juge de première instance a conclu:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] La question de savoir si ce code, *c.-à-d.* la *Park Act* et la *Highways Act, précitées*, vient à s'appliquer à l'égard de l'indemnisation dépend de l'existence d'une expropriation de biens-fonds en vertu de la *Park Act*.

<sup>b</sup> En Cour d'appel, le juge Lambert est arrivé à la même conclusion:

[TRADUCTION] Donc si l'ouvrage était une route et non un parc et si seule la *Ministry of Highways and Public Works Act* s'appliquait, il y aurait indemnisation dans chacun des cinq cas suivants:

- a) l'indemnisation du propriétaire du bien-fonds exproprié;
- b) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié mais séparé d'un bien-fonds exproprié appartenant au même propriétaire;
- c) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'un autre bien-fonds du même propriétaire est exproprié;
- d) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'un autre bien-fonds d'un autre propriétaire est exproprié;
- e) l'indemnisation du propriétaire d'un bien-fonds qui n'est pas exproprié alors qu'aucun bien-fonds n'est exproprié, mais que le bien-fonds a subi des dommages directs ou indirects par suite des travaux.

<sup>g</sup> Les dispositions de la *Ministry of Highways and Public Works Act* qui accordent une indemnisation deviennent applicables aux parcs. Mais, pour qu'elles s'appliquent, il doit y avoir expropriation pour satisfaire à la condition énoncée à l'al. 11(c) de la *Park Act*.

<sup>h</sup> Il en résulte que, s'il y a expropriation en vertu de la *Park Act*, alors il y a indemnisation dans les quatre premiers cas que j'ai mentionnés.

<sup>i</sup> En conséquence, compte tenu de la façon dont j'envisage l'action entreprise par l'appelante, la *Lands Clauses Act, précitée*, ne s'applique pas à l'espèce.

<sup>j</sup> Il reste à examiner les dispositions de la *Park Act* qui s'appliquent en l'espèce. En vertu de l'art. 9 de cette loi, les parcs sont divisés en trois classes, les classes A, B et C. Comme nous l'avons déjà vu, ce parc est passé de la classe B à la classe A, par reclassification en 1973. Nous avons aussi déjà vu

removal of a "natural resource" from a park of Class A designation without a "use permit". Also as previously noted, s. 18(c) of the Act states:

18. Except as may be authorized by a valid and subsisting park use permit, no person shall

(c) exercise in a park any right under the *Mineral Act*, the *Placermine Act*, the *Coal Act*, or the *Petroleum and Natural Gas Act*, 1965; . . .

Finally, section 7 of the *Mineral Act*, 1977 (B.C.), c. 54 provides:

7. Notwithstanding an Act, agreement, free miner certificate, mineral claim, mining lease, or licence, no person shall locate, prospect or explore for, mine, or produce minerals in a park created under an Act unless authorized by the Lieutenant-Governor in Council on the recommendation of the person, corporation, or government that is responsible for the park.

It is important to recognize that, in the *Mineral Act*, *supra*, the legislation and regulation is *qua* minerals. In the *Park Act*, regulation is *qua* park use. It is the interlocking of these statutes which creates the difficulties in determining whether and when expropriation occurred.

It is far from clear whether any of these provisions apply to granted minerals. The term "natural resource" is undefined. Section 7 of the *Mineral Act*, for example, would appear to relate to prospecting and the discovery of mineral deposits. It would not appear to affect the respondents' interests in these lands. Section 18 of the *Park Act* has the effect of subordinating rights under the *Mineral Act* to the *Park Act*. This result is to be read, however, with the proviso in the respondents' original grant which referred to "the laws for the time being in force respecting mineral claims". It may be that the use of the respondents' lands is not regulated by the *Mineral Act* and the grant, in any case, was not made subject to laws relating to mineral claims other than *qua* mineral claims. However, I proceed on the assumption that these

que l'art. 9 interdit l'enlèvement de «ressources naturelles» d'un parc de classe A sans un «permis d'utilisation». Comme je l'ai déjà signalé, l'al. 18c) de la Loi dispose:

[TRADUCTION] 18. Personne ne peut, sauf s'il détient un permis d'utilisation de parc valide et non périmé,

c) exercer un droit quelconque dans un parc en vertu de la *Mineral Act*, de la *Placermine Act*, de la *Coal Act*, ou de la *Petroleum and Natural Gas Act*, 1965 . . .

Enfin, l'article 7 de la *Mineral Act*, 1977 (C.-B.), chap. 54 dispose:

[TRADUCTION] 7. Nonobstant toute loi, convention, certificat d'exploitation, claim minier, bail minier ou licence minière, nul ne peut procéder à la localisation, à l'exploration, à l'exploitation ou à la production de minéraux dans un parc créé en vertu d'une loi à moins d'y être autorisé par le lieutenant-gouverneur en conseil sur recommandation de la personne, société ou gouvernement de qui relève le parc.

Il est important de se rendre compte que, dans la *Mineral Act*, précitée, la législation et la réglementation visent les minéraux. Dans la *Park Act*, la réglementation vise l'utilisation des parcs. C'est la combinaison de ces lois qui complique la tâche de décider s'il y a eu expropriation et, dans l'affirmative, quand elle a eu lieu.

Il est loin d'être clair que ces dispositions s'appliquent aux minéraux concédés. L'expression «ressources naturelles» n'est pas définie. L'article 7 de la *Mineral Act*, par exemple, semble avoir trait à la prospection et à la découverte de gisements de minéraux. Il ne semble pas porter sur les droits des intimés dans ces biens-fonds. L'article 18 de la *Park Act* a pour effet d'assujettir les droits accordés par la *Mineral Act* aux dispositions de la *Park Act*. Il faut cependant considérer cet effet en fonction de la restriction contenue dans la concession initiale accordée aux intimés qui mentionne les «lois actuellement en vigueur relativement aux claims miniers». Il se peut que l'utilisation des biens-fonds des intimés ne soit pas régie par la *Mineral Act* et que la concession n'ait, de toute façon, pas été accordée sous réserve des lois relatives aux claims miniers autres que celles visant les claims miniers eux-mêmes. Cependant, j'analyse

sections do require a Park Use permit in order to remove minerals from the respondents' lands.

The respondents and their predecessors in title for many years conducted some kind of development work or operations on these lands. The nature of the permit or approval, if any, issued in that respect is not revealed in the record. Nor is it contended by the appellant that the public authorities, from time to time responsible for the administration of the park, did not approve of this work. From 1974 onwards, the respondents made application to the Minister for Park Use permits but no decision was made. Eventually, as we have seen, the authorities advised the respondents in 1982 that no permit would be issued. This denial of a permit then made the prohibitions in ss. 9 and 18 operative. The property rights which were granted to the respondents or their predecessors in title in 1937 were in law thereby reduced. To what extent is a matter for the compensation process to ascertain. There have been, in the result, two clouds of regulation hanging over these lands. The original grant was subject to mineral regulations. Thereafter, these lands became subject to the *Park Act* and its regulations. In my view of the law, in these factual circumstances, only the former regulations are to be taken into account in the valuation process and only the latter regulations in the taking process. There has been no regulation *qua* minerals which reduced the value of these minerals or the opportunity of the respondents to remove them. The denial of access to these lands occurred under the *Park Act* and amounts to a recovery by the Crown of a part of the right granted to the respondents in 1937. This acquisition by the Crown constitutes a taking from which compensation must flow. Such a conclusion is consistent with this Court's judgment in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101. In that case the province had established a Crown corporation with a commercial monopoly in the export of fish from Manitoba and other participating provinces. The establishment of the Crown corporation had the effect of putting Manitoba Fisheries out of business. This Court held that the province's actions deprived Manitoba Fisheries of its goodwill as a going concern and that the goodwill so taken

l'affaire à partir de l'hypothèse que ces articles exigent un permis d'utilisation de parc pour extraire des minéraux des biens-fonds des intimés.

Les intimés et leurs auteurs en titre ont exécuté pendant de nombreuses années certains travaux d'aménagement ou des opérations sur ces biens-fonds. Le dossier ne fait pas état de la nature du permis ou de l'approbation, s'il y a lieu, accordé à cet égard. L'appelante n'a pas soutenu non plus que les organismes publics dont relevait l'administration des parcs selon l'époque n'ont pas approuvé ces travaux. À partir de 1974, les intimés ont demandé des permis d'utilisation de parc au Ministre, mais aucune décision n'a été prise. Finalement, comme nous l'avons vu, les autorités ont avisé les intimés en 1982 qu'aucun permis ne serait délivré. Ce refus du permis a donc mis en œuvre les interdictions prévues aux art. 9 et 18. Les droits de propriété qui avaient été concédés aux intimés ou à leurs auteurs en titre en 1937 ont été juridiquement diminués d'autant. La détermination de l'étendue de cette réduction relève du processus d'indemnisation. En conséquence, il y a eu deux régimes de réglementation à l'égard de ces biens-fonds. La concession initiale était assujettie à la réglementation relative aux minéraux. Par la suite, ces biens-fonds ont été assujettis à la *Park Act* et à ses règlements d'application. Selon mon interprétation du droit, dans ces circonstances de fait, on ne peut tenir compte que des premiers règlements dans le processus d'évaluation et que des derniers règlements dans le processus d'appropriation. Aucun règlement visant les minéraux comme tels n'est venu réduire la valeur de ces minéraux ou la possibilité pour les intimés de les extraire. Le refus de permettre l'accès à ces biens-fonds est fondé sur la *Park Act* et équivaut à la reprise, par Sa Majesté, d'une partie des droits concédés aux intimés en 1937. Cette acquisition par Sa Majesté constitue une appropriation qui doit donner lieu à indemnisation. Une telle conclusion est conforme à l'arrêt de cette Cour *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101. Dans cette affaire-là, la province avait établi une société d'État qui jouissait du monopole commercial de l'exportation du poisson hors du Manitoba et des autres provinces participantes. La création de la société d'État avait entraîné la fermeture de Manitoba Fisheries.



by the Crown entitled the company to compensation despite the fact that they retained their physical assets, as those assets had been rendered virtually useless. Similarly in this case, the respondents are left with the minerals. The value of the minerals in such a state depends upon one's assessment of the chances of a reversal of executive policy in the issuance of a removal permit under the *Park Act*. This is relevant to the valuation process and particularly if and when the Crown takes the last step and expropriates the minerals themselves. See *Kramer v. Wascana Centre Authority*, *supra*, per Spence J., at pp. 247-48. It has, however, an importance now because the value of the loss of access, the interest which in my view has now been taken from the respondents, must represent the total value of the minerals less whatever value may be attributed to the future possibility of the issuance of a removal permit. All this is for the tribunal charged with determination of compensation, to decide.

This process I have already distinguished from zoning, the broad legislative assignment of land use to land in the community. It is also to be distinguished from regulation of specific activity on certain land, as for example, the prohibition of specified manufacturing processes. This type of regulation is akin to zoning except that it may extend to the entire community. See *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489, at p. 491, for an example of such regulation. Here, the action taken by the government was to enhance the value of the public park. The imposition of zoning regulation and the regulation of activities on lands, fire regulation limits and so on, add nothing to the value of public property. Here the government wished, for obvious reasons, to preserve the qualities perceived as being desirable for public parks, and saw the mineral operations of the respondents under their 1937 grant as a threat to the park. The notice of 1978 took value from the respondents and added value to the park. The taker, the government of the province, clearly did so in exercise

Cette Cour a jugé que les actes de la province enlevaient son achalandage à Manitoba Fisheries en tant qu'entreprise active et que l'appropriation de l'achalandage par Sa Majesté donnait le droit à la société d'être indemnisée malgré le fait qu'elle eut conservé son actif matériel puisque celui-ci devenait pratiquement inutile. De même, en l'espèce, les intimés conservent les minéraux. La valeur des minéraux dans cette situation dépend de l'évaluation des probabilités d'un changement de politiques de la part du pouvoir exécutif en ce qui a trait à la délivrance d'un permis d'extraction en vertu de la *Park Act*. Cette question sera pertinente relativement à la procédure d'évaluation, notamment, si Sa Majesté franchit la dernière étape et exproprie les minéraux eux-mêmes et lorsqu'elle le fera. Voir l'arrêt *Kramer v. Wascana Centre Authority*, précité, le juge Spence aux pp. 247 et 248. Elle a cependant de l'importance immédiatement parce que la valeur de la perte du droit d'accès, c.-à-d. le droit qui, à mon sens, a été enlevé aux intimés, doit représenter la valeur totale des minéraux moins la valeur attribuable à la possibilité future de délivrance d'un permis d'extraction. Il incombe au tribunal chargé de la fixation de l'indemnité de décider de tout cela.

J'ai déjà fait la distinction entre ce processus et le zonage, qui constitue la répartition générale par la loi des usages des biens-fonds dans la collectivité. Il faut le distinguer également de la réglementation d'activités précises sur certains biens-fonds, comme l'interdiction de procédés précis de fabrication. Ce genre de réglementation est voisin du zonage sauf qu'il peut s'étendre à toute la collectivité. Voir *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489, à la p. 491, à titre d'exemple d'une telle réglementation. Ici l'acte accompli par le gouvernement a été de promouvoir la valeur du parc public. L'imposition d'un règlement de zonage et la réglementation de certaines activités sur les biens-fonds, la réglementation restrictive sur les feux, etc., n'ajoutent rien à la valeur de la propriété publique. Ici le gouvernement a voulu, pour des motifs évidents, préserver les qualités jugées souhaitables pour les parcs publics et a considéré les activités minières des intimés en vertu de la concession de 1937 comme un danger pour le parc. L'avis de 1978 a enlevé de la valeur

of its valid authority to govern. It clearly enhanced the value of its asset, the park. The respondents are left with only the hope of some future reversal of park policy and the burden of paying taxes on their minerals. The notice of 1978 was an expropriation and, in my view, the rest is part of the compensation assessment process.

I therefore would answer the four questions submitted to the courts below by the parties as follows:

1. No;
2. The plaintiffs are entitled to compensation under the *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, c. 109, for the expropriation under the *Park Act*, 1965 (B.C.), c. 31, of the right to the use of the minerals conveyed by the Crown grant of July 8, 1937. The particulars of such compensation must be assessed under the above Act on the basis of the evidence placed before the arbitrator and in a manner consistent with the above reasons;
3. Yes; the *Ministry of Highways and Public Works Act*, *supra*, applies;
4. Not argued in this Court.

I therefore would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General for the Province of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondents: Cumming, Richards & Company, Vancouver.*

au bien des intimés et a ajouté de la valeur au parc. L'expropriant, le gouvernement de la province, l'a manifestement fait dans l'exercice de son pouvoir valide de gouverner. Il a manifestement augmenté la valeur de son bien, le parc. Il ne reste aux intimés que l'espoir d'une modification future de la politique concernant le parc et le fardeau de payer des taxes sur leurs minéraux. L'avis de 1978 a constitué une expropriation et, à mon sens, le reste relève du processus d'évaluation de l'indemnité.

Je suis donc d'avis de répondre aux quatre questions soumises aux tribunaux d'instance inférieure par les parties comme suit:

1. Non;
2. Les demandeurs ont droit à une indemnité en vertu de la *Ministry of Highways and Public Works Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 109, pour l'expropriation en vertu de la *Park Act*, 1965 (C.-B.), chap. 31, du droit d'utiliser les minéraux cédés par la concession de Sa Majesté le 8 juillet 1937. Les détails de cette indemnité doivent être évalués en vertu de la Loi susmentionnée compte tenu de la preuve soumise à l'arbitre et en conformité des motifs ci-dessus;
3. Oui; la *Ministry of Highways and Public Works Act*, précitée, s'applique;
4. N'a pas été plaidée devant cette Cour.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Ministère du procureur général de la province de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs des intimés: Cumming, Richards & Company, Vancouver.*

**IN THE MATTER of Paul Head;**

**AND IN THE MATTER OF a decision of the Commissioner of the Ontario Provincial Police made on or about the 9th day of March, 1978;**

**AND IN THE MATTER of *The Judicial Review Procedure Act*, S.O. 1971, Chapter 48;**

Between

**Paul Head** *Appellant*;

and

**H. H. Graham, Commissioner of the Ontario Provincial Police Force and the Ontario Provincial Police Force** *Respondents*.

File No.: 16913.

1985: April 29; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Judicial review — Police officer resigning after lengthy interrogation and threats to prosecute — Resignation effective — No basis for judicial review.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 127 D.L.R. (3d) 366, 40 O.R. (2d) 84, setting aside a judgment of the Divisional Court (1980), 109 D.L.R. (3d) 507, 28 O.R. (2d) 128, granting an application for a declaration of invalidity of a police officer's resignation. Appeal dismissed.

*Paul Osier*, for the appellant.

*Dennis W. Brown, Q.C.*, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We find on the facts that there was, up to the time of acceptance of the resignation of Constable Head by the Commissioner of the Ontario Provincial Police on March 7, 1978, a true and continuing intent on the part of Constable Head to resign. There was therefore no exercise of a statutory power of decision giving rise to judicial

**DANS L'AFFAIRE de Paul Head;**

**ET DANS L'AFFAIRE d'une décision du commissaire de la Sûreté de l'Ontario rendue le 9 mars 1978 ou vers cette date;**

**ET DANS L'AFFAIRE de *The Judicial Review Procedure Act*, S.O. 1971, chapitre 48;**

*b* Entre

**Paul Head** *Appellant*;

et

*c* **H. H. Graham, commissaire de la Sûreté de l'Ontario et la Sûreté de l'Ontario** *Intimés*.

*d* N° du greffe: 16913.

1985: 29 avril; 1985: 9 mai.

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

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

*f* *Contrôle judiciaire — Démission d'un policier suite à un long interrogatoire et à des menaces de poursuites — Démission valable — Aucun motif ne justifie un contrôle judiciaire.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 127 D.L.R. (3d) 366, 40 O.R. (2d) 84, qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1980), 109 D.L.R. (3d) 507, 28 O.R. (2d) 128, qui avait fait droit à une demande de déclaration d'invalidité de la démission d'un policier. Pourvoi rejeté.

*h* *Paul Osier*, pour l'appellant.

*Dennis W. Brown, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

*i* LA COUR—D'après les faits, nous concluons que, jusqu'à l'acceptation de sa démission par le commissaire de la Sûreté de l'Ontario le 7 mars 1978, le policier Head a eu véritablement et constamment l'intention de démissionner. Il n'y a donc eu aucun exercice de pouvoir décisionnel légal permettant un contrôle judiciaire. Par conséquent,

review. The appeal is accordingly dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Arrell, Brown, Osier & Murray, Caledonia.*

*Solicitor for the respondents: Dennis W. Brown, Toronto.*

le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Arrell, Brown, Osier & Murray, Caledonia.*

*Procureur des intimés: Dennis W. Brown, Toronto.*

**Domenic Maida** *Appellant*;

and

**Dalewood Investments Limited** *Respondent*.

File No.: 17578.

1985: April 29, 30; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Real property — Agreement to purchase — Closing date passed — No steps taken to postpone closing date despite right to do so — Time of the essence.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 40 O.R. (2d) 472, dismissing an appeal from a judgment of R. E. Holland J. declaring an agreement of purchase and sale of land to be void. Appeal dismissed.

*P. B. C. Pepper, Q.C., and Susan E. Paul, for the appellant.*

*Burton Tait, Q.C., and Gerald P. Sadvari, for the respondent.*

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that Mr. Pepper's motion for leave to amend the pleadings should be dismissed.

We are all also of the opinion that the appeal should be dismissed with costs. The closing date provided by the agreement of purchase was January 21, 1970. The appellant had the right to postpone the closing date but took no steps to do so. The agreement expressly provided that time is of the essence. Any other interpretation would leave the agreement open for an indefinite period. Under these circumstances it becomes unnecessary

**Domenic Maida** *Appellant*;

et

<sup>a</sup> **Dalewood Investments Limited** *Intimée*.

N° du greffe: 17578.

<sup>b</sup> 1985: 29, 30 avril; 1985: 9 mai.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>d</sup> *Immeubles — Promesse d'achat — Date de signature expirée — Droit de reporter la date de signature mais aucune mesure prise en ce sens — Facteur temps essentiel.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 40 O.R. (2d) 472, qui a rejeté un appel à l'encontre du jugement du juge R. E. Holland qui avait déclaré nulle une promesse d'achat et de vente de bien-fonds. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *P. B. C. Pepper, c.r., et Susan E. Paul, pour l'appellant.*

*Burton Tait, c.r., et Gerald P. Sadvari, pour l'intimée.*

<sup>g</sup> Version française du jugement rendu par

<sup>h</sup> LA COUR—Nous sommes tous d'avis que la requête en autorisation de modification des actes de procédure, présentée par M<sup>c</sup> Pepper, doit être rejetée.

<sup>i</sup> Nous sommes également tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté avec dépens. La date de signature prévue par la promesse d'achat était le 21 janvier 1970. L'appellant avait le droit de reporter cette date de signature, mais il n'a pris aucune mesure en ce sens. La promesse d'achat prévoyait expressément que le facteur temps est essentiel. Toute autre interprétation aurait pour effet de prolonger indéfiniment la promesse d'achat. Dans

to discuss the other issues raised in the courts below.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: P. B. C. Pepper, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

ces circonstances, il devient inutile de traiter les autres questions soulevées devant les cours d'instance inférieure.

*a Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appellant: P. B. C. Pepper, Toronto.*

*b Procureurs de l'intimée: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

**John Henry Sansregret** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 18186.

1984: October 11; 1985: May 9.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Criminal law — Rape — Consent — Defence of mistake of fact not available — Wilful blindness — Knowledge of the nature of the consent presumed — Criminal Code, s. 143(b)(i).*

The appellant was charged with several offences, including rape with the complainant's consent extorted by threats or fear of bodily harm under s. 143(b)(i) of the *Criminal Code*. The complainant, after living with the appellant for a year ended their turbulent affair. Subsequently, the appellant broke into her house twice. On both occasions, complainant feared for her safety because of his threats and violent behaviour. To calm him down and to protect herself from further violence, she held out some hope of reconciliation and consented to intercourse. Although she reported both incidents to the police and complained of being raped, no proceedings were taken after the first time because appellant's probation officer asked her not to press the matter. Appellant was arrested and charged following the second incident. At trial, the judge found not only that the complainant consented to intercourse solely because of fear engendered by appellant's threats but also that the appellant honestly believed that the consent to intercourse was freely and genuinely given. Applying the *Pappajohn* case, the trial judge acquitted the appellant. On appeal, the Court of Appeal set aside the acquittal and entered a conviction for rape.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The defence of mistake of fact rests on the proposition that the mistaken belief, honestly held, deprives the accused of the requisite *mens rea* for the offence. The *mens rea* for rape under s. 143(b)(i) of the *Criminal Code* must involve a knowledge that the woman is consenting because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. An honest belief on the part of the accused — even though unreasonably held — that

**John Henry Sansregret** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup>

N° du greffe: 18186.

1984: 11 octobre; 1985: 9 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Viol — Consentement — Défense d'erreur de fait inapplicable — Ignorance volontaire — Connaissance de la nature du consentement présumée — Code criminel, art. 143b(i).*

L'appellant a été accusé d'avoir commis plusieurs infractions, notamment d'avoir commis un viol avec le consentement de la plaignante arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles, contrairement au sous-al. 143b(i) du *Code criminel*. Après avoir vécu avec l'appellant pendant un an, la plaignante a mis fin à leur relation mouvementée. Par la suite, l'appellant s'est introduit par effraction chez elle à deux reprises. À ces deux occasions, la plaignante a craint pour sa sécurité en raison de menaces et d'un comportement violent. Pour le calmer et pour éviter de subir d'autres actes de violence, elle lui a donné quelque espoir de réconciliation et a consenti à des rapports sexuels. Bien qu'elle ait rapporté les deux incidents à la police et se soit plainte d'avoir été violée, aucune procédure n'a été engagée à la suite du premier incident parce que l'agent de probation de l'appellant lui avait demandé de ne pas persister. L'appellant a été arrêté et accusé à la suite du second incident. Au procès, le juge a conclu que la plaignante n'a consenti aux rapports sexuels qu'en raison de la peur engendrée par les menaces mais que l'appellant a cru sincèrement que la plaignante a donné un consentement libre et véritable aux rapports sexuels. Appliquant l'arrêt *Pappajohn*, le juge du procès a acquitté l'appellant. En appel, la Cour d'appel a annulé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité de viol.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le moyen de défense d'erreur de fait repose sur le principe que la conviction erronée, mais sincère, enlève à l'accusé la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction. La *mens rea* requise dans le cas d'un viol, en vertu de l'art. 143b(i) du *Code criminel*, doit comporter la connaissance du fait que le consentement a été donné à cause des menaces ou de la crainte de lésions corporelles, ou l'insouciance quant à la nature du consentement.

the woman was consenting to intercourse freely and voluntarily and not because of threats would negate the *mens rea* and entitle the accused to an acquittal. In the present circumstances, the defence of mistake of fact was not available to the accused. The trial judge found that the complainant consented out of fear and that the appellant blinded himself to the obvious and made no inquiry as to the nature of the consent which was given. The evidence revealed that he knew of the complaint of rape caused by the first incident and therefore was aware of the likelihood of the complainant's reaction to his threats. To proceed with intercourse in such circumstances without further inquiry constitutes self-deception to the point of wilful blindness. Where the accused is deliberately ignorant as a result of blinding himself to reality the law presumes knowledge—in this case knowledge of the forced nature of the consent. There was therefore no room for the application of the defence.

#### Cases Cited

*Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, considered; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1975), 24 C.C.C. (2d) 497; *The Zamora No. 2*, [1921] 1 A.C. 801; *R. v. Wretham* (1971), 16 C.R.N.S. 124; *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.), affirmed (1971), 4 C.C.C. (2d) 566 (S.C.C.); *R. v. Currie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 292; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *R. v. Aiello* (1978), 38 C.C.C. (2d) 485; *Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter), Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 143(a), 143(b)(i).

#### Authors Cited

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.  
Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 37 C.R. (3d) 45, 25 Man. R. (2d) 123, 10 C.C.C. (3d) 164, [1984] 1 W.W.R. 720, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of rape (1983), 34 C.R. (3d) 162, 22 Man. R. (2d) 115. Appeal dismissed.

*Richard J. Wolson*, for the appellant.

*David Rampersad, Q.C.*, for the respondent.

La conviction sincère, même déraisonnable, de la part de l'accusé que la personne du sexe féminin a consenti aux rapports sexuels librement et volontairement et non à cause de menaces a pour effet d'écarter la *mens rea* et de permettre à l'accusé de bénéficier d'un acquittement. Dans les présentes circonstances, l'accusé ne pouvait invoquer le moyen de défense d'erreur de fait. Le juge du procès a conclu que la plaignante avait consenti par crainte et que l'appellant s'est fermé les yeux devant l'évidence et ne s'est pas renseigné sur la nature du consentement donné. La preuve révèle qu'il était au courant de la plainte de viol résultant du premier incident et que, par conséquent, il connaissait la réaction probable de la plaignante à ses menaces. Avoir des rapports sexuels dans de tels circonstances équivaut à s'illusionner à tel point que cela constitue de l'ignorance volontaire. Lorsque l'accusé ignore un fait délibérément parce qu'il se ferme lui-même les yeux devant la réalité, le droit présume qu'il y a connaissance, en l'espèce connaissance de la nature forcée du consentement. Il n'y avait donc pas lieu d'appliquer le moyen de défense.

#### Jurisprudence

Arrêt examiné: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; arrêts mentionnés: *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1975), 24 C.C.C. (2d) 497; *The Zamora No. 2*, [1921] 1 A.C. 801; *R. v. Wretham* (1971), 16 C.R.N.S. 124; *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (C.A.C.-B.), confirmé (1971), 4 C.C.C. (2d) 566 (S.C.C.); *R. v. Currie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 292; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *R. v. Aiello* (1978), 38 C.C.C. (2d) 485; *Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter), Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 143(a), 143(b)(i).

#### Doctrine citée

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.  
Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 37 C.R. (3d) 45, 25 Man. R. (2d) 123, 10 C.C.C. (3d) 164, [1984] 1 W.W.R. 720, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'accusé sur une accusation de viol (1983), 34 C.R. (3d) 162, 22 Man. R. (2d) 115. Pourvoi rejeté.

*Richard J. Wolson*, pour l'appellant.

*David Rampersad, c.r.*, pour l'intimée.



The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MCINTYRE J.—This appeal raises once more the issue of the application of the defence of mistake of fact in a rape case. On this occasion its relevance on a charge laid under s. 143(b)(i) of the *Criminal Code*, now repealed but in force when this case arose, is questioned. In view of the significant changes made in this branch of the law by the amendments in 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, it may be thought that this question has become of minor importance, but it would appear that similar cases involving similar defence claims may well arise under the new *Code* provisions and the applicable principles will still require consideration.

LE JUGE MCINTYRE—L'espèce soulève encore une fois la question de l'application du moyen de défense d'erreur de fait dans une affaire de viol. Cette fois, sa pertinence est mise en question relativement à une accusation portée en vertu du sous-al. 143b)(i) du *Code criminel*, maintenant abrogé, mais qui était en vigueur au moment où l'affaire est survenue. Compte tenu des changements importants qu'a subi cette partie du droit par suite des modifications adoptées à 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, on pourrait peut-être penser que la question n'a plus beaucoup d'importance, mais il semble que des causes semblables comportant le recours à des moyens de défense semblables peuvent bien se présenter en vertu des nouvelles dispositions du *Code* et il sera encore nécessaire d'examiner les principes applicables.

The appellant, a man in his early twenties, and the complainant, a woman of thirty-one years, had lived together in the complainant's house for about a year before the events of October 15, 1982. Their relationship had been one of contention and discord with violence on the part of the appellant; "slapping" or "roughing up" in his description, "blows" in hers. The appellant had left the house for short periods and in September of 1982 the complainant decided to end the affair. She told the appellant to leave and he did.

L'appelant, un homme d'une vingtaine d'années, et la plaignante, une femme de trente et un ans, ont vécu ensemble chez la plaignante pendant environ une année avant les événements du 15 octobre 1982. Leurs rapports ont été marqués par des disputes et des dissensions accompagnées de violence de la part de l'appelant; celui-ci parle de gifflés et de rudesse, selon elle il s'agit de coups. L'appelant avait quitté la maison pour de courtes périodes, mais en septembre 1982 la plaignante a décidé de mettre fin à leur liaison. Elle a dit à l'appelant de partir, ce qu'il a fait.

On September 23, 1982, some days after his dismissal, the appellant broke into the house at about 4:30 a.m. He was "raging" at her and furious because of his expulsion. He terrorized her with a file-like instrument with which he was armed. She was fearful of what might occur, and in order to calm him down she held out some hope of a reconciliation and they had intercourse. A report was made to the police of this incident, the complainant asserting she had been raped, but no proceedings were taken. The appellant's probation officer became involved and there was evidence that he had asked the complainant not to press the

Le 23 septembre 1982, quelques jours après son départ, l'appelant s'est introduit par effraction dans la maison, vers 4 h 30 du matin. Il était fou de colère contre elle et furieux à cause de son expulsion. Il l'a terrorisée avec un outil semblable à une lime dont il était armé. Elle a eu peur de ce qui pouvait se produire et, pour le calmer, lui a donné quelque espoir de réconciliation puis ils ont eu des rapports sexuels. La plaignante a rapporté cet incident à la police, affirmant qu'elle avait été violée, mais aucune procédure n'a été entreprise. L'agent de probation de l'appelant est intervenu et il y a des éléments de preuve selon lesquels il a

matter, presumably because it would interfere with the appellant's probation.

On October 15, 1982, again at about 4:30 a.m., the appellant broke into the complainant's house through a basement window. She was alone, and awakened by the entry she seized the bedroom telephone in an effort to call the police. The appellant picked up a butcher knife in the kitchen and came into the bedroom. He was furious and violent. He accused her of having another boyfriend; pulled the cord of the telephone out of the jack and threw it into the living room; threatened her with the knife and ordered her to take off her nightdress and made her stand in the kitchen doorway, naked save for a jacket over her shoulders, so he could be sure where she was while he repaired the window to conceal his entry from the police, should they arrive. He struck her on the mouth with sufficient force to draw blood, and on three occasions rammed the knife blade into the wall with great force, once very close to her. He told her that if the police came he would put the knife through her, and added that if he had found her with a boyfriend he would have killed them both. At one point he tied her hands behind her back with a scarf. The complainant said she was in fear for her life and sanity.

By about 5:30 a.m., after an hour of such behaviour by the appellant, she tried to calm him down. She pretended again that there was some hope of a reconciliation if the appellant would settle down and get a job. This had the desired effect. He calmed down and after some conversation he joined her on the bed and they had intercourse. The complainant swore that her consent to the intercourse was solely for the purpose of calming him down, to protect herself from further violence. This, she said, was something she had learned from earlier experience with him. In her evidence she said:

I didn't consent at any time.

demandé à la plaignante de ne pas insister, probablement parce que cela pourrait nuire à la probation de l'appelant.

<sup>a</sup> Le 15 octobre 1982, encore une fois vers 4 h 30 du matin, l'appelant s'est introduit par effraction dans la maison de la plaignante par une fenêtre du sous-sol. Elle était seule et, réveillée par l'effraction, elle s'est emparée du téléphone, qui était dans sa chambre, dans le but d'appeler la police. L'appelant s'est emparé d'un couteau de boucherie dans la cuisine et est entré dans la chambre à coucher. Il était furieux et violent. Il l'a accusée d'avoir un autre ami de coeur. Il a arraché le fil du téléphone de la prise et a jeté l'appareil dans le vivoir. Il l'a menacée de son couteau et lui a ordonné d'enlever sa robe de nuit et de se tenir dans l'entrée de la cuisine, vêtue seulement d'une chemise sur les épaules, de sorte qu'il sache bien où elle était pendant qu'il réparait la fenêtre pour cacher son effraction, au cas où la police viendrait. Il l'a frappée à la bouche avec suffisamment de violence pour faire jaillir du sang et, à trois reprises, il a enfoncé la lame du couteau dans le mur avec beaucoup de force, dont une fois très près d'elle. Il lui a dit que si la police arrivait il lui planterait le couteau dans le corps et a ajouté que s'il l'avait trouvée avec un homme, il les aurait tués tous les deux. À un moment donné, il lui a lié les mains derrière le dos avec un foulard. La plaignante affirme qu'elle a craint pour sa vie et sa santé d'esprit.

<sup>b</sup> <sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> Vers 5 h 30 du matin, après une heure de ce comportement de la part de l'appelant, elle a essayé de le calmer. Encore une fois, elle a prétendu qu'il y aurait quelque espoir de réconciliation entre eux si l'appelant s'assagissait et se trouvait du travail. Cela a eu l'effet recherché. Il s'est calmé et après quelque conversation, il l'a rejointe au lit et ils ont eu des rapports sexuels. La plaignante a juré qu'elle n'a consenti aux rapports sexuels que dans le seul but de le calmer et d'éviter de subir d'autres actes de violence. C'est quelque chose que, dit-elle, elle avait appris de l'expérience antérieure qu'elle avait eue avec lui. Dans son témoignage elle a dit:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais consenti.

I was very afraid. My whole body was trembling. I was sure I would have a nervous breakdown. I came very, very close to losing my mind. All I knew was I had to keep this man calm or he would kill me.

At about 6:45 a.m. after further conversation with the appellant she got dressed and prepared to leave for work. She had a business appointment at 8:00 a.m. She drove the appellant to a location which he chose, and in the course of the journey he returned her keys and some money that he had taken from her purse upon his arrival in the early morning. Upon dropping him off she drove immediately to her mother's home where she made a complaint of rape. The police were called and the appellant was arrested that evening.

The appellant was charged with rape, unlawful confinement, robbery, breaking and entering with intent to commit an indictable offence, and possession of a weapon. At trial, before her Honour Judge Krindle in the County Court of Winnipeg without a jury, he was acquitted on the charge of rape but was convicted of breaking and entering and unlawful confinement. The Court of Appeal (Matas, Huband and Philp J.J.A.—Philp J.A. dissenting) allowed the Crown's appeal on the charge of rape and entered a conviction as well as imposing a sentence of five years' imprisonment. The unlawful confinement count was held to be subsumed in the rape. The appellant appealed to this Court asserting that the defence of mistake of fact, in this case a belief by the appellant that the complainant consented to intercourse, is open to an accused under s. 143(b)(i) of the *Criminal Code* as well as under para. (a), and that it is the honesty of such belief that is determinative in considering the defence, not its reasonableness. Reliance was placed on *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

The indictment set out the rape count in these terms:

1. THAT he, the said John Henry Sansregret, a male person, on or about the fifteenth day of October, in the year of our Lord one thousand nine hundred and eighty-two, at the City of Winnipeg in the Eastern Judicial District in the Province of Manitoba, did unlawfully

J'étais très effrayée. Tout mon corps tremblait. J'étais sûre de faire une crise de nerfs. Je suis venue très près de perdre la raison. Tout ce que je savais c'est que je devais calmer cet homme, sinon il me tuerait.

Vers 6 h 45 du matin, après avoir conversé de nouveau avec l'appelant, elle s'est habillée et s'est préparée pour aller travailler. Elle avait un rendez-vous d'affaires à 8 h 00. Elle a conduit l'appelant à un endroit qu'il a choisi lui-même et, pendant le trajet, il lui a remis les clés et l'argent qu'il avait pris dans sa bourse au moment de son arrivée, au petit matin. Tout de suite après l'avoir laissé, elle s'est rendue chez sa mère où elle s'est plainte d'avoir été violée. La police a été appelée et l'appelant arrêté le soir même.

L'appelant a été accusé de viol, de séquestration, de vol qualifié, d'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel et de possession d'une arme. Au procès sans jury devant madame le juge Krindle de la Cour de comté de Winnipeg, il a été acquitté de l'accusation de viol, mais déclaré coupable d'introduction par effraction et de séquestration. La Cour d'appel (les juges Matas, Huband et Philp, le juge Philp étant dissident) a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté relativement à l'accusation de viol, a déclaré l'appelant coupable et lui a imposé une sentence de cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel a jugé que la séquestration était comprise dans le viol. L'appelant se pourvoit en cette Cour en soutenant qu'une personne accusée en vertu du sous-al. 143b)(i) du *Code criminel*, tout comme celle accusée en vertu de l'al. a), peut invoquer le moyen de défense d'erreur de fait, c.-à-d. en l'espèce qu'il a cru que la plaignante a consenti aux rapports sexuels, et que c'est la sincérité de cette conviction qui est déterminante pour ce qui est du moyen de défense, et non son caractère raisonnable. Il a invoqué l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

L'acte d'accusation énonce ainsi le chef d'accusation de viol:

[TRADUCTION] 1. QUE ledit John Henry Sansregret, une personne du sexe masculin, le 15 octobre 1982 ou vers cette date, dans la ville de Winnipeg, dans le district judiciaire est, province du Manitoba, a eu illégalement des rapports sexuels avec Terry Wood, une personne du

have sexual intercourse with Terry Wood, a female person who was not his wife, with her consent, which consent was extorted by threats or fear of bodily harm.

It clearly falls within s. 143(b)(i) of the *Criminal Code*. On the facts of this case, briefly summarized above, at first glance it may appear strange indeed that defence of mistake of fact could be suggested, let alone made out. To appreciate how the issue arises, reference must be made to the findings of fact made at trial (1983), 34 C.R. (3d) 162, and to the judgments given in the Court of Appeal (1983), 37 C.R. (3d) 45.

The trial judge described the complainant as a bright, sophisticated woman, articulate, capable, and well employed. She considered that the appellant was neither particularly intelligent nor "verbal" and expressed surprise that any intimate relationship had ever arisen between them. She described the events of September 23, 1982, a month before the events in question, and she considered there was no evidence that the appellant knew she had complained of rape as a result of that incident. Comment will be made on this question later. She then referred to the defence of mistake of fact, and said (at p. 164):

If there were any evidence before me that the accused was aware on 15th October that the complainant had considered the sexual relations of 23rd September 1982 to have been non-consensual, I would have rejected this defence out of hand. There is no such evidence. I can speculate, but that is not proof.

She described in detail the events of October 15 and said that she accepted the complainant's version in so far as it differed from the appellant's, but she observed that in many respects his evidence confirmed hers. She continued (at p. 166):

I am satisfied beyond any doubt, that the accused broke and entered the complainant's residence of 15 October motivated primarily by jealousy and I do not doubt for a moment that, had the complainant had a man there, the knife would have been used aggressively. Having not found another man, he was bound and determined to make the complainant hear what he had

sexe féminin qui n'était pas son épouse, avec le consentement de cette dernière qui lui avait été arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles.

L'accusation relève manifestement de l'al. 143b)(i) du *Code criminel*. Selon les faits de la présente affaire qui sont résumés brièvement plus haut, il peut sembler étrange, à première vue, qu'on puisse parler du moyen de défense d'erreur de fait et encore plus l'invoquer. Pour savoir comment la question se pose, il faut se référer aux conclusions de fait du juge du procès (1983), 34 C.R. (3d) 162, et aux motifs de jugement de la Cour d'appel (1983), 37 C.R. (3d) 45.

Le juge du procès a décrit la plaignante comme une femme brillante, raffinée, instruite, douée et ayant une bonne situation. Le juge a considéré que l'appelant n'était ni particulièrement intelligent ni habile à s'exprimer et s'est dite surprise que des relations intimes aient pu jamais s'établir entre eux. Elle a relaté les événements du 23 septembre 1982, survenus un mois avant ceux en cause en l'espèce, et a estimé qu'il n'y avait pas de preuve que l'appelant savait que la plaignante avait porté une plainte de viol par suite de cet incident. Je reviendrai sur cette question plus loin. Elle aborde ensuite le moyen de défense d'erreur de fait et dit (à la p. 164):

[TRADUCTION] S'il m'avait été soumis quelque élément de preuve selon lequel l'accusé savait, le 15 octobre, que la plaignante considérait que les rapports sexuels du 23 septembre 1982 avaient eu lieu sans son consentement, j'aurais rejeté ce moyen de défense immédiatement. Il n'y a pas d'élément de preuve en ce sens. Je puis faire des suppositions, mais cela ne constitue pas une preuve.

Elle a relaté en détail les événements du 15 octobre et a affirmé qu'elle acceptait la version de la plaignante dans la mesure où elle différerait de celle de l'appelant, mais elle a fait remarquer que, sur de nombreux points, le témoignage de l'appelant confirmait celui de la plaignante. Elle poursuit (à la p. 166):

[TRADUCTION] Je suis convaincue hors de tout doute que l'accusé s'est introduit par effraction dans le domicile de la plaignante, le 15 octobre, poussé principalement par la jalousie et je ne doute pas un seul instant que, si la plaignante avait été accompagnée d'un autre homme, le couteau aurait été utilisé d'une manière agressive. N'ayant pas trouvé d'autre homme, il était

to say to her by confining her unlawfully. He certainly broke and entered the dwelling-house with intent to commit an indictable offence therein, and he certainly took possession of the butcher knife for purposes dangerous to the public peace.

Having entered the house and discovering that the complainant was on the telephone, being unsure about whether or not she had called the police, two things became paramount. One was to cover up the evidence of his break-in so that it would not be visible from the street, and to cover up his presence in the house by reducing it to darkness. The second was to prevent the escape of the complainant, or her use of the telephone, particularly probable events while he was outside putting the basement window back on the house. What better way to confine her than to take her car keys, her house keys, her money, to strip her naked, to bind her hands and to force her to stand by the back door and whistle so he could hear where she was.

I find that the accused forced the complainant to strip and tied her hands, not by way of preliminaries to an intended rape, but by way of confining the complainant. I similarly find the forced taking of her keys and money, to be part of the unlawful confinement.

She said that once the appellant became satisfied that the police would not come, he set out to convince the complainant to reconcile. She accepted the evidence of the complainant that she was absolutely terrified, and that her consent was given solely to protect herself from further violence or death. She told him the things he wanted to hear regarding reconciliation, and she assured him that no other man was of interest to her. Then the trial judge continued (at pp. 167-68):

As I said, no rational person could have been under any honest mistake of fact. However, people have an uncanny ability to blind themselves to much that they do not want to see, and to believe in the existence of facts as they would wish them to be. The accused says that, notwithstanding the reign of terror which preceded their chat, notwithstanding that he held a knife while they talked, notwithstanding that he did most of the talking and that the complainant's answers were clearly equivocal, he presumed and believed that everything between them was peachy, this notwithstanding that three weeks earlier, on a replay of the same sort of evening, his probation officer became involved and the complainant

déterminé à forcer la plaignante à entendre ce qu'il avait à lui dire en la séquestrant. Il s'est certainement introduit par effraction dans une maison d'habitation dans l'intention d'y commettre un acte criminel et il s'est certainement emparé du couteau de boucherie dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Après être entré dans la maison et avoir constaté que la plaignante était au téléphone, ne sachant pas si elle avait appelé la police, deux choses comptaient pour l'accusé. La première était de cacher les traces de son effraction de sorte qu'elles ne soient pas visibles de la rue et de dissimuler sa présence dans la maison en y éteignant toute lumière. Sa seconde préoccupation était d'empêcher la plaignante de s'enfuir ou d'utiliser le téléphone, ce qui risquait tout probablement de se produire pendant qu'il serait à l'extérieur à réinstaller la fenêtre du sous-sol. Quel meilleur moyen y avait-il de la séquestrer que de lui enlever ses clés d'auto, ses clés de maison, son argent, de la dévêtir, de lui lier les mains et de la forcer à rester près de la porte arrière et à siffler pour qu'il puisse savoir où elle était.

Je conclus que l'accusé a forcé la plaignante à se dévêtir et lui a lié les mains non pas comme préparatifs pour la violer, mais pour la séquestrer. Je conclus également que la prise de force de ses clés et de son argent faisait partie de la séquestration.

Elle mentionne que, dès que l'appelant fut persuadé que la police ne viendrait pas, il s'est employé à convaincre la plaignante de se réconcilier avec lui. Le juge a accepté le témoignage de la plaignante selon lequel cette dernière était absolument terrifiée et n'a donné son consentement que dans le but d'éviter d'autres actes de violence ou la mort. Elle lui a dit ce qu'il voulait entendre à propos de la réconciliation et l'a assuré qu'elle ne s'intéressait à aucun autre homme. Le juge du procès poursuit (aux pp. 167 et 168):

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit, aucune personne raisonnable n'aurait pu sincèrement commettre une erreur de fait. Toutefois, les gens ont une étrange habileté à fermer les yeux devant bien des choses qu'ils ne veulent pas voir et à croire à l'existence de faits comme ils voudraient qu'ils soient. L'accusé affirme que malgré le règne de terreur qui a précédé leur conversation, malgré qu'il ait eu un couteau à la main pendant qu'ils parlaient, malgré que ce soit surtout lui qui ait parlé et qu'il est clair que la plaignante a répondu de façon équivoque, il a présumé et cru que tout allait pour le mieux entre eux. Cela malgré que trois semaines auparavant, suite à un épisode semblable, l'agent de

moved out of the house. Very honestly, despite my confidence in the ability of people to blind themselves to reality, and even if the accused had not lied about other parts of his testimony, I would have been hard-pressed to credit the honesty of his belief.

However, his honest belief finds support in the testimony of the complainant. She knows him, and in her opinion, notwithstanding all the objective facts to the contrary, he did believe that everything was back to normal between them by the time of the sexual encounter. His subsequent behaviour as well attests to that fact.

I do not like the conclusion which this leads me to. There was no real consent. There was submission as a result of a very real and justifiable fear. No one in his right mind could have believed that the complainant's dramatic about-face stemmed from anything other than fear. But the accused did. He saw what he wanted to see, heard what he wanted to hear, believed what he wanted to believe.

The facts in *Pappajohn v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 120, . . . are quite dissimilar to those in this case. The dictum of the Supreme Court of Canada, however, is clear and broad and in no way seems to limit itself to the peculiar circumstances of that case. Perhaps the Crown will appeal this decision to obtain some direction from the Supreme Court on whether it was that court's intention to cover situations where an accused who demonstrates the clarity and shrewdness this accused showed in securing his own safety at the outset can turn around and, because it does not suit his wishes, can go wilfully blind to the obvious shortly thereafter. In any event, the ratio of *Pappajohn* is clear and it leaves me no alternative but to acquit.

To summarize, the trial judge found that the appellant did not enter the house with intent to make a sexual assault on the complainant; that the complainant consented to intercourse only because of the fear engendered by the threats of the appellant and to save herself; and that the appellant honestly believed that the complainant was giving a free and genuine consent to intercourse. She found as well that the complainant, who knew the appellant, also believed in the honesty of his belief.

probation de l'appelant soit intervenu et que la plaignante ait quitté sa maison. Très sincèrement, malgré que je sois persuadée de l'habileté des gens de fermer les yeux devant la réalité et même si l'accusé n'avait pas menti au sujet d'autres parties de son témoignage, j'aurais été très réticente à ajouter foi à la sincérité de sa conviction.

Cependant, le témoignage de la plaignante confirme la sincérité de la conviction de l'accusé. Elle le connaît et, à son avis, malgré tous les faits objectifs indiquant le contraire, il a réellement cru que tout était revenu à la normale entre eux au moment où ils ont eu des rapports sexuels. Sa conduite ultérieure l'atteste également.

Je n'aime pas la conclusion à laquelle cela m'amène. Il n'y a pas eu de consentement véritable. Il y a eu soumission par suite d'une crainte très réelle et justifiable. Nulle personne normale n'aurait cru que le changement radical d'attitude de la plaignante résultait d'autre chose que de la peur. Mais l'accusé l'a cru. Il a vu ce qu'il voulait voir, entendu ce qu'il voulait entendre et cru ce qu'il voulait croire.

Les faits de l'affaire *Pappajohn c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 120, . . . sont très différents de ceux de l'espèce. L'arrêt de la Cour suprême du Canada est cependant clair et général et ne semble nullement se limiter aux circonstances particulières de cette affaire. Il se peut que la poursuite interjette appel de la présente décision pour obtenir des directives de la Cour suprême quant à savoir si la Cour a eu l'intention de viser les situations où un accusé, qui fait preuve de la clarté et de la sagacité que l'accusé en l'espèce a démontrées pour assurer sa propre sécurité dans un premier temps, peut changer d'attitude et, parce que cela ne lui convient pas, s'aveugler volontairement devant l'évidence tout de suite après. De toute façon, le motif déterminant de l'arrêt *Pappajohn* est clair et ne me laisse pas d'autre possibilité que de prononcer l'acquittement.

En résumé, le juge du procès a conclu que l'appelant ne s'est pas introduit dans la maison dans l'intention de commettre une agression sexuelle sur la plaignante, que la plaignante n'a consenti aux rapports sexuels qu'en raison de la peur engendrée par les menaces de l'appelant et pour assurer sa sécurité et que l'appelant a cru sincèrement que la plaignante a donné un consentement libre et véritable aux rapports sexuels. Le juge a également conclu que la plaignante, qui connaissait l'appelant, a cru elle aussi à la sincérité de la conviction de ce dernier.

In the Court of Appeal three judgments were delivered. Matas J.A., after reviewing the facts and conclusions of the trial judge, concluded his judgment with these words (at p. 53):

In the case at bar, it was Mr. Sansregret's conduct which terrorized the complainant and brought about her conciliatory response. It would be the ultimate in irony if the complainant's successful pretense that she consented, out of a legitimate fear for her life, could be relied on by the accused as a basis for a defence of honest but mistaken belief in consent. To paraphrase the words of McIntyre J., in *Pappajohn*, the notion of the availability of the defence in these circumstances has an air of unreality. In my respectful opinion, it is not open to Mr. Sansregret to terrorize his victim, to follow up the terror with sexual intercourse, and to end up by innocently claiming he had an honest belief in his victim's consent. I have concluded that the defence of mistake of fact does not arise in this case.

Huband J.A., agreeing in the result, reached his conclusion on a different basis. He considered that the *mens rea* required for rape is the intent to have intercourse with the complainant without consent or while being reckless as to whether she consented or not. He found support for this proposition in *Pappajohn*, in the words of Dickson J. (as he then was), and in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182, where Lord Hailsham said, at p. 209:

... if the intention of the accused is to have intercourse nolens volens, that is recklessly and not caring whether the victim be a consenting party or not, that is equivalent on ordinary principles to an intent to do the prohibited act without the consent of the victim.

and he referred to the words of Lord Simon regarding the proof of rape which must be made by the Crown when he said, at p. 216:

... an intention to have sexual intercourse with a woman with knowledge that she is not consenting to it (or reckless as to whether or not she is consenting).

It was his view that although the defence of mistake of fact could apply to a charge of rape under s. 143(b)(i) of the *Criminal Code* where consent

Chacun des trois juges qui formaient la Cour d'appel a rédigé des motifs. Le juge Matas, après avoir analysé les faits et les conclusions du juge du procès, conclut ses motifs par les mots suivants (à la p. 53):

[TRADUCTION] En l'espèce, c'est la conduite de M. Sansregret qui a terrorisé la plaignante et l'a amenée à répondre de façon conciliante. Ce serait le comble de l'ironie si l'accusé pouvait invoquer, comme moyen de défense de conviction sincère mais erronée que la plaignante a consenti, l'apparence de consentement qu'elle a réussi à donner, mais qui découlait d'une crainte légitime pour sa vie. Pour paraphraser les mots du juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn*, l'idée de la possibilité de recourir à ce moyen de défense dans les circonstances a une apparence d'in vraisemblance. À mon avis, il n'est pas possible à M. Sansregret de terroriser sa victime, de faire suivre cette terreur de rapports sexuels et de finir par prétendre innocemment qu'il a sincèrement cru au consentement de sa victime. J'ai conclu qu'il n'était pas possible d'invoquer le moyen de défense d'erreur de fait en l'espèce.

Le juge Huband, qui concourt au résultat, est arrivé à sa conclusion pour des motifs différents. Il a considéré que la *mens rea* requise dans le cas de viol est l'intention d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante sans son consentement ou sans se soucier de savoir si elle a consenti ou non. Il invoque à l'appui de sa proposition les paroles du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Pappajohn* et le passage tiré de l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182, où lord Hailsham affirme, à la p. 209:

[TRADUCTION] ... si l'accusé a l'intention d'avoir des rapports sexuels avec ou sans consentement, qu'il ne se soucie pas et qu'il ne lui importe pas que la victime consente ou non, cela équivaut, en principe, à l'intention d'accomplir l'acte prohibé sans le consentement de la victime.

Puis, il mentionne les paroles de lord Simon quant à la preuve de viol que doit présenter la poursuite quand il dit, à la p. 216:

[TRADUCTION] ... l'intention d'avoir des rapports sexuels avec une femme en sachant qu'elle n'y consent pas (ou sans se soucier du consentement ou de l'absence de consentement).

Il est d'avis que même si le moyen de défense d'erreur de fait peut être invoqué dans le cas d'une accusation de viol en vertu du sous-al. 143(b)(i) du

had been given, its elements required reshaping. He said (at p. 55):

But with a case involving consent extorted by threat the honest belief of the accused, to constitute a defence, must relate not to the consent, but to the impact of the threat.

He then drew attention to the findings of the trial judge regarding the nature of the complainant's consent, and said (at p. 56):

It avails the accused nothing to now say "But she consented", when the charge is one of consent extorted by threat. Everyone is agreed that the complainant gave every indication of consent.

Upon this basis he reached his conclusion, saying that to proceed with sexual intercourse at all—immediately after an extended period designed to render the complainant submissive—constitutes recklessness sufficient to sustain a charge of rape with consent extorted by threats. He agreed with Matas J.A. that the Crown's appeal should be allowed and a conviction of rape entered.

Philp J.A. dissented. He accepted the findings of fact of the trial judge, to the effect that the belief in consent on the part of the appellant was honestly held, and referred to the evidence of the complainant herself which, in his view, lent support to the trial judge's finding. Relying on *Pappajohn* for the proposition that an honest belief in consent need not be reasonably based to support a defence on a charge of rape, he would have dismissed the Crown's appeal and confirmed the acquittal on the rape count.

Before this Court the appellant contended that he never suspected, and never had cause to suspect, that the consent had been given because of his threats. He argued that all the facts and all findings of the trial judge supported this proposition. He denied wilful blindness and recklessness and contended that the *Pappajohn* case was decisive in his favour.

*Code criminel* lorsqu'il y a eu consentement, il est nécessaire de reformuler ses éléments. Il affirme (à la p. 55):

[TRADUCTION] Mais dans le cas d'un consentement extorqué par menace, pour constituer un moyen de défense, la conviction sincère de l'accusé doit avoir trait non pas au consentement, mais à l'effet de la menace.

Il attire alors l'attention sur les conclusions du juge du procès quant à la nature du consentement de la plaignante et dit (à la p. 56):

[TRADUCTION] Il ne sert à rien à l'accusé de dire maintenant «Mais elle a donné son consentement», lorsque l'accusation porte sur un consentement arraché par des menaces. Tous reconnaissent que tout portait à croire que la plaignante était consentante.

À partir de cela, il a tiré sa conclusion, disant que le seul fait d'avoir des rapports sexuels, immédiatement après un épisode prolongé d'actions destinées à asservir la plaignante, constitue une insouciance suffisante pour justifier une accusation de viol avec consentement arraché par des menaces. Il a souscrit à l'avis du juge Matas qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel de la poursuite et d'inscrire une déclaration de culpabilité de viol.

Le juge Philp a été dissident. Il a accepté les conclusions de fait du juge du procès selon lesquelles l'appellant a sincèrement cru au consentement et il a fait état du témoignage de la plaignante elle-même qui, à son avis, appuie la conclusion du juge du procès. Invoquant l'arrêt *Pappajohn* à l'appui de la proposition selon laquelle il n'est pas nécessaire que la conviction sincère qu'il y a eu consentement de la victime soit fondée sur des motifs raisonnables pour constituer un moyen de défense à une accusation de viol, il aurait rejeté l'appel de la poursuite et confirmé l'acquittal relativement au chef d'accusation de viol.

Devant cette Cour, l'appellant prétend qu'il n'a jamais soupçonné ni jamais eu de motif de soupçonner que la victime avait consenti à cause de ses menaces. Il soutient que tous les faits et toutes les conclusions du juge du procès étayaient cette affirmation. Il nie qu'il y a eu ignorance volontaire et insouciance de sa part et soutient que l'arrêt *Pappajohn* est déterminant en sa faveur.



Rape, as defined in s. 143(a) of the *Criminal Code*, is of course the act of having sexual intercourse without consent. The issue with which we are concerned arises directly in a charge under para. (a). The question will be: Did the accused have an honest belief that the woman gave her consent? It is in this form that the issue arose in *Pappajohn, Morgan*, and in *R. v. Plummer and Brown* (1975), 24 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.) While those cases provide authority for the existence of the defence and for its application where the consent is in issue, in my view they do not cover a charge under s. 143(b)(i) where consent is assumed from the outset. In other words, the existence of the consent is established and only its nature, that is, whether it was freely given or procured by threats, is in issue. Where the accused in a case arising under s. 143(b)(i) asserts an honest belief in consent, the honest belief must encompass more than the fact of consent. It must include a belief that it has been freely given and not procured by threats. I agree in this respect with Huband J.A. The defence would apply then, subject to what is said later about wilful blindness, in favour of an accused who had an honest belief that the consent was not the result of threats but one freely given.

The defence of mistake of fact has been said to rest on the proposition that the mistaken belief, honestly held, deprives the accused of the requisite *mens rea* for the offence. The question of the *mens rea* required for a conviction of rape was considered by Dickson J. in this Court in *Pappajohn*. He reviewed the authorities which have dealt with this question in the English, Australian, and Canadian courts. It is not necessary here to refer again to the many authorities considered, but their effect and the conclusions drawn from them by Dickson J. may be summarized. He observed, at p. 140, that: "The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent". Under s. 143(b)(i) I would substitute: "(b) with consent if it is extorted by threats of fear

Selon la définition qu'en donne l'al. 143a) du *Code criminel*, le viol est évidemment l'acte qui consiste à avoir des rapports sexuels sans consentement. La question qui nous intéresse en l'espèce se pose directement dans une accusation fondée sur l'al. a). Cette question est la suivante: L'accusé a-t-il cru sincèrement que la personne du sexe féminin a donné son consentement? C'est sous cette forme que la question a été soulevée dans les arrêts *Pappajohn* et *Morgan*, précités, et *R. v. Plummer and Brown* (1975), 24 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.) Bien que ces arrêts soient la source du moyen de défense et de son application lorsque le consentement est en cause, j'estime qu'ils ne s'appliquent pas à une accusation portée en vertu du sous-al. 143b)(i) où on présume qu'il y a consentement dès le départ. En d'autres termes, l'existence du consentement est établie et seule sa nature, savoir s'il a été donné librement ou arraché par des menaces, est en cause. Si dans une affaire qui relève du sous-al. 143b)(i), l'accusé affirme qu'il a sincèrement cru au consentement de la victime, sa conviction sincère doit englober plus que l'existence de ce consentement. Elle doit comprendre la conviction qu'il a été donné librement et non arraché par des menaces. Je souscris, sous ce rapport, à l'avis du juge Huband. Le moyen de défense s'appliquerait alors, sous réserve de ce qui est dit plus loin au sujet de l'ignorance volontaire, en faveur d'un accusé qui a cru sincèrement que le consentement ne découlait pas de menaces mais qu'il a été donné librement.

On a affirmé que le moyen de défense d'erreur de fait repose sur le principe que la conviction erronée, mais sincère, enlève à l'accusé la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction. Dans l'arrêt *Pappajohn*, le juge Dickson de cette Cour a examiné la question de la *mens rea* requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de viol. Il a passé en revue la jurisprudence des tribunaux anglais, australiens et canadiens sur la question. Il n'est pas nécessaire ici de mentionner de nouveau la jurisprudence analysée, mais on peut en résumer l'effet et les conclusions que le juge Dickson en a tirées. Il fait observer ce qui suit à la p. 140: «L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement». En vertu du sous-al. 143b)(i), je substituerai: «b) avec consen-

of bodily harm". He then raised the consideration of whether at common law and under s. 143 of the *Criminal Code* the guilty intention for rape extends to the element of consent. He concluded that it did, and he said, at p. 145:

It will thus be seen that the great weight of authority is in support of the view that the accused's perception of the woman's consent is an important aspect of any prosecution for the crime of rape.

And concluding upon this point, at p. 146, he said:

In summary, intention or recklessness must be proved in relation to all elements of the offence, including absence of consent. This simply extends to rape the same general order of intention as in other crimes.

I would conclude then that the *mens rea* for rape under s. 143(a) of the *Code* must involve knowledge that the woman is not consenting, or recklessness as to whether she is consenting or not, and for s. 143(b)(i), knowledge that the consent was given because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. It would follow, as has been held by the majority of this Court in *Pappajohn*, that an honest belief on the part of the accused, even though unreasonably held, that the woman was consenting to intercourse freely and voluntarily and not because of threats, would negate the *mens rea* under s. 143(b)(i) of the *Code* and entitle the accused to an acquittal.

The concept of recklessness as a basis for criminal liability has been the subject of much discussion. Negligence, the failure to take reasonable care, is a creature of the civil law and is not generally a concept having a place in determining criminal liability. Nevertheless, it is frequently confused with recklessness in the criminal sense and care should be taken to separate the two concepts. Negligence is tested by the objective standard of the reasonable man. A departure from his accustomed sober behaviour by an act or omission which reveals less than reasonable care will

tement s'il est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles». Il soulève ensuite la question de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code criminel*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. Il conclut par l'affirmative et dit, à la p. 145:

On voit donc que la jurisprudence penche lourdement en faveur de l'opinion que la perception qu'a l'accusé du consentement de la femme est un élément important de toute poursuite pour viol.

En guise de conclusion sur ce point, il affirme à la p. 146:

En résumé, il faut établir l'intention ou l'insouciance à l'égard de tous les éléments de l'infraction, y compris l'absence de consentement. Cela étend simplement au viol une intention du même genre que celle que l'on requiert dans les autres crimes.

d Je suis d'avis de conclure alors que la *mens rea* requise dans le cas d'un viol, en vertu de l'al. 143a) du *Code*, doit comporter la connaissance du fait que la personne du sexe féminin n'est pas consentante ou l'insouciance quant à savoir si elle est consentante ou non et, dans le cas du sous-al. 143b)(i), la connaissance du fait que le consentement a été donné à cause des menaces ou de la crainte de lésions corporelles, ou l'insouciance quant à la nature de ce consentement. Il s'ensuit, comme cette Cour l'a conclu à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*, que la conviction sincère, même déraisonnable, de la part de l'accusé que la personne du sexe féminin a consenti aux rapports sexuels librement et volontairement et non à cause de menaces a pour effet d'écartier la *mens rea* requise au sous-al. 143b)(i) du *Code* et de permettre à l'accusé de bénéficier d'un acquittement.

h Le concept de l'insouciance comme fondement de la responsabilité criminelle a fait l'objet de nombreux débats. La négligence, c'est-à-dire l'absence de diligence raisonnable, est un concept de droit civil qui, de façon générale, ne s'applique pas pour déterminer la responsabilité criminelle. Néanmoins, elle est souvent confondue avec l'insouciance au sens criminel et il faut prendre bien soin de distinguer les deux concepts. La négligence s'apprécie selon le critère objectif de la personne raisonnable. La dérogation à sa conduite pondérée habituelle, sous la forme d'un acte ou d'une omis-

involve liability at civil law but forms no basis for the imposition of criminal penalties. In accordance with well-established principles for the determination of criminal liability, recklessness, to form a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective. It is found in the attitude of one who, aware that there is danger that his conduct could bring about the result prohibited by the criminal law, nevertheless persists, despite the risk. It is, in other words, the conduct of one who sees the risk and who takes the chance. It is in this sense that the term 'recklessness' is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence.

On the face of it, one would have thought that a man who intimidates and threatens a woman and thereafter obtains her consent to intercourse would know that the consent was obtained as a result of the threats. If specific knowledge of the nature of the consent was not attributable to him in such circumstances, then one would think that at the very least recklessness would be. It might be said then that this case could have been disposed of on the basis of recklessness. The trial judge, however, did not do so because of her application of the 'mistake of fact' defence.

There was indeed an abundance of evidence before the trial judge upon which a finding of recklessness could have been made. After a stormy period of cohabitation, the complainant dismissed the appellant from her house in September, 1982 thus demonstrating her rejection of him. He broke into the house on September 23 and there went through a performance which led to an act of intercourse with a consent given by the complainant out of fear for her life. This incident led to a report to the police and the involvement of the appellant's probation officer. In the early morning hours of October 15 he again broke into the house and repeated his earlier performance, which provided the basis for the present charges.

There was also evidence from which the clear inference can be drawn that the appellant knew a complaint of rape had been made in respect of the

sion qui démontre un niveau de diligence inférieur à ce qui est raisonnable, entraîne une responsabilité en droit civil mais ne justifie pas l'imposition de sanctions criminelles. Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, il s'agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance. C'est dans ce sens qu'on emploie le terme «insouciance» en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.

De prime abord, on pourrait croire ou penser qu'un homme qui intimide et menace une femme et obtient par la suite son consentement à des rapports sexuels devrait savoir que le consentement obtenu découle de ces menaces. Si on ne peut lui imputer la connaissance précise de la nature du consentement, alors on pourrait croire qu'il y a, à tout le moins, insouciance de sa part. On pourrait donc dire que la présente affaire aurait pu être tranchée en fonction de l'insouciance. Toutefois, le juge du procès ne l'a pas fait en raison de son application du moyen de défense d'«erreur de fait».

En réalité, il y avait de nombreux éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait se fonder pour conclure à l'insouciance. Après une période orageuse de cohabitation, la plaignante a chassé l'appelant de chez elle en septembre 1982, démontrant ainsi qu'elle ne voulait plus de lui. L'appelant s'est introduit par effraction chez elle le 23 septembre et il y a fait une scène qui a entraîné des rapports sexuels auxquels la plaignante a consenti par crainte pour sa vie. Cet incident a entraîné le dépôt d'une plainte à la police et l'intervention de l'agent de probation de l'appelant. Aux petites heures du matin, le 15 octobre, il s'est de nouveau introduit par effraction chez la plaignante et a répété le même scénario sur lequel se fondent les présentes accusations.

Il y avait également des éléments de preuve qui permettent nettement de conclure que l'appelant savait qu'une plainte de viol avait été déposée

first incident. Though the complainant complained to the police about that incident, no charges were laid. She was persuaded not to pursue the matter by the appellant's probation officer, who had approached her and told her that he would find a job for Sansregret if she did not press the charges. A police officer testified as to a conversation which occurred between himself and Sansregret after the latter's arrest. In response to a question as to why he ran from the police when they approached him on the evening of October 16, the appellant replied: "From before, that time she 'phoned the police on me before." This reply was confirmed by Sansregret on direct examination but then denied on cross-examination. Sansregret admitted that he knew his probation officer had called the complainant with respect to the September incident and that he knew that he was not welcome in her house. There was then evidence that the appellant knew of her attitude towards him; knew that she had complained to the police with respect to the September 23 incident; and knew that it was only the intervention of his parole officer which prevented charges from being laid after that incident. I therefore disagree with the trial judge who, in my opinion, was in error in not drawing the inference that the appellant knew that the complainant had complained of rape as a result of the incident on September 23.

It is evident that the trial judge would have convicted the appellant of rape had it not been for the defence of mistake of fact. She considered that the belief in the consent expressed by the appellant was an honest one and therefore on the basis of *Pappajohn*, even if it were unreasonably held, as it is clear she thought it was, he was entitled to his acquittal. This application of the defence of mistake of fact would be supportable were it not for the fact that the trial judge found in addition that the appellant had been wilfully blind to reality in his behaviour on October 15. Such a finding would preclude the application of the defence and lead to a different result. It is my opinion then that the trial judge erred in this matter in that though she made the requisite findings of fact that the appel-

relativement au premier incident. Bien que la plaignante se soit plainte de l'incident auprès de la police, aucune accusation n'a été portée. Elle a été persuadée de ne pas donner suite à l'affaire par l'agent de probation de l'appelant qui avait fait des démarches auprès d'elle et lui avait dit qu'il trouverait un emploi à Sansregret si elle ne portait pas d'accusations. Un policier a témoigné au sujet de la conversation qu'il a eue avec Sansregret après son arrestation. Quand on lui a demandé pourquoi il avait fui les policiers lorsqu'ils se sont approchés de lui dans la soirée du 16 octobre, l'appelant a répondu: [TRADUCTION] «Auparavant, elle a déjà téléphoné à la police à mon sujet.» Cette réponse a été confirmée par Sansregret lors de l'interrogatoire principal, mais niée pendant le contre-interrogatoire. Sansregret a reconnu qu'il savait que son agent de probation avait communiqué avec la plaignante au sujet de l'incident survenu en septembre et qu'il savait qu'il n'était pas le bienvenu chez elle. Il y avait donc des preuves que l'appelant connaissait son attitude envers lui, qu'il savait qu'elle s'était plainte à la police au sujet de l'incident du 23 septembre et qu'il savait que c'était grâce uniquement à l'intervention de son agent de probation que des accusations n'avaient pas été portées suite à cet incident. Je ne suis donc pas d'accord avec le juge du procès qui, à mon avis, a commis une erreur en ne concluant pas que l'appelant savait que la plaignante s'était plainte d'avoir été violée par suite de l'incident du 23 septembre.

Il est évident que, n'eût été du moyen de défense d'erreur de fait, le juge du procès aurait déclaré l'appelant coupable de viol. Le juge a estimé que la conviction exprimée par l'appelant qu'il y avait eu consentement était sincère et que, par conséquent, compte tenu de l'arrêt *Pappajohn*, même si cette conviction était déraisonnable, comme le juge l'a manifestement cru, il avait le droit d'être acquitté. Cette application du moyen de défense d'erreur de fait pourrait se justifier n'était-ce du fait que le juge du procès a en outre conclu que l'appelant a ignoré volontairement la réalité dans son comportement du 15 octobre. Une telle conclusion a eu pour effet d'empêcher l'application du moyen de défense et d'engendrer un résultat différent. Par conséquent, je suis d'avis que le juge du procès a

lant was wilfully blind to the consequences of his acts she did not apply them according to law.

The idea of wilful blindness in circumstances such as this has been said to be an aspect of recklessness. While this may well be true, it is wise to keep the two concepts separate because they result from different mental attitudes and lead to different legal results. A finding of recklessness in this case could not override the defence of mistake of fact. The appellant asserts an honest belief that the consent of the complainant was not caused by fear and threats. The trial judge found that such an honest belief existed. In the facts of this case, because of the reckless conduct of the appellant, it could not be said that such a belief was reasonable but, as held in *Pappajohn*, the mere honesty of the belief will support the 'mistake of fact' defence, even where it is unreasonable. On the other hand, a finding of wilful blindness as to the very facts about which the honest belief is now asserted would leave no room for the application of the defence because, where wilful blindness is shown, the law presumes knowledge on the part of the accused, in this case knowledge that the consent had been induced by threats.

Wilful blindness is distinct from recklessness because, while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. The culpability in recklessness is justified by consciousness of the risk and by proceeding in the face of it, while in wilful blindness it is justified by the accused's fault in deliberately failing to inquire when he knows there is reason for inquiry. Cases such as *R. v. Wretham*

commis une erreur sur cette question parce que, bien qu'elle ait tiré les conclusions de fait nécessaires portant que l'appelant a ignoré volontairement les conséquences de ses actes, elle ne les a pas appliquées conformément à la loi.

On a dit que le concept de l'ignorance volontaire dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce est une forme d'insouciance. Bien que ce puisse fort bien être vrai, il est sage de maintenir la distinction entre les deux concepts, parce qu'ils découlent d'attitudes psychologiques différentes et entraînent des résultats différents sur le plan juridique. Une conclusion d'insouciance en l'espèce ne pouvait pas l'emporter sur le moyen de défense d'erreur de fait. L'appelant fait valoir qu'il a cru sincèrement que le consentement de la plaignante n'était pas dû à la crainte et à des menaces. Le juge du procès a conclu à l'existence de cette conviction sincère. D'après les faits de l'espèce, en raison de la conduite insouciance de l'appelant, on ne pouvait pas dire qu'une telle conviction était raisonnable, mais, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Pappajohn*, le seul fait que la conviction est sincère justifie le moyen de défense d'«erreur de fait», même si elle est déraisonnable. Par contre, une conclusion d'ignorance volontaire quant aux faits mêmes au sujet desquels on fait maintenant valoir qu'il y a eu conviction sincère ne permettrait pas d'appliquer le moyen de défense parce que, lorsque l'on démontre qu'il y a eu ignorance volontaire, la loi présume qu'il y avait connaissance de la part de l'accusé, en l'espèce qu'il savait que le consentement avait été arraché par des menaces.

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce que, alors que l'insouciance comporte la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. La culpabilité dans le cas d'insouciance se justifie par la prise de conscience du risque et par le fait d'agir malgré celui-ci, alors que dans le cas de l'ignorance volontaire elle se justifie par la faute que commet l'accusé en omettant délibérément de se renseigner

(1971), 16 C.R.N.S. 124 (Ont. C.A.); *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.), appeal dismissed in this Court at (1971), 4 C.C.C. (2d) 566 (see: [1971] S.C.R. v, unreported); *R. v. Currie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 292 (Ont. C.A.); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.); *R. v. Aiello* (1978), 38 C.C.C. (2d) 485 (Ont. C.A.); *Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter), Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284, among others illustrate these principles. The textwriters have also dealt with the subject, particularly Glanville Williams (*Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., 1961, at pp. 157-160). He says, at p. 157:

Knowledge, then, means either personal knowledge or (in the licence cases) imputed knowledge. In either event there is someone with actual knowledge. To the requirement of actual knowledge there is one strictly limited exception. Men readily regard their suspicions as unworthy of them when it is to their advantage to do so. To meet this, the 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.

He then referred to the words of Lord Sumner in *The Zamora No. 2*, [1921] 1 A.C. 801, at pp. 811-12, which was a case wherein a ship and cargo were condemned in the Prize Court as contraband. The managing director of the shipping company denied knowledge of the contraband carried by the ship, and on this subject Lord Sumner said at pp. 811-12:

Lord Sterndale [the president of the Prize Court] thus expressed his final conclusion: "I think the true inference is that, if Mr. Banck did not know this was a transaction in contraband, it was because he did not want to know, and that he has not rebutted the presumption arising from the fact of the whole cargo being contraband."

Their Lordships have been invited to read this as saying that Mr. Banck is not proved to have known the contraband character of the adventure; that if he did not know, because he did not want to know, he was within his rights and owed no duty to the belligerents to inform himself; and that the *Zamora* is condemned contrary to the passage above cited from *The Hakan*, [1918] A.C. 148, upon a legal presumption arising solely and arbi-

lorsqu'il sait qu'il y a des motifs de le faire. Ces principes sont illustrés notamment par des arrêts comme *R. v. Wretham* (1971), 16 C.R.N.S. 124 (C.A. Ont.); *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (C.A.C.-B.), pourvoi rejeté en cette Cour à (1971), 4 C.C.C. (2d) 566 (voir [1971] R.C.S. v, non publié); *R. v. Currie* (1975), 24 C.C.C. (2d) 292 (C.A. Ont.); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (C.A.C.-B.); *R. v. Aiello* (1978), 38 C.C.C. (2d) 485 (C.A. Ont.); *Roper v. Taylor's Central Garages (Exeter), Ltd.*, [1951] 2 T.L.R. 284. La doctrine aborde également le sujet, particulièrement Glanville Williams (*Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., 1961, aux pp. 157 à 160). Il affirme, à la p. 157:

[TRADUCTION] La connaissance s'entend alors soit de la connaissance personnelle soit (comme dans les affaires relatives à des licences) de la connaissance présumée. Dans l'un ou l'autre cas, il y a quelqu'un qui a une connaissance réelle. Il y a une seule exception bien définie à l'exigence de la connaissance réelle. Les gens considèrent facilement leurs soupçons comme non fondés s'il y va de leur avantage. Face à cela, la règle veut que celui qui a des doutes, mais omet délibérément de se renseigner parce qu'il préfère demeurer dans l'ignorance, est présumé avoir connaissance.

Il mentionne ensuite les paroles de lord Sumner dans *The Zamora No. 2*, [1921] 1 A.C. 801, aux pp. 811 et 812, une affaire où un navire et sa cargaison ont été déclarés contrebande par la Prize Court. Le directeur de la compagnie d'expédition a nié savoir que le navire transportait de la marchandise de contrebande et lord Sumner a fait le commentaire suivant à ce propos, aux pp. 811 et 812:

[TRADUCTION] Lord Sterndale (le président de la Prize Court) exprime ainsi sa conclusion définitive : «Je crois qu'il faut conclure que si M. Banck ne savait pas qu'il s'agissait là d'une opération de contrebande, c'est parce qu'il ne voulait pas le savoir et qu'il n'a pas repoussé la présomption découlant du fait que toute la cargaison était de la contrebande.»

Leurs seigneuries ont été invitées à interpréter cela comme signifiant qu'il n'a pas été prouvé que M. Banck connaissait le caractère de contrebande de l'expédition; que s'il ne le savait pas parce qu'il ne voulait pas le savoir, il en avait le droit et n'avait aucune obligation envers les belligérants de se renseigner; et que le *Zamora* est condamné contrairement à l'extrait déjà cité de l'arrêt *The Hakan*, [1918] A.C. 148, sur la présomp-

trarily from the fact that the whole cargo was contraband. It may be that in his anxiety not to state more than he found against Mr. Banck, the learned President appeared to state something less, but there are two senses in which a man is said not to know something because he does not want to know it. A thing may be troublesome to learn, and the knowledge of it, when acquired, may be uninteresting or distasteful. To refuse to know any more about the subject or anything at all is then a wilful but a real ignorance. On the other hand, a man is said not to know because he does not want to know, where the substance of the thing is borne in upon his mind with a conviction that full details or precise proofs may be dangerous, because they may embarrass his denials or compromise his protests. In such a case he flatters himself that where ignorance is safe, 'tis folly to be wise, but there he is wrong, for he has been put upon notice and his further ignorance, even though actual and complete, is a mere affectation and disguise.

Glanville Williams, however, warns that the rule of deliberate blindness has its dangers and is of narrow application. He says, at p. 159:

The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law. It is, at the same time, an unstable rule, because judges are apt to forget its very limited scope. A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized 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. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. Any wider definition would make the doctrine of wilful blindness indistinguishable from the civil doctrine of negligence in not obtaining knowledge.

This subject is also dealt with by Professor Stuart in *Canadian Criminal Law*, 1982, at pp. 130 *et seq.*, where its relationship to recklessness is discussed.

This case reveals, in my view, an appropriate set of circumstances for the application of the 'wilful blindness' rule. I have outlined the circumstances which form the background. I have referred to the findings of the trial judge that the appellant blind-

tion en droit qui découle uniquement et de façon arbitraire du fait que toute la cargaison était de la contrebande. Il se peut que dans son souci de ne pas dépasser sa pensée en exprimant ses conclusions défavorables à M. Banck le savant président semble dire moins, mais il y a deux manières de dire qu'une personne ne sait pas quelque chose parce qu'elle ne veut pas le savoir. Une chose peut être troublante à apprendre et la connaissance qu'on en a peut être sans intérêt ou désagréable. Refuser d'en savoir plus sur la question ou de savoir quoi que ce soit constitue alors de l'ignorance volontaire mais réelle. D'autre part, on peut dire qu'une personne ne sait pas quelque chose parce qu'elle ne veut pas le savoir alors que l'essence de la chose est présente à son esprit avec la conviction que toutes les particularités ou les preuves précises peuvent être dangereuses parce qu'elles peuvent gêner ses dénégations ou compromettre ses protestations. Dans ce cas, une personne s'illusionne en pensant que s'il est prudent de ne pas savoir, ce serait folie d'être sage, mais en cela elle a tort puisqu'elle a déjà des doutes et, bien qu'elle soit réelle et totale, son ignorance n'est que prétention et mascarade.

Glanville Williams signale cependant que la règle de l'ignorance volontaire comporte des dangers et a une application limitée. Il dit, à la p. 159:

[TRADUCTION] La règle selon laquelle l'ignorance volontaire équivaut à la connaissance est essentielle et se rencontre partout dans le droit criminel. En même temps, c'est une règle instable parce que les juges sont susceptibles d'en oublier la portée très limitée. Une cour peut valablement conclure à l'ignorance volontaire seulement lorsqu'on peut presque dire que le défendeur connaissait réellement le fait. Il le soupçonnait; il se rendait compte de sa probabilité; mais il s'est abstenu d'en obtenir confirmation définitive parce qu'il voulait, le cas échéant, être capable de nier qu'il savait. Cela, et cela seulement, constitue de l'ignorance volontaire. Il faut en effet qu'il y ait conclusion que le défendeur a voulu tromper l'administration de la justice. Toute définition plus générale aurait pour effet d'empêcher la distinction entre la doctrine de l'ignorance volontaire et la doctrine civile de la négligence de se renseigner.

Le professeur Stuart aborde aussi ce sujet dans *Canadian Criminal Law*, 1982, aux pp. 130 *et suiv.* où il traite de son rapport avec l'insouciance.

À mon avis, l'espèce comporte un ensemble de circonstances qui permettent d'appliquer la règle de «l'ignorance volontaire». J'ai souligné les circonstances qui forment le contexte. J'ai mentionné les conclusions du juge du procès selon lesquelles

ed himself to the obvious and made no inquiry as to the nature of the consent which was given. If the evidence before the Court was limited to the events of October 15, it would be difficult indeed to infer wilful blindness. To attribute criminal liability on the basis of this one incident would come close to applying a constructive test to the effect that he should have known she was consenting out of fear. The position, however, is changed when the evidence reveals the earlier episode and the complaint of rape which it caused, knowledge of which, as I have said, had clearly reached the accused. Considering the whole of the evidence then, no constructive test of knowledge is required. The appellant was aware of the likelihood of the complainant's reaction to his threats. To proceed with intercourse in such circumstances constitutes, in my view, self-deception to the point of wilful blindness.

In my view, it was error on the part of the trial judge to give effect to the 'mistake of fact' defence in these circumstances where she had found that the complainant consented out of fear and the appellant was wilfully blind to the existing circumstances, seeing only what he wished to see. Where the accused is deliberately ignorant as a result of blinding himself to reality the law presumes knowledge, in this case knowledge of the nature of the consent. There was therefore no room for the operation of this defence.

This is not to be taken as a retreat from the position taken in *Pappajohn* that the honest belief need not be reasonable. It is not to be thought that any time an accused forms an honest though unreasonable belief he will be deprived of the defence of mistake of fact. This case rests on a different proposition. Having wilfully blinded himself to the facts before him, the fact that an accused may be enabled to preserve what could be called an honest belief, in the sense that he has no specific knowledge to the contrary, will not afford a defence because, where the accused becomes deliberately blind to the existing facts, he is fixed

l'appelant s'est fermé les yeux devant l'évidence et ne s'est pas renseigné sur la nature du consentement donné. Si la preuve soumise à cette Cour se limitait aux événements du 15 octobre, il serait en effet difficile de conclure à l'ignorance volontaire. Imputer une responsabilité criminelle en fonction de ce seul incident reviendrait presque à appliquer un critère de présomption qu'il aurait dû savoir qu'elle consentait par crainte. Il en va cependant autrement lorsque les éléments de preuve révèlent l'incident antérieur et la plainte de viol qui en a résulté, et dont l'accusé avait, comme je l'ai déjà dit, manifestement eu connaissance. Considérant l'ensemble de la preuve, il n'est pas nécessaire d'appliquer de critère de présomption de connaissance. L'appelant connaissait la réaction probable de la plaignante à ses menaces. Avoir des rapports sexuels dans ces circonstances équivaut, à mon avis, à s'illusionner à tel point que cela constitue de l'ignorance volontaire.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en faisant droit au moyen de défense d'«erreur de fait» dans ces circonstances qui lui ont fait conclure que la plaignante avait consenti par crainte et que l'appelant s'est volontairement fermé les yeux devant les circonstances en présence, voyant seulement ce qu'il souhaitait voir. Lorsque l'accusé ignore un fait délibérément parce qu'il se ferme lui-même les yeux devant la réalité, le droit présume qu'il y a connaissance, en l'espèce connaissance de la nature du consentement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ce moyen de défense.

On ne doit pas interpréter cela comme un éloignement de la position adoptée dans l'arrêt *Pappajohn*, selon laquelle il n'est pas nécessaire que la conviction sincère soit raisonnable. Il ne faut pas conclure que, chaque fois qu'un accusé a une conviction sincère mais déraisonnable, il ne pourra pas se prévaloir du moyen de défense d'erreur de fait. L'espèce repose sur un principe différent. Après s'être volontairement fermé les yeux devant les faits, la possibilité que l'accusé puisse conserver ce qu'on pourrait appeler une conviction sincère, dans le sens qu'il n'a pas de connaissance précise de faits contraires, ne constitue pas un moyen de défense parce que, lorsque l'accusé ferme délibérément les yeux devant la réalité, la loi détermine



by law with actual knowledge and his belief in another state of facts is irrelevant.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Department of the Attorney-General for the Province of Manitoba, Winnipeg.*

qu'il a une connaissance réelle et sa croyance en un autre état de choses est sans importance.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>a</sup> *Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Walsh, Micay and Company, Winnipeg.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.*

**Ronald James Dyck** *Appellant*;

and

**Manitoba Snowmobile Association Inc. and  
Reginald Wood** *Respondents*.

File No.: 17305.

1985: March 28, 29; 1985: May 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Contracts — Waiver clause — Race sanctioned by Association — Association's disclaimers of liability in rules and application forms known to participant — Accident caused by signal man on track — Negligence alleged and damages sought — Whether or not waiver clause effective — Whether or not fundamental breach — Whether or not unconscionable transaction — Whether or not against public policy.*

This action in negligence to recover damages arose out of an accident that occurred during a snowmobile race sanctioned by respondent Association. Appellant collided with respondent Wood, who signalled the end of the race as usual by moving onto mid-track. Appellant subsequently struck a wall. The Association's rules and the competition membership application purportedly released the Association from liability, although they did not expressly refer to injuries resulting from the negligence of the Association or its servants. The signed entry form for the race, however, included a waiver clause that referred to negligence. The action was dismissed both at trial and on appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The waiver clause in the race entry form, given the context in which it was signed, exonerated the Association and Wood (for whom the Association had acted as agent) from liability. The parties clearly had a release in mind, even though the clause was worded in the form of an indemnity. The effect of the clause could not be avoided on the grounds of its being unfair, unreasonable and inapplicable to the accident. Signalling from mid-track was not so unusual as to make it fall outside the contemplation of the clause. Appellant knew of the

**Ronald James Dyck** *Appellant*;

et

**Manitoba Snowmobile Association Inc. et  
Reginald Wood** *Intimés*.

N° du greffe: 17305.

1985: 28, 29 mars; 1985: 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*c Contrats — Clause de décharge — Course sous les auspices de l'Association — Stipulation de non-responsabilité de l'Association dans son règlement et les demandes de participation, connue du concurrent — Accident causé par le préposé au signal de fin de course qui s'était avancé sur la piste — Allégation de négligence et réclamation de dommages-intérêts — La clause de décharge s'applique-t-elle? — Y a-t-il eu inexécution fondamentale? — S'agit-il d'une transaction déraisonnable? — La clause est-elle contraire à l'intérêt public?*

La présente action en dommages-intérêts, fondée sur la négligence, a été intentée par suite d'un accident survenu pendant une course de motoneiges tenue sous les auspices de l'Association intimée. L'appellant a heurté l'intimé Wood qui, pour donner le signal de fin de course, s'était comme à l'habitude avancé jusqu'à mi-piste. L'appellant a par la suite heurté un mur. Le règlement de l'Association et la demande de participation à la compétition avaient pour effet de dégager l'Association de toute responsabilité, même s'ils ne mentionnaient par expressément les blessures dues à la négligence de l'Association ou de ses préposés. La formule d'inscription à la course, qu'il avait signée, comportait toutefois une clause de décharge qui mentionnait la négligence. L'action a été rejetée tant en première instance qu'en appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La clause de décharge sur la formule d'inscription à la course, compte tenu du contexte dans lequel elle a été signée, a pour effet d'exonérer de toute responsabilité l'Association et Wood (l'Association ayant agi comme mandataire de ce dernier). Les parties avaient nettement à l'esprit une décharge même si la clause est formulée comme une clause d'indemnité. L'effet de la clause ne peut pas être contourné pour le motif qu'elle est injuste, déraisonnable et inapplicable à l'accident. Donner un signal en se tenant à mi-piste n'était pas inhabituel au

dangers involved and voluntarily participated without social or economic pressure being exerted on him by the Association. The clause was, therefore, reasonable in the circumstances, so the doctrine of fundamental breach, even if extended beyond questions of construction, need not be examined. Nor could the contract be declared unenforceable because of one party's having a stronger bargaining position than the other, or indeed, on any ground of public policy.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1982), 136 D.L.R. (3d) 11, 21 C.C.L.T. 38, 11 Man. R. (2d) 308, dismissing an appeal from a judgment of Kroft J. Appeal dismissed.

*A. H. Dalmyn*, for the appellant.

*B. Patrick Metcalfe* and *David J. Sissons*, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This is an appeal from the Court of Appeal of Manitoba in which it dismissed an appeal from a judgment of Kroft J. in which he dismissed the appellant's action in negligence against both respondents to recover damages for injuries suffered by the appellant in the course of a snowmobile race.

The facts are fully set forth in the judgments in the courts below and require only a brief summary here. The appellant, Dyck, on February 23, 1975, suffered serious injuries while taking part in a snowmobile race at Beausejour, Manitoba sanctioned by the respondent Snowmobile Association. Dyck was a member of the Association whose rules, which Dyck had read, purported to release the Association from all liability for injuries suffered by entrants in races sanctioned by it. The competition membership application signed by Dyck also purported to release the Association from such liability. These documents made no express mention of injuries resulting from the negligence of the Association or its servants but the entry form for the race, also signed by Dyck, expressly set forth his agreement to save harmless and keep indemnified the Association, its organiz-

point de ne pas être envisagé par la clause. L'appelant connaissait les dangers que ces courses comportaient et il y a volontairement participé sans que l'Association n'ait exercé aucune pression sociale ou économique sur lui. Par conséquent, la clause est raisonnable en l'espèce et il n'est donc pas nécessaire d'examiner la doctrine de l'inexécution fondamentale même si elle n'est pas confinée à des questions d'interprétation. Le contrat ne peut pas non plus être déclaré non exécutoire pour le motif que l'une des parties jouissait d'un plus grand pouvoir de négociation, ou en fait pour un motif quelconque d'intérêt public.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1982), 136 D.L.R. (3d) 11, 21 C.C.L.T. 38, 11 Man. R. (2d) 308, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Kroft. Pourvoi rejeté.

*A. H. Dalmyn*, pour l'appelant.

*B. Patrick Metcalfe* et *David J. Sissons*, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Kroft qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts, fondée sur la négligence, que l'appelant avait intentée contre les deux intimés pour des blessures subies au cours d'une course de motoneiges.

Les faits sont exposés au complet dans les jugements des cours d'instance inférieure, aussi n'est-il nécessaire de n'en donner ici qu'un bref résumé. Le 23 février 1975, l'appelant Dyck a subi des blessures graves alors qu'il participait, à Beausejour au Manitoba, à une course de motoneiges tenue sous les auspices de l'Association de motoneigistes intimée. Dyck était membre de l'Association dont le règlement, que Dyck avait lu, avait pour effet de décharger l'Association de toute responsabilité pour blessures subies par des concurrents lors des courses tenues sous ses auspices. La demande de participation à la compétition, signée par Dyck, avait aussi pour effet de décharger l'Association d'une telle responsabilité. Ces pièces ne mentionnent pas expressément les blessures dues à la négligence de l'Association ou de ses préposés, mais la formule d'inscription à la course,

ers, agents, officials, servants and representatives from all liability, howsoever caused, in connection with taking part in the race “notwithstanding that the same may have been contributed to or occasioned by [their] negligence”.

The accident occurred when Dyck’s snowmobile collided with the respondent Wood who was responsible for signalling the finish of the race. In doing this, Wood, following his usual practice, moved well onto the track to signal the driver, being around the middle of the track when Dyck collided with him. This caused Dyck to strike the outside wall of the track from which he suffered the injuries that gave rise to this action.

Kroft J. found that Dyck and Wood were both negligent and would have found Wood and, through the principle of vicarious liability, the Association responsible for one-third of the damages resulting to Dyck from his injuries. He, however, excluded the respondent Association from liability on the basis of the waiver of liability clause in the entry form of which, he found, Dyck had full notice. On the evidence, he further held that the clause applied to release Wood as well as the Association from liability.

The Court of Appeal disagreed with Kroft J. regarding responsibility for the accident, holding that the accident resulted solely from the negligence of Wood. It, however, dismissed the appeal because of the operation of the waiver clause in the entry form Dyck had signed. It agreed with Kroft J. that this clause applied to Wood as well as to the Association.

We agree for the reasons given by Mr. Justice Huband on behalf of the Court of Appeal that, in the context in which it was signed, the waiver clause in the entry form exonerated the Association from liability for the accident, and that Wood is also exonerated because the Association was acting as his agent in obtaining the waiver.

également signée par Dyck, dit expressément qu’il a convenu d’exempter l’Association, ses organisateurs, préposés, officiels, mandataires et représentants, de toute responsabilité, quelle qu’en soit la cause, liée à sa participation à la course [TRADUCTION] «même si, par [leur] négligence, ils peuvent avoir contribué au dommage ou l’avoir occasionné».

L’accident s’est produit lorsque la motoneige de Dyck a heurté l’intimé Wood qui était chargé de donner le signal de fin de course. Ce faisant, Wood, selon sa pratique habituelle, s’est avancé fort avant sur la piste pour donner le signal au conducteur; il se trouvait près du milieu de la piste lorsque Dyck l’a frappé. Ce qui a fait que Dyck a heurté le mur extérieur de la piste, subissant par là les blessures à l’origine de l’action.

Le juge Kroft a conclu que Dyck et Wood avaient tous deux été négligents et il aurait jugé Wood et, par le jeu du principe de la responsabilité du fait d’autrui, l’Association, responsables d’un tiers des dommages causés à Dyck par suite de ses blessures. Il a cependant exonéré l’Association intimée de toute responsabilité en raison de la clause de décharge de responsabilité que contient la formule d’inscription, dont il a constaté que Dyck avait eu pleine connaissance. Se fondant sur la preuve administrée, il a jugé en outre que cette clause a pour effet d’exonérer de toute responsabilité autant Wood que l’Association.

La Cour d’appel n’a pas partagé l’avis du juge Kroft en ce qui regarde la responsabilité de l’accident, jugeant que celui-ci résultait uniquement de la négligence de Wood. Cependant, elle a rejeté l’appel à cause de la clause de décharge de la formule d’inscription signée par Dyck. Elle a reconnu comme le juge Kroft que la clause s’applique à Wood aussi bien qu’à l’Association.

Pour les motifs donnés par le juge Huband au nom de la Cour d’appel, nous sommes d’accord pour dire que, dans le contexte dans lequel elle a été signée, la clause de décharge sur la formule d’inscription a pour effet d’exonérer l’Association de toute responsabilité à l’égard de l’accident et que Wood est aussi exonéré, l’Association ayant agi comme son mandataire en obtenant la décharge.

On this appeal it was argued on behalf of Dyck that the waiver clause was worded in the form of an indemnity rather than a release. However, the context clearly reveals that a release is what the parties had in mind. Indeed at one point it is referred to in the entry form as a waiver of claim and the earlier waiver clauses underline that this was the parties' intention.

Counsel for the appellant also attempted to avoid the effect of the waiver clause on various grounds ultimately based on the thesis that it was unfair, unreasonable and inapplicable to the accident. One such ground was that the conduct of Wood in standing where he did on the track constituted negligence of a kind that was radically different from anything reasonable men could have contemplated. But surely this was precisely the type of negligence contemplated by the exclusion clause. This is underscored by the evidence which reveals that Wood's actions, though found to be negligent by the trial judge and the Court of Appeal, are not regarded as unusual by persons involved in snowmobile racing.

The appellant's argument on fundamental breach, however, went beyond one of mere construction of the contract and rather merged with his thesis that the waiver clause was unreasonable. Whether the doctrine of fundamental breach is confined to questions of construction, or whether it involves the power of a court to declare that certain contractual arrangements are so manifestly unfair and unreasonable as to be unenforceable, it is unnecessary to consider. The central fact is that a waiver clause of the kind in issue in the present case does not appear to be unreasonable. The appellant knew, or should have known, that snowmobile racing is a dangerous sport and he voluntarily participated in it. Though the Association had the control of snowmobile racing, this is hardly akin to the situations where the doctrine of fundamental breach has seen its widest extension, namely, where a commercial firm supplies to the public ordinary items of trade and from a commercial point of view dictates the terms on which

Lors du présent pourvoi, on a soutenu au nom de Dyck que la clause de décharge est formulée plutôt comme une clause d'indemnité que comme une décharge. Toutefois, le contexte montre clairement que c'est une décharge que les parties avaient à l'esprit. D'ailleurs, en un point dans la formule d'inscription, on mentionne qu'il s'agit d'une renonciation et les clauses de décharge antérieures soulignent que c'était bien là l'intention des parties.

L'avocat de l'appellant a aussi tenté de contourner l'effet de la clause de décharge, invoquant divers moyens fondés en fin de compte sur la thèse qu'elle est injuste, déraisonnable et inapplicable à l'accident. L'un de ces moyens est que la conduite de Wood, c.-à-d. se tenir au milieu de la piste, constitue une négligence d'un genre radicalement différent de tout ce que des personnes raisonnables auraient pu prévoir. Mais, sûrement, c'est précisément là le genre de négligence qu'envisage la clause d'exclusion. C'est ce qui ressort de la preuve qui révèle que les actes de Wood, quoique le juge de première instance et la Cour d'appel les aient jugés négligents, ne sont pas considérés comme inhabituels dans le milieu de la course de motoneiges.

Cependant l'argument de l'appellant, fondé sur l'inexécution fondamentale, va au-delà d'une simple interprétation du contrat et rejoint plutôt sa thèse que la décharge est déraisonnable. Il n'est pas nécessaire d'examiner si la doctrine de l'inexécution fondamentale est confinée à des questions d'interprétation ou si elle fait intervenir le pouvoir d'un tribunal de déclarer que certaines clauses contractuelles sont manifestement injustes et déraisonnables au point d'être inexécutables. Le fait important est qu'une clause de décharge du genre de celle en l'espèce ne semble pas déraisonnable. L'appellant savait, ou aurait dû savoir, que la course de motoneiges est un sport dangereux, or il y a volontairement participé. Même si l'Association avait le contrôle de la course, cela ne ressemble guère aux situations où la doctrine de l'inexécution fondamentale a été appliquée dans son sens le plus large, notamment à la firme commerciale qui fournit au public des articles qu'on trouve habituellement dans le commerce et qui, d'un

consumers are to obtain these goods. The Association here is a voluntary body that organizes for the benefit of its members and the public a sporting activity that carries with it well-known and obvious dangers.

Nor does the relationship of Dyck and the Association fall within the class of cases, notable among which are contracts made on dissolution of marriage, where the differences between the bargaining strength of the parties is such that the courts will hold a transaction unconscionable and so unenforceable where the stronger party has taken unfair advantage of the other. The appellant freely joined and participated in activities organized by an association. The Association neither exercised pressure on the appellant nor unfairly took advantage of social or economic pressures on him to get him to participate in its activities. As already mentioned, the races carried with them inherent dangers of which the appellant should have been aware and it was in no way unreasonable for an organization like the Association to seek to protect itself against liability from suit for damages arising out of such dangers. It follows from this that there are no grounds of public policy on which the waiver clause should be struck down, an issue also raised on behalf of the appellant.

In light of the foregoing, it becomes unnecessary to discuss the issues of negligence and contributory negligence or other questions raised by the parties. The appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondents: D'Arcy and Deacon, Winnipeg.*

point de vue commercial, dicte les conditions auxquelles les consommateurs pourront obtenir ces marchandises. L'Association en l'espèce est un organisme bénévole qui organise pour le bénéfice de ses membres et du public une activité sportive qui comporte des dangers évidents et bien connus.

Les rapports entre Dyck et l'Association ne se situent pas non plus dans cette catégorie de cas, dont font partie notamment les contrats conclus lors de la dissolution d'un mariage, où la différence entre le pouvoir de négociation des parties est telle que les tribunaux considéreront que la transaction est déraisonnable et donc qu'elle n'est pas exécutoire lorsque la partie en position de force a injustement abusé de l'autre. L'appellant a librement adhéré à une association et participé aux activités qu'elle organisait. L'Association n'a exercé aucune pression sur l'appellant ni profité injustement de pressions sociales ou économiques exercées sur lui pour l'amener à participer à ses activités. Comme nous l'avons déjà dit, les courses comportent des dangers inhérents dont l'appellant aurait dû avoir conscience et il n'est nullement déraisonnable qu'une organisation comme cette Association cherche à se protéger contre toute responsabilité en cas de poursuite en dommages-intérêts résultant de ces dangers. Il s'ensuit qu'il n'existe aucun motif d'intérêt public d'écarter la décharge, un moyen aussi invoqué au nom de l'appellant.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'analyser les questions de la négligence et de la faute de la victime ni les autres questions soulevées par les parties. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés: D'Arcy and Deacon, Winnipeg.*

**David Andrew Bell, Randy George Blake,  
Brian James Dempsey, John Edward  
Beattey, Robert Vincent Caruso and  
Richard Neil Gillespie** *Appellants*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 17037.

1985: March 5, 6; 1985: May 23.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Courts — Election — Jurisdiction  
— Accused consenting to be tried by a “court composed  
of a judge who is not a judge of a superior court of  
criminal jurisdiction” — Crown able to choose trial  
before county or district court judge and jury or a  
supreme court judge and jury — Criminal Code,  
s. 429.1.*

*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence  
admissible — Charge to jury on similar fact evidence  
acceptable.*

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 429.1 [rep. &  
sub. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 38].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court  
of Appeal rendered March 22, 1982, dismissing  
appellants' appeal from their convictions (1979),  
50 C.C.C. (2d) 400, 10 C.R. (3d) 345. Appeal  
dismissed.

*Clayton C. Ruby and Melvyn Green*, for the  
appellants Bell and Blake.

*Ronald R. Price, Q.C.*, for the appellant  
Dempsey.

*Alan D. Gold*, for the appellants Beattey,  
Caruso and Gillespie.

*Brian J. Gover*, for the respondent.

**David Andrew Bell, Randy George Blake,  
Brian James Dempsey, John Edward  
Beattey, Robert Vincent Caruso et Richard  
Neil Gillespie** *Appellants*;

<sup>a</sup>  
et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 17037.

<sup>b</sup>  
1985: 5, 6 mars; 1985: 23 mai.

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

<sup>c</sup>  
EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>d</sup>  
*Droit criminel — Tribunaux — Choix — Compé-  
tence — Consentement des accusés à être jugés par  
«une cour composée d'un juge qui n'est pas un juge  
d'une cour supérieure de juridiction criminelle» —  
Possibilité pour la poursuite de choisir entre un procès  
devant un juge de cour de comté ou de district et un  
jury ou devant un juge de cour suprême et un jury —  
Code criminel, art. 429.1.*

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité de la  
preuve de faits similaires — Caractère acceptable de  
l'exposé au jury sur la preuve de faits similaires.*

<sup>f</sup>  
Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 429.1 [abr.  
& remp. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 38].

<sup>g</sup>  
POURVOI contre un arrêt rendu le 22 mars  
1982 par la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté  
l'appel des appelants contre leur déclaration de  
culpabilité (1979), 50 C.C.C. (2d) 400, 10 C.R.  
(3d) 345. Pourvoi rejeté.

*Clayton C. Ruby et Melvyn Green*, pour les  
appelants Bell et Blake.

<sup>i</sup>  
*Ronald R. Price, c.r.*, pour l'appellant Dempsey.

*Alan D. Gold*, pour les appelants Beattey,  
Caruso et Gillespie.

<sup>j</sup>  
*Brian J. Gover*, pour l'intimée.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—Two points were raised on this appeal.

On the first point, we are all agreed that the trial judge and the Court of Appeal of Ontario were correct in holding that where an accused consents under s. 429.1 of the *Criminal Code* to be tried by a “court composed of a judge who is not a judge of the superior court of criminal jurisdiction”, the Attorney General or his agent may choose to have him tried either before a county or district court judge and a jury or before a supreme court judge and a jury.

On the second point, we agree with the Court of Appeal that the trial judge made no error in admitting similar fact evidence in this case and that his charge on this matter was acceptable.

The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants Bell and Blake: Clayton C. Ruby and Melvyn Green, Toronto.*

*Solicitor for the appellant Dempsey: Ronald R. Price, Kingston.*

*Solicitor for the appellants Beatteay, Caruso and Gillespie: Alan D. Gold, Toronto.*

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

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Ce pourvoi soulève deux questions.

<sup>a</sup> Quant à la première nous sommes tous d’avis que le juge de première instance et la Cour d’appel de l’Ontario ont eu raison de décider que lorsque, conformément à l’art. 429.1 du *Code criminel*, un accusé consent à être jugé par «une cour composée d’un juge qui n’est pas un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle», le procureur général ou son représentant peut choisir de le faire juger devant un juge de cour de comté ou de district et un jury ou devant un juge de cour suprême et un jury.

<sup>d</sup> Quant à la seconde question, nous sommes d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge du procès n’a commis aucune erreur en admettant la preuve de faits similaires en l’espèce et que son exposé au jury sur ce point était acceptable.

Le pourvoi est rejeté.

<sup>e</sup> *Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants Bell et Blake: Clayton C. Ruby et Melvyn Green, Toronto.*

<sup>f</sup> *Procureur de l’appellant Dempsey: Ronald R. Price, Kingston.*

*Procureur des appelants Beatteay, Caruso et Gillespie: Alan D. Gold, Toronto.*

<sup>g</sup> *Procureur de l’intimée: Le procureur général de la province de l’Ontario, Toronto.*



**Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon, Roméo Côté, Dame Lucette Hade, Robert Wilson, Gérard Barrette**  
*Appellants;*

and

**Collège d'enseignement général et professionnel de Lévis-Lauzon** *Respondent;*

and

**Mr. François G. Fortier, Mr. Pierre Gagnon, Dame Hélène Choquette** *Mis en cause;*

and

**Lionel Labbé** *Mis en cause.*

File No: 17069.

1983: October 31; 1985: May 23.

Present: Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour law — Arbitrator — Judicial review — Preliminary objection that grievances filed late dismissed by arbitrator — Evocation — Whether decision of arbitrator on lateness of grievance subject to judicial review.*

Appellant teachers filed grievances claiming that their university level teaching experience should be regarded as teaching experience. The respondent asked the arbitration tribunal to dismiss these grievances on the ground that they were prescribed because they had not been filed within the deadlines specified in clause 9-1.03 of the collective agreement. The tribunal found that clause 9-2.15 of the agreement, regarding "errors of evaluation", should be applied in the circumstances and dismissed respondent's objection. The continuance of the hearing ordered by the arbitration tribunal was interrupted by the issuance of a writ of evocation authorized by the Superior Court. The Court held that the arbitration tribunal had exceeded its jurisdiction by a misinterpretation of the collective agreement. The Court of Appeal affirmed the judgment. The purpose of this appeal is to determine whether an arbitrator's decision on the late filing of a grievance is a preliminary question giving rise to a remedy in evocation.

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon, Roméo Côté, Dame Lucette Hade, Robert Wilson, Gérard Barrette**  
*Appellants;*

<sup>a</sup> et

**Collège d'enseignement général et professionnel de Lévis-Lauzon** *Intimé;*

<sup>b</sup> et

**M<sup>e</sup> François G. Fortier, M. Pierre Gagnon, Dame Hélène Choquette** *Mis en cause;*

<sup>c</sup> et

**Lionel Labbé** *Mis en cause.*

N<sup>o</sup> du greffe: 17069.

<sup>d</sup> 1983: 31 octobre; 1985: 23 mai.

Présents: Les juges Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>e</sup>

*Droit du travail — Arbitre — Contrôle judiciaire — Objection préliminaire relative à la tardiveté des griefs rejetée par l'arbitre — Évocation — La décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief est-elle sujette au contrôle judiciaire?*

Les professeurs appelants ont présenté des griefs afin que leur expérience d'enseignement au niveau universitaire soit considérée par l'intimé comme expérience d'enseignement. L'intimé a demandé au tribunal d'arbitrage de rejeter ces griefs alléguant qu'ils étaient prescrits parce qu'ils n'avaient pas été présentés dans les délais prévus à l'art. 9-1.03 de la convention collective. Le tribunal a décidé que l'art. 9-2.15 de la convention relatif aux «erreurs d'évaluation» devait recevoir application en l'espèce et a rejeté l'objection de l'intimé. La poursuite de l'audition ordonnée par le tribunal d'arbitrage a été interrompue par la délivrance d'un bref d'évocation autorisée par la Cour supérieure. La Cour a statué que le tribunal d'arbitrage avait excédé sa juridiction par une interprétation erronée de la convention collective. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Ce pourvoi vise à déterminer si la décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief est une question préliminaire qui donne ouverture au recours en évocation.

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

*Held:* The appeal should be allowed.

The respondent's motion for evocation should be dismissed. The decision of an arbitrator on whether a grievance is late is not jurisdictional in nature and is not a basis for judicial review. Whether correct or not, this decision was made within the limits of the arbitrator's jurisdiction. By unnecessarily separating the preliminary jurisdiction of the arbitration tribunal from its general jurisdiction, the Court of Appeal actually impaired the integrity of the arbitration tribunal's jurisdiction taken as a whole. It is wrong to say that the full jurisdiction of the arbitration tribunal consists in hearing the grievance when it is not prescribed. Rather, its full jurisdiction consists in the power to dispose of grievances before it by applying the relevant provisions of the collective agreement or the law. It has jurisdiction to allow or dismiss these grievances, and its jurisdiction is not placed in question because it allows or dismisses them in accordance with one rather than another of the provisions of the collective agreement. By the dichotomy which it set up between the initial jurisdiction of the arbitration tribunal and its general jurisdiction, the Court of Appeal erroneously transformed the question of prescription of the grievance into one of conferring jurisdiction.

#### Cases cited

*Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394, considered; *Ville de Montréal v. Desfossés*, [1972] R.D.T. 473; *Désourdy Inc. v. Sylvestre*, [1976] C.A. 639; *Prudential Transport Co. v. Lefebvre*, [1978] C.A. 411; *John Lewis Industries Ltée v. Tassoni*, [1977] C.A. 351, followed; *Syndicat international des travailleurs, local 333 v. Cie Sucre Atlantic Ltée*, [1981] C.A. 416; *Union des employés de service (local 298) F.T.Q. v. École Notre-Dame-de-Liesse*, [1974] R.D.T. 487; *Ville de Montréal-Est v. Gagnon*, [1978] C.A. 100; *Désourdy Construction Ltée v. Perreault*, [1978] C.A. 111; *Foyer St-Antoine v. Lalancette*, [1978] C.A. 349; *Commission des accidents du travail de Québec v. Pâtes Domtar Ltée*, J.E. 78-852; *Syndicat des employés de l'Hôpital Régina Ltée v. Hôpital Régina Ltée*, [1980] C.A. 378; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité v. Ingénierie B.G. Checo Ltée*, J.E. 81-354; *Celanese Canada Inc. v. Clément*, [1983] C.A. 319, not followed; *Union Carbide Canada Ltd. v. Weiler*, [1968] S.C.R. 966; *General Truck Drivers Union, Local 938 v. Hoar Transport Co.*, [1969] S.C.R. 634; *Fraternité des policiers de la Ville de Laval Inc. v. Ville de Laval*, [1978] C.A. 120; *Segal v. City of Montreal*, [1931] S.C.R. 460; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. C.L.R.B.*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Canadian Union of*

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La requête en évocation de l'intimé doit être rejetée. La décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief n'est pas de nature juridictionnelle et n'est pas susceptible de contrôle judiciaire. Cette décision, bien fondée ou non, est prise dans le cadre de sa compétence. En scindant inutilement la compétence préliminaire du tribunal d'arbitrage de sa compétence globale, la Cour d'appel a porté atteinte à l'intégrité de la compétence du tribunal considérée dans son ensemble. Il est inexact de dire que la compétence complète du tribunal d'arbitrage consiste à entendre le grief lorsqu'il n'est pas prescrit. Sa compétence globale consiste plutôt dans le pouvoir de disposer des griefs dont il est saisi en appliquant les dispositions pertinentes de la convention collective ou de la loi. Il a compétence pour accueillir ou rejeter ces griefs, et ce n'est pas parce qu'il les accueille ou les rejette en conformité de l'une des dispositions de la convention collective plutôt que d'une autre que sa juridiction est en cause. Par la dichotomie qu'elle a établie entre la compétence initiale du tribunal d'arbitrage et sa compétence globale, la Cour d'appel a erronément transformé la question de la prescription du grief en une question attributive de compétence.

#### Jurisprudence

Arrêt examiné: *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394; arrêts suivis: *Ville de Montréal c. Desfossés*, [1972] R.D.T. 473; *Désourdy Inc. c. Sylvestre*, [1976] C.A. 639; *Prudential Transport Co. c. Lefebvre*, [1978] C.A. 411; *John Lewis Industries Ltée c. Tassoni*, [1977] C.A. 351; arrêts non suivis: *Syndicat international des travailleurs, local 333 c. Cie Sucre Atlantic Ltée*, [1981] C.A. 416; *Union des employés de service (local 298) F.T.Q. c. École Notre-Dame-de-Liesse*, [1974] R.D.T. 487; *Ville de Montréal-Est c. Gagnon*, [1978] C.A. 100; *Désourdy Construction Ltée c. Perreault*, [1978] C.A. 111; *Foyer St-Antoine c. Lalancette*, [1978] C.A. 349; *Commission des accidents du travail de Québec c. Pâtes Domtar Ltée*, J.E. 78-852; *Syndicat des employés de l'Hôpital Régina Ltée c. Hôpital Régina Ltée*, [1980] C.A. 378; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Ingénierie B.G. Checo Ltée*, J.E. 81-354; *Celanese Canada Inc. c. Clément*, [1983] C.A. 319; arrêts mentionnés: *Union Carbide Canada Ltd. v. Weiler*, [1968] R.C.S. 966; *General Truck Drivers Union, Local 938 v. Hoar Transport Co.*, [1969] R.C.S. 634; *Fraternité des policiers de la Ville de Laval Inc. c. Ville de Laval*, [1978] C.A. 120; *Segal v. City of Montreal*, [1931] R.C.S. 460; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412;

*Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 139.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup>, affirming a judgment of the Superior Court<sup>2</sup>, authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal allowed.

*Georges Marceau* and *Giuseppe Sciortino*, for the appellants.

*Marc Rivard*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—Is the decision of an arbitrator on whether a grievance has been filed late subject to judicial review? That is the question for decision. It has been the source of controversy in Quebec for some years, and has resulted in several contradictory decisions by the Quebec Court of Appeal.

#### I—Facts

The facts are not at issue. They are summarized in appellants' factum as follows:

[TRANSLATION] On May 2, 1980 the parties signed on a local basis a collective agreement giving effect to the agreement concluded at the provincial level on April 23, 1980.

On the following May 5 and 29, appellant teachers filed individual grievances in accordance with the provisions of the said collective agreement.

By their grievances appellant teachers contended that the Collège had failed to observe clause 6-3.00 of the agreement in question, by not giving full credit for all their experience, and claimed in these grievances that their university level experience should be regarded as *teaching* experience at the university level, retroactive to the date of their hiring by respondent.

In accordance with the collective agreement, the mis en cause were appointed arbitrators to hear the said grievances.

<sup>1</sup> C.A. Qué., No. 200-09-000743-812, February 24, 1982.

<sup>2</sup> C.S. Qué., No. 200-05-001886-816, October 16, 1981.

*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

#### Lois et règlements cités

*Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, art. 139.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>2</sup>, autorisant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

*Georges Marceau* et *Giuseppe Sciortino*, pour les appelants.

*Marc Rivard*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—La décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief est-elle sujette à révision judiciaire? C'est la question qu'il faut trancher. Elle prête à controverse depuis quelques années au Québec et elle a donné lieu à plusieurs arrêts contradictoires de la Cour d'appel du Québec.

#### I—Les faits

Les faits ne sont pas en litige. En voici l'exposé que l'on trouve au mémoire des appelants:

Le 2 mai 1980, les parties signaient localement une convention collective faisant suite à l'entente intervenue provincielement le 23 avril 1980.

Les 5 et 29 mai suivants, les professeurs appelants logèrent des griefs individuels conformément aux dispositions de ladite convention collective.

Par leurs griefs, les professeurs, appelants, prétendaient que le Collège n'avait pas respecté l'article 6-3.00 de la convention en cause en ne considérant pas à sa juste valeur toute leur expérience et réclamaient par ces griefs que leur expérience au niveau universitaire soit considérée comme expérience *d'enseignement* au niveau universitaire, et ce rétroactivement à la date de leur engagement par l'intimé.

Conformément à la convention collective, les mis-en-cause furent nommés arbitres pour entendre lesdits griefs.

<sup>1</sup> C.A. Qué., n° 200-09-000743-812, 24 février 1982.

<sup>2</sup> C.S. Qué., n° 200-05-001886-816, 16 octobre 1981.

At the start of the hearing held on February 6, 1981 the representative of respondent raised the prescription of the said grievances. The parties then agreed that the discussion should be initially limited to this one question.

The arbitration tribunal then proceeded to hear the evidence and accepted the following facts as established:

“1. The Collège hired LUCETTE HADE for 1975-76, GÉRARD BARRETTE and ROBERT WILSON for 1976-77 and ROMÉO CÔTÉ for 1977-78.

2. When they were hired these four teachers gave the Collège their curricula vitae setting out their university experience.

3. When hired each of these teachers discussed this “university experience” with the Collège, but the latter did not credit it as teaching experience.

4. On May 2, 1980 the parties signed on a local basis a collective agreement giving effect to the agreement concluded at the provincial level on April 23, 1980.

5. On May 5, 1980, ROMÉO CÔTÉ claimed credit in a grievance for his university experience as teaching experience; LUCETTE HADE, GÉRARD BARRETTE and ROBERT WILSON did likewise on May 27, 1980.”

Respondent submitted to the arbitration tribunal that the grievances should be dismissed because appellant teachers knew when they were hired of the decision by respondent Collège not to credit their university experience as teaching experience, and in any case they had not filed their grievances within the required time, under clause 9-1.03 of the collective agreement. This clause read as follows:

“9-1.03: If a teacher, group of teachers or the union wishes to file a grievance it shall be submitted to the Collège in writing within thirty working days of the date on which the facts giving rise to the grievance are known, and no later than six months after the same occurred.

The foregoing deadline of thirty working days shall not commence to run until the second month of the teaching year or of a new teacher’s service with the Collège.

Once a grievance has been submitted to the Collège, the Collège or the union may apply for the C.R.T. to be convened to arrive at an agreement.”

Appellant teachers maintained that they could present their grievances at any time, under the exception pro-

Au début de l’audition tenue le 6 février 1981, le représentant de l’intimé souleva la prescription desdits griefs. Les parties convinrent alors de limiter le débat, dans un premier temps, à cette seule question.

Le tribunal d’arbitrage procéda alors à l’audition de la preuve et retint les faits suivants:

«1. Le Collège a procédé à l’engagement de LUCETTE HADE pour l’année 1975-1976, de GÉRARD BARRETTE et de ROBERT WILSON pour l’année 1976-1977 et de ROMÉO CÔTÉ pour l’année 1977-1978.

2. Ces quatre (4) professeurs ont fourni au Collège, lors de leur engagement, leur «curriculum vitae» faisant état d’expérience universitaire.

3. Chacun de ces professeurs, lors de son engagement, a discuté de cette «expérience universitaire» avec le Collège mais ce dernier ne l’a pas reconnue comme expérience d’enseignement.

4. Le 2 mai 1980, les parties signaient localement une convention collective faisant suite à l’entente intervenue provincielement le 23 avril 1980.

5. Le 5 mai 1980, ROMÉO CÔTÉ réclame par grief la reconnaissance comme expérience d’enseignement de son expérience universitaire; LUCETTE HADE, GÉRARD BARRETTE et ROBERT WILSON en font autant le 27 mai 1980.»

L’intimé soumit au tribunal d’arbitrage que les griefs devraient être rejetés parce que les professeurs appelants connaissaient dès leur engagement la décision du Collège intimé de ne pas leur reconnaître leur expérience universitaire comme expérience d’enseignement et que, de toute façon, ils n’avaient pas fait de grief en temps utile, suivant l’article 9-1.03 de la convention collective. Cet article se lit comme suit:

“9-1.03: Le professeur, un groupe de professeurs ou le Syndicat qui veut loger un grief doit soumettre par écrit son grief au Collège dans les trente (30) jours ouvrables suivant la connaissance du fait sans dépasser six (6) mois de l’occurrence du fait qui a donné lieu au grief.

Le délai de trente (30) jours ouvrables ci-haut ne commence à courir qu’au début du deuxième (2<sup>e</sup>) mois de l’année d’enseignement ou de l’entrée au service du Collège d’un nouveau professeur.

Dès la soumission d’un grief au Collège, le Collège ou le Syndicat peut demander la convocation du C.R.T. dans le but d’en arriver à une entente.»

Quant aux professeurs appelants, ils prétendirent qu’ils pouvaient faire leur grief en tout temps, suivant la

vided for in clause 9-2.15 of the collective agreement. This provision read as follows:

“9-2.15: Any grievance relating to an error in calculation of salary or an error in evaluating information in fact produced within the required time which leads directly to calculation of salary may be submitted at any time, and a teacher shall be entitled to the total amount to which he would have been entitled if the error in calculating salary or in evaluating the said documents had not been made.”

On March 30, 1981, the arbitration tribunal rendered its decision. After examining an arbitral award on the same point, a majority of the said tribunal found that clause 9-2.15 of the collective agreement should be applied to grievances like those of the complainants. The tribunal supported its decision as follows:

“The evidence discloses that these are grievances which relate to errors in evaluating information in fact produced within the required time, and which lead directly to calculation of salary. This is true of university experience.”

Accordingly, the tribunal dismissed the employer's objection that the grievances were prescribed and ordered that “the hearing should continue”.

In its factum, respondent acknowledges that the foregoing summary [TRANSLATION] “is a fairly accurate reflection of the reality”. However, it adds an important qualification which is alleged in the motion for evocation, and which must therefore be taken as established at this stage of the proceedings. According to that allegation, each of the appellant teachers was told at the time of hiring that no credit would be given for “university experience”.

The continuance of the hearing ordered by the arbitration tribunal was interrupted by the issuance of a writ of evocation applied for by respondent and authorized by a judge of the Superior Court. This authorization was affirmed by a unanimous judgment of the Court of Appeal, from which the appeal is brought.

II—Superior Court judgment, Court of Appeal judgment and error allegedly made by arbitration tribunal

The judgment of the Superior Court is very short. The gist of it reads:

règle d'exception prévue à l'article 9-2.15 de la convention collective. Cette disposition est libellée comme suit:

“9-2.15: Le grief se rapportant à une erreur de calcul de rémunération ou une erreur dans l'évaluation des informations effectivement produites en temps requis conduisant directement au calcul de la rémunération peut être soumis en tout temps et le professeur aura droit au montant total auquel il aurait eu droit si l'erreur de calcul de la rémunération ou de l'évaluation desdits documents n'avait pas été commise.”

Le 30 mars 1981, le tribunal d'arbitrage rendait sa décision. Après avoir examiné une sentence arbitrale portant sur la même question, ledit tribunal décidait majoritairement que l'article 9-2.15 de la convention collective devait recevoir application dans les cas de griefs comme ceux des plaignants. Le tribunal justifie ainsi sa décision:

“La preuve révèle qu'il s'agit bien de griefs qui se rapportent à des erreurs dans l'évaluation des informations effectivement produites en temps requis et qui conduisent directement au calcul de la rémunération. C'est le cas de l'expérience universitaire.”

Conséquemment, le tribunal rejeta l'objection de l'employeur relativement à la prescription des griefs et ordonna «la poursuite de l'audition.»

Dans son mémoire, l'intimé reconnaît que l'exposé qui précède «reflète assez fidèlement la réalité». Il ajoute cependant une précision importante qui est alléguée dans la requête en évocation et que par conséquent, à ce stade des procédures, on doit tenir pour avérée. Selon cette précision, c'est à l'engagement que chacun des professeurs appelants a été avisé que son «expérience universitaire» ne lui était pas reconnue.

La poursuite de l'audition ordonnée par le tribunal d'arbitrage fut interrompue par l'émission d'un bref d'évocation demandée par l'intimé et autorisée par un juge de la Cour supérieure. Cette autorisation a été confirmée par un arrêt unanime de la Cour d'appel que le pourvoi attaque.

II—Le jugement de la Cour supérieure, l'arrêt de la Cour d'appel et l'erreur reprochée au tribunal d'arbitrage

Le jugement de la Cour supérieure est fort bref. En voici les motifs, pour l'essentiel:

[TRANSLATION] From the record as submitted to the Court it appears that each of the mis en cause teachers, when hired, discussed their "university experience" with the COLLÈGE D'ENSEIGNEMENT GÉNÉRAL ET PROFESSIONNEL DE LÉVIS-LAUZON, the applicant at bar, and that the latter refused to credit all the experience they claimed to have.

This would indicate, therefore, that the said mis en cause knew before they were hired that the Collège was not taking all the experience they claimed to have into account, and would not do so, and that they still thereafter knowingly agreed to work for applicant employer.

In the circumstances, these mis en cause are clearly not covered by clause 9-2.15 of the agreement, Exhibit R-1, but by clause 9-1.03. It is a case, in the circumstances, in which the arbitration tribunal apparently exceeded its jurisdiction by a misinterpretation of agreement Exhibit R-1:

The reasons of the Court of Appeal were written by Crête C.J.Q., and concurred in by L'Heureux-Dubé and Malouf J.J.A. After summarizing the facts, the arguments of the parties before the arbitration tribunal, the arbitral award and the judgment *a quo*, Crête C.J.Q. concluded:

[TRANSLATION] In the case under consideration . . . the arbitrators, to exclude the application of clauses 9-1.03 and 9-1.07 of the agreement, erroneously regarded as "errors of evaluation" the refusal by the Collège to credit the university experience of the four teachers concerned, which the teachers concerned were aware of over two years before the grievance proceedings were initiated.

Only a misinterpretation of the facts and the agreement could have led to the conclusions of the majority on the tribunal. As Turgeon J.A. said in the decision cited above, "It is established that a lower court cannot give itself jurisdiction by misinterpreting a statute or regulation".

Reference should be made to what Mayrand J.A. said in *L'Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394, at p. 401:

"When an arbitrator erroneously finds that a grievance is not prescribed, he is assuming a jurisdiction which he does not have to hear the grievance."

See also *Syndicat international des travailleurs, local 333 v. La Compagnie Sucre Atlantic Ltée et Raymond Leboeuf et Gilles Desjardins*, June 25, 1981, C.A.M. 09-001240-795.

Du dossier tel que soumis à la Cour, il appert que chacun des professeurs mis-en-cause, lors de leur engagement, ont discuté de leur «expérience universitaire» avec le COLLÈGE D'ENSEIGNEMENT GÉNÉRAL ET PROFESSIONNEL DE LÉVIS-LAUZON, requérant en instance, et que ce dernier refusait de reconnaître toute l'expérience à laquelle on prétendait.

Il en résulterait donc que lesdits mis-en-cause ont constaté préalablement à leur engagement qu'on ne tenait et qu'on ne tiendrait pas compte de toute l'expérience qu'ils prétendaient avoir et, subséquemment, ces derniers ont sciemment convenu de travailler quand même pour l'employeur requérant.

En l'occurrence, ces mis-en-cause ne seraient évidemment pas régis par l'article 9-2.15 de l'entente exhibit R-1 mais bien par son article 9-1.03. Il s'agirait dans les circonstances d'un cas où majoritairement le tribunal d'arbitrage aurait excédé sa juridiction par une interprétation erronée de la convention exhibit R-1:

Les motifs de la Cour d'appel ont été rédigés par le juge en chef Crête. Y ont souscrit les juges L'Heureux-Dubé et Malouf. Après avoir résumé les faits, les prétentions des parties devant le conseil d'arbitrage, la sentence arbitrale et le jugement *a quo*, le juge en chef Crête conclut:

Dans le cas à l'étude . . . les arbitres, pour faire échec à l'application des articles 9-1.03 et 9-1.07 de la convention, ont erronément considéré comme des «erreurs d'évaluation» le refus du Collège de reconnaître aux quatre professeurs concernés une expérience universitaire, et cela, à la connaissance de chacun des professeurs concernés, plus de deux ans avant l'introduction des procédures de griefs.

Seule une interprétation erronée des faits et de la convention pouvait conduire aux conclusions des arbitres majoritaires. Comme le dit monsieur le juge Turgeon dans la décision précitée: «Il est admis qu'un tribunal inférieur ne peut lui-même se donner juridiction en interprétant mal une loi ou un règlement».

Il y a lieu de rappeler ce que disait monsieur le juge Mayrand dans *L'Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, (1980) C.A. 394 à la page 401:

«Lorsqu'un arbitre déclare erronément un grief non prescrit, il s'attribue une juridiction qu'il n'a pas pour entendre ce grief.»

Voir aussi: *Syndicat international des travailleurs, local 333 c. La Compagnie Sucre Atlantic Ltée et Raymond Leboeuf et Gilles Desjardins*, 25 juin 1981, C.A.M. 09-001240-795.

For these reasons, I consider that the judgment *a quo* is correct and that the appeal should be dismissed with costs.

Respondent argued that the error made by the arbitration tribunal was in treating as an error of evaluation the decision made by the Collège and communicated to appellants, that it would not credit their "university experience". No evaluation was ever in question, there never was any and there cannot therefore have been any error of evaluation.

It must be borne in mind that under the privative clause contained in s. 139 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, a mere error of law is not subject to judicial review. Only an error as to jurisdiction can be a basis for review, or an error resulting from an unreasonable interpretation, which is treated in the same way as a jurisdictional error.

No one, not even respondent, contended that the error allegedly committed by the arbitration tribunal, which was in fact based on an interpretation by another arbitrator, resulted from an unreasonable interpretation of the facts and the collective agreement. The most that respondent wrote in its submission was that this error had the effect of adding to the collective agreement, which is another way of saying that the arbitration tribunal exceeded its jurisdiction.

I take it, therefore, that the error made by the arbitration tribunal, if there was an error, was not manifestly unreasonable. For the purposes of the discussion, but without deciding the point, I will proceed as if there had been an error. The Court must decide whether the error was a jurisdictional one because it concerned whether the grievance was late.

### III—The question

In the last case mentioned by Crête C.J.Q. at the end of the foregoing passage from his reasons, *Syndicat international des travailleurs, local 333 v. Cie Sucre Atlantic Ltée*, [1981] C.A. 416, the Court of Appeal held, as in the case at bar, that the arbitrator's error on whether a grievance was late was on a preliminary matter, on which his jurisdiction depended and which was a basis for

Par ces motifs, je suis d'avis que le jugement *a quo* est bien fondé et que l'appel doit être rejeté, avec dépens.

Quant à l'intimé, il soutient que l'erreur commise par le tribunal d'arbitrage est d'avoir qualifié d'erreur d'évaluation la décision prise par le collège et transmise aux appelants de ne pas reconnaître leur «expérience universitaire». Il n'aurait jamais été question d'évaluation, il n'y en a jamais eu et il ne peut par conséquent y avoir eu erreur d'évaluation.

Il faut rappeler qu'en vertu de la clause privative que l'on trouve à l'art. 139 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, la simple erreur de droit échappe à la révision judiciaire. Seule l'erreur juridictionnelle y donne ouverture, ou encore l'erreur résultant d'une interprétation déraisonnable, qui est assimilée à une erreur juridictionnelle.

Or personne, pas même l'intimé, n'a soutenu que l'erreur qu'aurait commise le tribunal d'arbitrage, lequel s'appuie d'ailleurs sur l'interprétation d'un autre arbitre, résulterait d'une erreur d'interprétation déraisonnable des faits et de la convention collective. Tout au plus l'intimé écrit-il dans son mémoire que cette erreur aurait eu pour effet d'ajouter à la convention collective, ce qui est une autre façon de dire que le tribunal d'arbitrage aurait excédé sa juridiction.

Je tiens donc que l'erreur commise par le tribunal d'arbitrage, si erreur il y a, n'est pas manifestement déraisonnable. Pour les fins de la discussion, mais sans en décider, je ferai comme s'il y avait eu erreur. Il faut décider s'il s'agit d'une erreur juridictionnelle parce qu'elle porte sur la tardiveté du grief.

### III—La question

Dans le dernier arrêt que mentionne le juge en chef Crête à la fin du passage plus haut cité de ses motifs, l'arrêt *Syndicat international des travailleurs, local 333 c. Cie Sucre Atlantic Ltée*, [1981] C.A. 416, la Cour d'appel décide, comme en l'espèce, que l'erreur d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief porte sur une question préliminaire dont dépend sa juridiction et donne ouverture au

the remedy in evocation. The reasons in that case were also written by Crête C.J.Q. McCarthy J.A. concurred, with certain additional observations. Bélanger J.A. concurred with his two brother judges. Crête C.J.Q. reviewed the contradictions in the case law.

The approach taken by a minority of judgments holds that an arbitrator's decision on the lateness of a grievance is not jurisdictional in nature and is not a basis for judicial review. This approach was approved in the following cases: *Ville de Montréal v. Desfossés*, [1972] R.D.T. 473, a unanimous judgment of a bench of the Court of Appeal consisting of Owen, Brossard and Lajoie J.J.A.; *Désourdy Inc. v. Sylvestre*, [1976] C.A. 639, a unanimous judgment of a bench of the Court of Appeal consisting of Rinfret, Kaufman and Chouinard J.J.A., written by Chouinard J.A. before he became a member of this Court; and *Prudential Transport Co. v. Lefebvre*, [1978] C.A. 411, a unanimous judgment of a bench of the Court of Appeal consisting of Owen, Turgeon and Jacques *ad hoc* J.J.A.

Reference should also be made to a case which is not free from ambiguity, *John Lewis Industries Ltée v. Tassoni*, [1977] C.A. 351. Tremblay and Casey J.J.A. held that mandamus and not evocation was the proper remedy against the decision of an arbitrator who refused to hear a grievance because it was submitted late. However, this was an *obiter dictum* because the two judges found that the arbitrator's decision was correct in law. Kaufman J.A. simply observed that, whether correct or not, the arbitrator's decision was made within the limits of his jurisdiction.

The opposite approach is taken in a majority of cases, and holds that the question of whether a grievance is late is a preliminary matter on which the arbitrator's jurisdiction depends. It has been approved in a number of cases. Crête C.J.Q. mentions the following cases, *inter alia*, at pp. 421 and 422 of *Cie Sucre Atlantic Ltée, supra: Union des employés de service (local 298) F.T.Q. v. École Notre-Dame-de-Liesse*, [1974] R.D.T. 487; *Ville de Montréal-Est v. Gagnon*, [1978] C.A. 100; *Désourdy Construction Ltée v. Perreault*, [1978] C.A. 111; *Foyer St-Antoine v. Lalancette*, [1978]

recours en évocation. Les motifs en sont également rédigés par le juge en chef Crête. Le juge McCarthy y souscrit avec quelques motifs supplémentaires. Le juge Bélanger est d'accord avec ses deux collègues. Le juge en chef Crête y dresse le bilan des contradictions de la jurisprudence.

La doctrine minoritaire par le nombre des arrêts qui la sanctionnent est celle qui tient que la décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief n'est pas de nature juridictionnelle et ne donne pas ouverture à révision judiciaire. Cette doctrine a été endossée dans les arrêts suivants: *Ville de Montréal c. Desfossés*, [1972] R.D.T. 473, arrêt unanime d'un banc de la Cour d'appel formé des juges Owen, Brossard et Lajoie; *Désourdy Inc. c. Sylvestre*, [1976] C.A. 639, arrêt unanime d'un banc de la Cour d'appel formé des juges Rinfret, Kaufman et Chouinard rédigé par le juge Chouinard avant qu'il ne devienne juge de cette Cour; et *Prudential Transport Co. c. Lefebvre*, [1978] C.A. 411, arrêt unanime d'un banc de la Cour d'appel formé des juges Owen, Turgeon et Jacques *ad hoc*.

Mentionnons également un arrêt qui n'est pas exempt d'ambiguïté, *John Lewis Industries Ltée c. Tassoni*, [1977] C.A. 351. Le juge Tremblay et le juge Casey y décident que le *mandamus* et non pas l'évocation serait le remède approprié à l'encontre de la décision d'un arbitre qui refuserait d'entendre un grief en raison de sa tardiveté. Mais il s'agit d'un *obiter dictum* car ces deux juges trouvent la décision de l'arbitre bien fondée en droit. Quant au juge Kaufman il se contente d'observer que, bien fondée ou non, la décision de l'arbitre a été prise dans les cadres de sa compétence.

La doctrine majoritaire est à l'effet inverse et tient que la question de la tardiveté d'un grief est une question préliminaire dont dépend la juridiction de l'arbitre. Elle a été endossée par nombre d'arrêts. Le juge en chef Crête mentionne entre autres les arrêts suivants aux pp. 421 et 422 de l'arrêt *Cie Sucre Atlantic Ltée*, précité: *Union des employés de service (local 298) F.T.Q. c. École Notre-Dame-de-Liesse*, [1974] R.D.T. 487; *Ville de Montréal-Est c. Gagnon*, [1978] C.A. 100; *Désourdy Construction Ltée c. Perreault*, [1978] C.A. 111; *Foyer St-Antoine c. Lalancette*, [1978]



C.A. 349; *Commission des accidents du travail de Québec v. Pâtes Domtar Ltée*, J.E. 78-852; *Syndicat des employés de l'Hôpital Régina Ltée v. Hôpital Régina Ltée*, [1980] C.A. 378; and *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité v. Ingénierie B.G. Checo Ltée*, J.E. 81-354. Even now, some judges refuse to follow this prevailing line of authority, while others only do so with reluctance: *Celanese Canada Inc. v. Clément*, [1983] C.A. 319. Of the judgments which approve the majority view, however, special reference should be made to *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394, which Crête C.J.Q. also cited in the case at bar, and in which both approaches are most fully expressed. I will return to this below.

Before coming to that, however, it is necessary to distinguish from the majority and minority views a third line of authority, dealing with cases where an arbitrator, though finding that the deadlines have not been met and the grievance is therefore prescribed, decides for one reason or another to hear it anyway. The Court of Appeal has held that there is an excess of jurisdiction in such a case, in accordance with the precedents established by this Court in *Union Carbide Canada Ltd. v. Weiler*, [1968] S.C.R. 966, and *General Truck Drivers Union, Local 938 v. Hoar Transport Co.*, [1969] S.C.R. 634; *Fraternité des policiers de la Ville de Laval Inc. v. Ville de Laval*, [1978] C.A. 120.

As indicated above, the fullest expression of these two approaches is to be found in *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, *supra*. Owen J.A. sets out the minority approach, both in that case and in the cases as a whole, and Mayrand J.A., with the concurrence of L'Heureux-Dubé J.A., states the majority view. Paradoxically, the decision was unanimous because all the judges came to the same conclusions for radically opposite reasons. It was a case in which the union was asking that a writ of mandamus be issued against an arbitrator who had dismissed a grievance because it was filed late. The Court of Appeal unanimously affirmed the Superior Court judgment refusing to issue the writ; but Owen J.A.

C.A. 349; *Commission des accidents du travail de Québec c. Pâtes Domtar Ltée*, J.E. 78-852; *Syndicat des employés de l'Hôpital Régina Ltée c. Hôpital Régina Ltée*, [1980] C.A. 378; et *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Ingénierie B.G. Checo Ltée*, J.E. 81-354. Encore aujourd'hui, certains juges refusent de se rallier à cette jurisprudence prédominante, tandis que d'autres ne la suivent qu'en renâclant: *Celanese Canada Inc. c. Clément*, [1983] C.A. 319. Mais, dans la catégorie des arrêts qui endossent la doctrine majoritaire, il faut surtout mentionner *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394, que le juge en chef Crête cite également en l'espèce et où les deux doctrines se trouvent exposées de la façon la plus complète. J'y reviens.

Avant d'y arriver, cependant, il importe de distinguer, de la doctrine majoritaire et de la doctrine minoritaire, un troisième courant jurisprudentiel qui vise le cas où un arbitre, tout en jugeant que les délais n'ont pas été respectés et que par conséquent le grief est prescrit, décide de l'entendre quand même, pour une raison ou pour une autre. La Cour d'appel a jugé qu'il y a excès de juridiction dans un tel cas, suivant la jurisprudence établie par cette Cour dans *Union Carbide Canada Ltd. v. Weiler*, [1968] R.C.S. 966, et *General Truck Drivers Union, Local 938 v. Hoar Transport Co.*, [1969] R.C.S. 634; *Fraternité des policiers de la Ville de Laval Inc. c. Ville de Laval*, [1978] C.A. 120.

Comme je l'ai déjà indiqué, c'est dans l'arrêt *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, précité, que l'on trouve l'exposé le plus complet des deux doctrines. Le juge Owen y expose la doctrine minoritaire, tant dans cet arrêt que dans l'ensemble de la jurisprudence, et le juge Mayrand, avec qui le juge L'Heureux-Dubé est d'accord, y expose la doctrine majoritaire. Paradoxalement, c'est un arrêt unanime car tous les juges parviennent aux mêmes conclusions pour des motifs radicalement opposés. Il s'agit d'un cas où le syndicat demande l'émission d'un bref de mandamus contre un arbitre qui a rejeté un grief pour cause de tardiveté. La Cour d'appel confirme à l'unanimité le jugement de la Cour supérieure qui

affirmed on the ground that, whether right or wrong in law, the arbitrator's decision was taken within the limits of his jurisdiction and could not be a basis for judicial review. Mayrand and L'Heureux-Dubé J.A. affirmed on the ground that, though subject to judicial review, the arbitrator's decision was correct in law. I can do no better than to cite at length from the reasons of Owen J.A. and Mayrand J.A.

The reasons of Owen J.A. are to be found at pp. 395-401:

The specific issue raised by the present appeal is whether the arbitrator refused to perform his duty when, by reason of an alleged error, he dismissed a grievance on the ground that it was submitted after the delays had elapsed (*i.e.* after it was prescribed) and, accordingly, did not go into the merits of the grievance.

The present appeal also involves the general issue as to whether the policy of the courts today should be to exercise a control as wide as possible over administrative tribunals by means of extraordinary remedies or whether their policy should be to restrict such interference to exceptional cases.

In my opinion, the first question to be asked in this appeal is *not* whether the arbitrator committed an error in deciding that the grievance was submitted outside the delays provided in the collective agreement. The first question to be asked in this appeal is whether the arbitrator's decision that the grievance was prescribed is reviewable by the courts. If it is not so reviewable, then it does not matter whether the arbitrator was right or wrong. It is only if the said decision is reviewable that the courts should consider whether or not it is erroneous.

... I am of the opinion that the arbitrator's decision that the grievance was filed outside the delays provided in the collective agreement and in the *Labour Code* is not subject to review by the courts. The arbitrator had the competence, the jurisdiction, the power, and the duty to decide disputes between the parties to the collective agreement arising out of disagreements relating to the interpretation, application or alleged violation of the collective agreement. The collective agreement in this case provides that a grievance must be submitted and discussed within ten working days following the event giving rise to that grievance. The employer submitted that the grievance here in question was not submitted

refuse l'émission du bref. Mais le juge Owen confirme au motif que, bien ou mal fondée en droit, la décision de l'arbitre a été prise dans les cadres de sa compétence et ne donne pas ouverture à révision judiciaire. Les juges Mayrand et l'Heureux-Dubé confirment au motif que la décision de l'arbitre, quoique sujette à révision judiciaire, est bien fondée en droit. Je ne saurais mieux faire que de citer en grande partie les motifs du juge Owen et ceux du juge Mayrand.

Voici les motifs du juge Owen que l'on trouve aux pp. 395 à 401:

[TRADUCTION] La question précise soulevée par cet appel est de savoir si l'arbitre a manqué à son devoir lorsque, en raison d'une erreur qui aurait été commise, il a rejeté un grief pour le motif qu'il a été présenté hors délai (*c.-à-d.* après l'expiration du délai de prescription), de sorte qu'il n'en a pas examiné le fond.

L'appel porte également sur la question générale de savoir si, de nos jours, les cours doivent avoir pour politique de se servir des recours extraordinaires comme moyen d'exercer sur les tribunaux administratifs le contrôle le plus étendu possible ou si elles doivent limiter ce type d'intervention aux cas exceptionnels.

À mon avis, la première question qui se pose en l'espèce *n'est pas* de savoir si l'arbitre a commis une erreur en concluant que le grief n'a pas été déposé dans le délai fixé par la convention collective. Il faut plutôt se demander si la décision de l'arbitre que le grief était frappé de prescription est susceptible de contrôle judiciaire. S'il ne l'est pas, il est sans importance que l'arbitre ait eu raison ou qu'il ait eu tort. Ce n'est que dans l'hypothèse où sa décision peut faire l'objet de contrôle que les cours doivent décider de son caractère erroné.

... je suis d'avis que la décision de l'arbitre portant que le grief a été présenté hors des délais prévus par la convention collective et par le *Code du travail* n'est pas susceptible de contrôle judiciaire. L'arbitre avait le pouvoir, voire l'obligation, de trancher les différends entre les parties à la convention collective quant à l'interprétation, l'application ou la violation de celle-ci. La convention collective présentement en cause dispose qu'un grief doit être déposé et discuté dans les dix jours ouvrables qui suivent l'événement qui y a donné lieu. Or, l'employeur prétend qu'en l'espèce le grief n'a pas été présenté dans les délais tandis que le syndicat soutient le contraire. L'arbitre a retenu l'argument de l'employeur

within the delays so provided and the Union submitted that it was. The arbitrator decided it was not and dismissed the grievance as prescribed. In making this decision, the arbitrator acted within his competence and performed a duty belonging to his office. Accordingly this decision on the question of prescription is final and is not subject to review by the courts. Having found the grievance to be prescribed, it was the duty of the arbitrator to follow the only logical course and dismiss the grievance.

There are cases decided by this Court which support the proposition that such a decision by an arbitrator on the question of prescription is not subject to review by the courts in virtue of extraordinary remedies such as evocation or *mandamus*.

Owen J.A. then cited passages from the minority decisions of the Court of Appeal. He went on:

There is a line of jurisprudence dealing with cases where the arbitrator first decides that the grievance is prescribed and then proceeds, on one pretext or another, to deal with the prescribed grievance on the merits. These cases hold that the arbitrator's decision on the merits is subject to review by the courts not on the ground that the first decision on the question of prescription is open to such review, but on the ground that the second decision to hear and decide the prescribed grievance on the merits was not within the competence of the arbitrator and is, therefore, open to such review. In my opinion these cases have no bearing on the solution of the issue now before us which is whether the arbitrator's decision on the question of prescription is subject to review by the courts.

As to the general issue with respect to the policy of the courts to-day concerning the exercise of their control over administrative tribunals, I am of the opinion that recourse to extraordinary remedies such as evocation or *mandamus* should be granted sparingly. If the courts, every time an error in the decision of an arbitrator is brought to their attention, start searching for a formula that will classify the error as one going to jurisdiction — without defining the term jurisdiction — the role of the extraordinary remedies will be distorted and the purpose of administrative law will be defeated.

Finally, after citing a passage from a decision of this Court, he concluded:

The application of the above policy to the present case confirms my opinion that a writ of *mandamus* does not

et a rejeté le grief pour cause de prescription. En décidant ainsi l'arbitre n'a pas outrepassé sa compétence; au contraire, il a rempli l'une des fonctions de sa charge. Par conséquent, sa décision sur la question de la prescription est définitive et non susceptible d'examen judiciaire. Ayant conclu à la prescription, l'arbitre ne pouvait en toute logique faire autrement que rejeter le grief.

Certains arrêts de cette Cour appuient le point de vue selon lequel une décision d'un arbitre sur la question de la prescription échappe au contrôle judiciaire par voie de recours extraordinaires tels que l'évocation ou le *mandamus*.

Le juge Owen cite ensuite des passages de la jurisprudence minoritaire de la Cour d'appel. Puis il poursuit:

[TRADUCTION] Il y a une série d'arrêts portant sur des cas où l'arbitre décide d'abord que le grief est prescrit, puis, sous un prétexte ou un autre, procède à un examen du fond de ce grief. Cette jurisprudence établit que la décision de l'arbitre sur le fond est sujette à examen judiciaire non pas parce que la décision initiale sur la prescription peut faire l'objet de cet examen, mais parce que la seconde décision, la décision d'examiner et de trancher le grief prescrit sur le fond, était hors de la compétence de l'arbitre et, par conséquent, est soumise au contrôle judiciaire. Selon moi, cette jurisprudence ne nous aide pas à trancher la question dont nous sommes présentement saisis qui est de savoir si la décision de l'arbitre relativement à la prescription est sujette à examen judiciaire.

Sur la question générale quant à la politique actuelle des cours en ce qui a trait à l'exercice de leur contrôle sur les tribunaux administratifs, j'estime qu'il y a lieu de n'accorder les recours extraordinaires, tels que l'évocation et le *mandamus*, qu'avec mesure. Si, chaque fois qu'elles sont appelées à statuer sur une erreur dans la décision d'un arbitre, les cours se lancent à la recherche d'une formule qui leur permettra de conclure à une erreur de compétence, sans que le sens du terme «compétence» soit précisé, elles se trouveront à détourner les recours extraordinaires de leur rôle véritable et à mettre en échec l'objet du droit administratif.

Enfin, après avoir cité un passage d'un arrêt de cette Cour il conclut:

[TRADUCTION] Quand j'applique ces principes à la présente instance, je suis plus que jamais convaincu que

lie in the present case against the arbitrator's decision that the grievance was prescribed.

On the ground that, even if the arbitrator committed an error in deciding that the grievance was prescribed and should be dismissed, this decision is not subject to review by the courts and does not constitute a refusal to perform a duty belonging to his office, I would confirm the judgment appealed from, which refused the issuance of a writ of *mandamus*, and dismiss the present appeal, with costs.

The gist of the reasons of Mayrand J.A. is as follows (at p. 401):

[TRANSLATION] But is the arbitrator's decision beyond any review by the superior courts solely on the ground that it was made within the limits of his jurisdiction? With the greatest respect for the contrary view, I do not think so.

The non-prescription of a grievance — or to put it in a better way, the non-forfeiture of the right to the grievance — is generally one of the preliminary and essential conditions for an arbitrator's jurisdiction. It is settled law that an erroneous decision of an arbitrator on a preliminary or conditional matter, on which his jurisdiction depends, is not beyond review by the superior courts.

Of course, the arbitrator must first rule on any material or legal fact (such as whether the grievance was filed late) on which he will base his jurisdiction. However, when he finds that the grievance is inadmissible because it is prescribed, he is not exercising a general jurisdiction conferred on him by law and the agreement: rather, he is concluding that a preliminary and essential condition for his jurisdiction is absent. An error by him on this point amounts to a failure to exercise jurisdiction which he has, that of hearing the grievance. Declining jurisdiction that one has or assuming jurisdiction one has not are errors which are both a basis for intervention by the superior courts.

There is no lack of authority for the conclusion that a distinction must be made depending on whether the arbitrator who decided to hear the grievance was aware that it was late or erroneously believed it to be within the deadline. Opinions are divided on this point. For my part, I consider that the superior courts must be recognized as having a right to intervene in the second case as well as in the first. In either case, the result is the same and the right to review should not depend either on the way in which the arbitrator erred or on the way in which his error was expressed.

la décision de l'arbitre que le grief était frappé de prescription ne donne pas lieu à un bref de *mandamus*.

Même si l'arbitre a commis une erreur en décidant que le grief était prescrit et qu'il devait en conséquence être rejeté, sa décision n'est pas susceptible d'examen judiciaire et ne constitue nullement un refus de remplir l'une des fonctions rattachées à sa charge. Cela étant, je suis d'avis de confirmer le jugement porté en appel, dans lequel on a refusé de délivrer un bref de *mandamus*, et de rejeter l'appel avec dépens.

Voici maintenant l'essentiel des motifs du juge Mayrand (à la p. 401):

Mais la décision de l'arbitre échappe-t-elle à tout contrôle des Tribunaux supérieurs pour la seule raison qu'il l'a rendue dans l'exercice de sa juridiction? Avec beaucoup d'égard pour l'opinion contraire, je ne le crois pas.

La non-prescription du grief, ou mieux la non-déchéance du droit au grief, est généralement une des conditions préliminaires et essentielles de la juridiction de l'arbitre. Il est reconnu qu'une décision erronée de l'arbitre sur une question préliminaire ou conditionnelle dont dépend sa juridiction n'échappe pas au contrôle des cours supérieures.

Bien sûr, il appartient à l'arbitre de se prononcer préliminairement sur tout fait matériel ou juridique (comme la tardiveté de la formulation du grief) sur lequel il doit asseoir sa juridiction. Mais quand il déclare le grief irrecevable parce que prescrit, il n'exerce pas une juridiction globale que la loi et la convention lui confèrent; il conclut plutôt qu'il manque une condition préalable et essentielle à sa juridiction. Son erreur sur ce point aboutit à un défaut d'exercer une juridiction qu'il a, celle d'entendre le grief. Se refuser une juridiction que l'on a ou s'attribuer une juridiction que l'on n'a pas sont des erreurs qui donnent également lieu à l'intervention des Tribunaux supérieurs.

Il ne manque pas d'autorités pour soutenir qu'une distinction s'impose selon que l'arbitre, qui a décidé d'entendre le grief, était conscient de sa tardiveté ou qu'il l'a cru erronément non tardif. Les opinions sur ce point sont partagées. Pour ma part, je suis d'avis que le droit à l'intervention des Cours supérieures doit être reconnu aussi bien dans le second cas que dans le premier. Dans l'un comme dans l'autre, le résultat est le même et le droit à la révision ne doit dépendre ni de la manière dont l'arbitre s'est trompé ni de la manière dont il a exprimé son erreur.

When an arbitrator erroneously finds that a grievance has not been prescribed, he is assuming a jurisdiction he does not have to hear that grievance. The same is true when the arbitrator finds that the grievance was filed late but erroneously decides that he can hear it nevertheless. I incline to the view that the same rule should apply in the converse situation, where the arbitrator erroneously finds that the grievance is late and refuses to hear it on the merits: he is then declining a jurisdiction which he has.

Mayrand J.A. then referred to *Segal v. City of Montreal*, [1931] S.C.R. 460, as a basis for saying that [TRANSLATION] “the Supreme Court of Canada long ago reiterated that an error on a point preliminary to jurisdiction is a basis for review by the superior courts”. He went on to conclude:

[TRANSLATION] In the case at bar the arbitrator’s decision, if erroneous, would result in a refusal to exercise his full jurisdiction, as it would prevent the grievance being heard on the merits in accordance with the law and the collective agreement.

Mayrand J.A. then held that the arbitrator’s decision was not erroneous and on this ground alone concluded that the appeal should be dismissed.

With the greatest respect for those who are of the contrary view, I entirely agree with the reasons of Owen J.A., which I adopt and to which I need only add but a few observations.

First, it seems to me that by unnecessarily and, in my opinion, wrongly separating the preliminary jurisdiction of the arbitration tribunal from its general or full jurisdiction, which when the grievance is not prescribed consists in the power of hearing the grievance on the merits, the Court of Appeal is actually impairing the integrity of the arbitration tribunal’s jurisdiction taken as a whole. It seems wrong to say that the full jurisdiction of the arbitration tribunal consists in hearing the grievance when it is not prescribed. Rather, it seems to me that the arbitration tribunal’s full jurisdiction consists in the power to dispose of grievances before it by applying the relevant provisions of the collective agreement or the law. It has jurisdiction to allow or dismiss these grievances,

Lorsqu’un arbitre déclare erronément un grief non prescrit, il s’attribue une juridiction qu’il n’a pas pour entendre ce grief. Il en va de même lorsque l’arbitre constate que le grief a été présenté tardivement mais décide erronément qu’il peut l’entendre quand même. J’incline à croire que la même règle doit s’appliquer dans la situation inverse où, erronément, l’arbitre décide que le grief est tardif et refuse de l’entendre au fond: il s’abstient alors d’exercer une juridiction qu’il a.

Le juge Mayrand réfère ensuite à l’arrêt *Segal v. City of Montreal*, [1931] R.C.S. 460, pour affirmer que «la Cour suprême du Canada répète depuis longtemps qu’une erreur sur une question préliminaire à la juridiction donne ouverture à la révision par les Tribunaux supérieurs». Plus loin il conclut:

Dans le présent cas, la décision de l’arbitre, si elle est erronée, aboutirait à un refus d’exercer sa juridiction complète, car elle l’empêcherait d’instruire le grief au fond conformément à la loi et à la convention collective.

Le juge Mayrand juge alors que la décision de l’arbitre n’est pas erronée et pour ce seul motif, il conclut au rejet du pourvoi.

Soit dit avec les plus grands égards pour ceux qui sont de l’opinion contraire, je me trouve en accord complet avec les motifs du juge Owen que je fais miens et auxquels je ne puis guère ajouter que quelques observations.

Il me paraît d’abord qu’en scindant inutilement et indûment, à mon avis, la compétence préliminaire du tribunal d’arbitrage de sa compétence globale ou complète, qui, lorsque le grief n’est pas prescrit, consisterait dans le pouvoir d’entendre le grief au fond, la Cour d’appel porte justement atteinte à l’intégrité de la compétence du tribunal d’arbitrage considérée dans son ensemble. Il me semble inexact de dire que la compétence complète du tribunal d’arbitrage consiste à entendre le grief lorsqu’il n’est pas prescrit. Il me semble plutôt que la compétence complète du tribunal d’arbitrage consiste dans le pouvoir de disposer des griefs dont il est saisi en appliquant les dispositions pertinentes de la convention collective ou de la loi. Il a compétence pour accueillir ou rejeter ces griefs, et ce

and its jurisdiction is not placed in question because it allows or dismisses them in accordance with one rather than another of the provisions of the collective agreement.

By the dichotomy which it sets up between the initial jurisdiction of the arbitration tribunal and its general jurisdiction, the Court of Appeal is artificially transforming the question of prescription of the grievance into one of conferring or, depending on the circumstances, divesting jurisdiction, but only jurisdiction in the narrow sense of the power to dispose of the grievance on one ground rather than on another. As I have just indicated, in my opinion the arbitrator's jurisdiction is wider than that.

Moreover, the method used by the Court of Appeal which, in the case at bar, consists of considering the question of prescription of the grievance as a preliminary matter on which the arbitration tribunal's jurisdiction depends is one which has attracted some support but against which this Court finally warned the courts in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227. Dickson J., as he then was, rendered the unanimous decision of the full Court. At p. 233, he wrote:

With respect, I do not think that the language of "preliminary or collateral matter" assists in the inquiry into the Board's jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a "preliminary or collateral matter".

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

The controversy to which I have just referred indicates that there may at least be "some doubt in this regard", though I find none.

n'est pas parce qu'il les accueille ou les rejette en conformité de l'une des dispositions de la convention collective plutôt que d'une autre que sa juridiction est en cause.

<sup>a</sup> Par la dichotomie qu'elle établit entre la compétence initiale du tribunal d'arbitrage et sa compétence globale, la Cour d'appel transforme artificiellement la question de la prescription du grief <sup>b</sup> en une question attributive de compétence, ou, selon le cas, privative de compétence, mais seulement de la compétence au sens étroit du pouvoir de disposer du grief pour un motif plutôt que pour un autre. Or la compétence de l'arbitre est plus vaste, <sup>c</sup> à mon avis, comme je viens de l'indiquer.

Au surplus, la méthode suivie par la Cour d'appel et qui, en l'espèce, consiste à considérer la question de la prescription du grief comme une question préliminaire dont dépend la juridiction du tribunal d'arbitrage en est une qui en effet a déjà connu une certaine vogue mais contre laquelle <sup>e</sup> cette Cour a fini par mettre les tribunaux en garde dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Le juge Dickson, il n'était pas encore Juge en chef, a rendu le jugement unanime de toute la Cour. À la <sup>f</sup> p. 233 il écrit:

<sup>g</sup> Avec égards, je ne pense pas que parler de «question préliminaire ou accessoire» facilite la détermination de la compétence de la Commission. Je pense que l'on peut subdiviser presque toutes les affaires soumises à un tribunal administratif en plusieurs points ou questions et en qualifier un, probablement sans trop de difficultés, de «question préliminaire ou accessoire».

<sup>h</sup> Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. A mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

<sup>i</sup> La controverse dont je viens de faire état démontre qu'il existe au moins «un doute à cet égard» encore que, pour ma part, je n'en éprouve aucun.

In its submission respondent wrote that *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, supra*, is [TRANSLATION] “a special case of very limited application”. Certainly that case did not concern arbitration, and the provisions which had to be interpreted differed from those in the case at bar: but the principle of judicial restraint and the description of the procedure that should be avoided if it is to be followed apply to an arbitration matter and are still entirely relevant. This judgment is frequently cited, and the policy stated regarding limitation of judicial intervention has recently been applied by the decision of this Court in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. C.L.R.B.*, [1984] 2 S.C.R. 412.

I would be of the same opinion if the provisions regarding the prescription of grievances were contained in legislation rather than in the collective agreement; but I find added support for my view in the fact that, in the case at bar, as in a great many cases, they are in the collective agreement. This is a type of complex and very particular provision which varies from one collective agreement to another, which the parties have negotiated and drafted with the greatest care and on which they agreed with the understanding and intent that, in the event of a disagreement between them as to their meaning, an arbitrator or arbitration tribunal would interpret them alone without appeal and without the delays of judicial review. Though these provisions cannot themselves be the subject of a grievance, it was the intent of the parties and the law that they be “arbitrable”. Furthermore, such provisions, as in the case of clause 9-2.15, are often closely integrated with the general scheme of the collective agreement and are unquestionably a matter for expert consideration by arbitrators and arbitration tribunals.

For these reasons, I conclude that the decision of an arbitrator on whether a grievance is filed late is not subject to judicial review.

#### IV—Conclusions

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal and the judgment of the Superior

L'intimé écrit dans son mémoire que l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, est «un cas particulier d'application très limitée». Sans doute ne s'agissait-il pas d'arbitrage et les dispositions qu'il fallait interpréter différaient-elles de celles de l'espèce. Mais le principe de la réserve judiciaire et la description du moyen qu'il faut éviter de prendre pour ne pas y manquer s'appliquent en matière d'arbitrage et conservent toute leur pertinence. Cet arrêt est souvent cité et la politique qu'il énonce relativement à la limitation des interventions judiciaires a récemment été suivie dans l'arrêt rendu par cette Cour dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. C.C.R.T.*, [1984] 2 R.C.S. 412.

Je resterais du même avis si les dispositions relatives à la prescription des griefs se trouvaient dans la loi plutôt que dans la convention collective. Mais je me sens renforcé dans mon opinion du fait qu'en l'espèce comme dans un grand nombre de cas, elles se trouvent dans la convention collective. Voici un genre de dispositions complexes et très particulières qui varient d'une convention collective à l'autre, que les parties ont négociées et rédigées avec le plus grand soin et sur lesquelles elles se sont mises d'accord en sachant et en voulant qu'advenant une mésentente entre elles quant à leur sens, un arbitre ou un conseil d'arbitrage les interprète seul, sans appel et sans les lenteurs du contrôle judiciaire. Quoique ces dispositions ne puissent pas elles-mêmes faire l'objet d'un grief, les parties et la loi ont voulu qu'elles soient «arbitrables». Au surplus, de telles dispositions, c'est le cas de l'art. 9-2.15, sont souvent intégrées de façon étroite au schème général de la convention collective et elles compétent éminemment à l'expertise des arbitres et des tribunaux d'arbitrage.

Pour ces motifs, je suis d'opinion que la décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief n'est pas sujette à révision judiciaire.

#### IV—Conclusions

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure sont

Court are set aside and respondent's motion for evocation is dismissed with costs in all courts.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Choquette, Leduc & Rivard, Montréal.*

infirmés et la requête en évocation de l'intimé est rejetée avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Choquette, Leduc & Rivard, Montréal.*





Editor in Chief  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1985.

## CONTENTS

### Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen ..... 662

Criminal law — Corporate liability — Conspiracy to defraud — Whether or not liability arises where directing mind acting (1) in fraud of corporation, or (2) for his own benefit, or (3) contrary to instructions not to act illegally — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338(1), 423(1)(d).

### R. v. Therens et al. .... 613

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Accused requested to accompany police officer for purposes of providing breath samples for analysis — Whether accused detained — Whether police required to inform accused of right to counsel — Criminal Code, ss. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Right to counsel infringed — Impaired driving — Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(1), (2).

Criminal law — Charter of Rights — Impaired driving — Right to counsel infringed — Evidence provided by breathalyzer test excluded — Criminal Code, ss. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24.

### Rahn v. The Queen ..... 659

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Accused requested to accompany police officer for purpose of providing breath samples for analysis — Whether accused detained — Whether police required to

*Continued on next page*

Arrêtiste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
MICHELINE ROCHON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1985.

## SOMMAIRE

### Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine ..... 662

Droit criminel — Responsabilité des compagnies — Complot en vue de frauder — La responsabilité d'une compagnie est-elle engagée lorsque son âme dirigeante agit (1) frauduleusement envers elle, ou (2) pour son propre avantage, ou (3) contrairement à des instructions de ne pas agir illégalement? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1), 423(1)d.

### R. c. Therens et autres ..... 613

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse — L'accusé était-il détenu? — La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? — Code criminel, art. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Redressement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(1), (2).

Droit criminel — Charte des droits — Conduite avec facultés affaiblies — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest — Code criminel, art. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24.

### Rahn c. La Reine ..... 659

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

inform accused of right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 — Criminal Code, s. 235(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Right to counsel infringed — Impaired driving — Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

### **Re Manitoba Language Rights ..... 721**

Constitutional law — Language guarantees — Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French — Whether or not s. 23 of Manitoba Act, 1870 mandatory or directory — Whether or not statutes, current, repealed or spent, valid if constitutional linguistic requirements not met — Extent of force or effect, if any, if statutes invalid — Whether or not Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes valid and of force or effect — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, s. 23 — Constitution Act, 1867, s. 133 — Constitution Act, 1982, s. 52 — An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), c. 14 — Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1980 (Man.), c. 3.

### **Trask v. The Queen ..... 655**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Accused requested to accompany police officer for purposes of providing breath samples for analysis — Whether accused detained — Whether police required to inform accused of right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 — Criminal Code, s. 235(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Right to counsel infringed — Impaired driving — Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

## SOMMAIRE (Fin)

Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse — L'accusé était-il détenu? — La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 — Code criminel, art. 235(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Redressement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.

### **Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba ..... 721**

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba — L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba est-il impératif ou directif? — Les lois actuelles, abrogées ou périmées sont-elles valides si les exigences en matière linguistique n'ont pas été respectées? — Si les lois sont invalides, dans quelle mesure sont-elles opérantes? — La Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs est-elle valide et opérante? — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, art. 23 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), chap. 14 — Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1980 (Man.), chap. 3.

### **Trask c. La Reine ..... 655**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse — L'accusé était-il détenu? — La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 — Code criminel, art. 235(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Redressement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.



**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Paul Mathew Therens** *Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario and the  
Attorney General of Quebec** *Intervenors*.

File No.: 17692.

1984: June 21; 1985: May 23.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Beetz, Estey,  
McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to  
counsel — Impaired driving — Accused requested to  
accompany police officer for purposes of providing  
breath samples for analysis — Whether accused  
detained — Whether police required to inform accused  
of right to counsel — Criminal Code, ss. 234.1(1),  
235(1), (2), 236(1), 237 — Canadian Charter of Rights  
and Freedoms, ss. 1, 10.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies  
— Right to counsel infringed — Impaired driving —  
Evidence provided by breathalyzer test excluded pursu-  
ant to s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of  
Rights and Freedoms, ss. 10, 24(1), (2).*

*Criminal law — Charter of Rights — Impaired  
driving — Right to counsel infringed — Evidence pro-  
vided by breathalyzer test excluded — Criminal Code,  
ss. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 — Canadian  
Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24.*

Respondent lost control of his motor vehicle and it  
collided with a tree. A police officer demanded respon-  
dent provide samples of his breath for analysis pursuant  
to s. 235(1) of the *Criminal Code*. Respondent accom-  
panied the officer to the police station, complied with  
the demand, and was subsequently charged with driving  
a motor vehicle while having an excessive blood alcohol  
level contrary to s. 236(1) of the *Code*. At trial, respon-  
dent's counsel objected to the admission of the certificate  
of analysis and applied, pursuant to s. 24 of the *Charter*,

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Paul Mathew Therens** *Intimé*;

<sup>a</sup>

et

**Le procureur général du Canada, le procureur  
général de l'Ontario et le procureur général  
du Québec** *Intervenants*.

<sup>b</sup>

N° du greffe: 17692.

1984: 21 juin; 1985: 23 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*,  
<sup>c</sup> Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et  
Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

<sup>d</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à  
l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés  
affaiblies — Accusé sommé de suivre un policier en vue  
de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse  
— L'accusé était-il détenu? — La police était-elle  
tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance  
d'un avocat? — Code criminel, art. 234.1(1), 235(1), (2),  
236(1), 237 — Charte canadienne des droits et libertés,  
art. 1, 10.*

<sup>e</sup>

<sup>f</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Redres-  
sement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat  
— Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue  
au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art.  
24(2) de la Charte — Charte canadienne des droits et  
libertés, art. 10, 24(1), (2).*

<sup>g</sup>

*Droit criminel — Charte des droits — Conduite avec  
facultés affaiblies — Violation du droit à l'assistance  
d'un avocat — Exclusion de la preuve obtenue au  
moyen de l'alcootest — Code criminel, art. 234.1(1),  
235(1), (2), 236(1), 237 — Charte canadienne des droits  
et libertés, art. 10, 24.*

<sup>h</sup>

L'intimé a perdu la maîtrise de son véhicule à moteur  
qui a percuté un arbre. Un policier a sommé l'intimé de  
fournir des échantillons de son haleine à des fins d'ana-  
lyse conformément au par. 235(1) du *Code criminel*.  
<sup>i</sup> L'intimé a suivi le policier jusqu'au poste de police où il  
a obtempéré à la sommation et il a été accusé, par la  
suite, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son  
taux d'alcoolémie dépassait la limite permise, contraire-  
ment au par. 236(1) du *Code*. Au cours du procès,  
<sup>j</sup> l'avocat de l'intimé s'est opposé à l'admission du certifi-

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

for its exclusion on the ground that he had been denied the right, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, to be informed, upon arrest or detention, of his right to retain and instruct counsel without delay. The trial judge allowed the application and dismissed the charge for lack of other evidence of the respondent's blood alcohol level. The judge held that the respondent had been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter*, that the court was empowered by s. 24(1) thereof to exclude the certificate if it considered such exclusion to be appropriate and just in the circumstances, and that it was not confined to the test laid down in s. 24(2). The majority of the Court of Appeal upheld the decision.

*Held* (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1) *Detention and violation of respondent's right to counsel*

*Per* Dickson C.J. and McIntyre, Lamer and Le Dain JJ.: Respondent's rights under s. 10(b) of the *Charter* were violated. A person who complied with a demand, pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code*, to accompany a police officer to a police station and to submit to a breathalyser test is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that person is therefore entitled to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay.

The word "detention" in s. 10 is directed to a restraint of liberty of varying duration other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel and might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is also a "detention" within s. 10 when a police officer assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. There must, however, be some form of compulsion or coercion. Any criminal liability for failure to comply with a demand or direction of a police officer is sufficient to make compliance involuntary. Under s. 235(2), a refusal to comply with a s. 235(1) demand without reasonable excuse is a criminal offence.

Notwithstanding any similarity to s. 10 of the *Charter*, the meaning of the word "detained" in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* as adopted by this Court in *Chromiak* was not determinative of the issue. The prem-

cat d'analyse et, se fondant sur l'art. 24 de la *Charte*, a demandé qu'il soit écarté pour le motif qu'il y a eu atteinte au droit de l'intimé, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informé, en cas d'arrestation ou de détention, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le juge du procès a fait droit à cette demande et a rejeté l'accusation à défaut d'une autre preuve quant au taux d'alcoolémie de l'intimé. Il a conclu qu'il y avait eu détention de l'intimé au sens de l'art. 10 de la *Charte*, que le par. 24(1) de la *Charte* habilitait la cour à écarter le certificat si elle jugeait cela convenable et juste eu égard aux circonstances et que la cour n'était pas obligée de s'en tenir au seul critère énoncé au par. 24(2). La Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision.

*Arrêt* (les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

1) *Détention et violation du droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat*

*Le* juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer et Le Dain: Il y a eu violation des droits que garantit à l'intimé l'al. 10b) de la *Charte*. La personne qui obtempère à la sommation qui lui a été faite, conformément au par. 235(1) du *Code criminel*, de suivre un policier jusqu'au poste de police pour y subir un alcootest, est «détenue» au sens de l'art. 10 de la *Charte* et elle a, par conséquent, le droit d'être informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Le mot «détention» employé à l'art. 10 vise une entrave à la liberté d'une durée variable, autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai. Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a également «détention» au sens de l'art. 10 lorsqu'un policier restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut avoir des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. Il doit cependant y avoir une certaine forme de contrainte ou de coercition. Toute responsabilité criminelle découlant du refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre d'un policier suffit pour rendre l'obéissance involontaire. Suivant le par. 235(2), est coupable d'un acte criminel quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1).

Nonobstant toute similitude avec l'art. 10 de la *Charte*, le sens qu'a donné cette Cour, dans l'arrêt *Chromiak*, au mot «détenue» utilisé à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas déterminant

ise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature, a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the court. It is the purpose of the section that must be considered in determining the meaning of the word "detention" in s. 10.

*Per Beetz, Estey, Chouinard and Wilson JJ.:* When the police officers administered the breathalyzer test under s. 235(1) of the *Code*, respondent was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and his rights under that section were violated. The peace officers did not accord him the right "without delay" to retain and instruct counsel, nor did they inform him of that right.

2) *Whether respondent's right to counsel subject, by virtue of s. 235(1) of the Code, to a limit prescribed by law*

*Per Beetz, Estey, Chouinard and Wilson JJ.:* The Court is not concerned with s. 1 of the *Charter* because Parliament, in s. 235(1) of the *Code*, has not purported to limit respondent's right under s. 10(b) of the *Charter*. Section 1 subjects all *Charter* rights, including s. 10, "only to such reasonable limits prescribed by law . . ." Here the limit on the respondent's right to consult counsel was imposed by the conduct of the police officers and not by Parliament.

*Per Dickson C.J. and McIntyre and Le Dain JJ.:* Section 235(1) of the *Code* does not purport to place a limitation on the right to counsel. A s. 235(1) demand must be made "forthwith or as soon as practicable" and the person to whom the demand is made must provide a breath sample "then or as soon thereafter as is practicable". The two-hour operating requirement imposed by s. 237(1)(b)(ii) does not preclude any contact at all with counsel prior to the breathalyzer test. When detained because of a s. 235(1) demand, the right to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay is not, therefore, subject to a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

*Per Lamer J.:* The violation of the respondent's rights is not the result of the operation of the law but of the police action. Therefore, there is no need to consider in this case whether, under s. 1 of the *Charter*, the "breath-

quant à la question en litige. La prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même, une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux. Pour déterminer le sens du mot « détention » utilisé à l'art. 10, c'est l'objet de cet article qu'il faut examiner.

*Les juges Beetz, Estey, Chouinard et Wilson:* Lorsque les policiers lui ont fait subir l'alcootest en application du par. 235(1) du *Code*, l'intimé était détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et il y a eu violation des droits qui lui sont garantis par cet article. Les agents de la paix ne lui ont pas accordé le droit d'avoir recours « sans délai » à l'assistance d'un avocat et ils ne l'ont pas non plus informé de ce droit.

2) *Le droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat est-il assujéti, en vertu du par. 235(1) du Code, à une restriction prescrite par une règle de droit?*

*Les juges Beetz, Estey, Chouinard et Wilson:* La Cour ne s'intéresse pas à l'art. 1 de la *Charte* puisque le Parlement n'a pas voulu, au par. 235(1) du *Code*, restreindre le droit que garantit à l'intimé l'al. 10b) de la *Charte*. Selon l'article 1, tous les droits garantis par la *Charte*, y compris ceux prévus par l'art. 10, ne peuvent être restreints « que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables . . . » En l'espèce, la restriction du droit de l'intimé de consulter son avocat a été imposée par la conduite des policiers et non par le Parlement.

*Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre et Le Dain:* Le paragraphe 235(1) du *Code* n'a pas pour objet de limiter le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Une sommation visée au par. 235(1) doit être faite « sur-le-champ ou dès que possible » et la personne à qui est adressée cette sommation doit fournir un échantillon d'haleine « sur-le-champ ou dès que possible ». La condition relative au délai de deux heures imposée par le sous-al. 237(1)(b)(ii) n'empêche pas de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest. Lorsqu'une personne est détenue par suite d'une sommation faite en vertu du par. 235(1), le droit d'être informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat n'est donc pas assujéti à une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 de la *Charte*.

*Le juge Lamer:* La violation des droits de l'intimé ne découle pas de l'application de la loi, mais résulte des actes des policiers. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce si, en vertu de l'art. 1 de la

alyzer scheme" set up through s. 235(1) and s. 237 of the *Criminal Code* is a reasonable limit to one's rights under the *Charter*.

3) *Whether the breathalyzer evidence should be excluded*

*Per Beetz, Estey, Chouinard and Wilson JJ.:* The question of the admissibility of the evidence provided by the breathalyzer test must be determined by s. 24(2) of the *Charter* and not by s. 24(1). Subsection (2) alone empowers a court to exclude evidence where such evidence "was obtained in a manner that infringed ... rights ... guaranteed by [the] *Charter*, ... if it is established that ... the admission of it ... would bring the administration of justice into disrepute". Here, the evidence must undoubtedly be excluded. The police have flagrantly violated a *Charter* right without statutory authority. To admit this evidence under these circumstances would clearly "bring the administration of justice into disrepute".

*Per Dickson C.J. and Lamer J.:* The breathalyzer evidence tendered in this case was obtained in a manner which infringed and denied the respondent's rights under s. 10(b) of the *Charter*. The simple fact, however, that the infringement of the right preceded the obtaining of the evidence is not sufficient to meet that requirement. Indeed, if there is no relationship other than a temporal one, the evidence was not "obtained in a manner that infringed" the *Charter*. Where a detainee is required to provide evidence which may be incriminating and where refusal to comply is punishable as a criminal offence, as is the case under s. 235 of the *Code*, s. 10(b) imposes a duty not to call upon the detainee to provide that evidence without first informing him of his s. 10(b) rights and providing him with a reasonable opportunity and time to retain and instruct counsel. Failure to abide by that duty will lead to the obtainment of evidence in a manner which infringes or denies the detainee's s. 10(b) rights. To admit the breathalyzer evidence in these circumstances would bring the administration of justice into disrepute. Therefore, since the evidence may be properly excluded by the operation of s. 24(2) of the *Charter*, there is no need to express any view on the availability of the exclusion of evidence as an appropriate and just remedy under s. 24(1).

*Charte*, le «système d'alcootest» établi par le par. 235(1) et l'art. 237 du *Code criminel* restreint les droits garantis par la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables.

3) *La preuve obtenue au moyen de l'alcootest doit-elle être exclue?*

*Les juges Beetz, Estey, Chouinard et Wilson:* La question de l'admissibilité de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest doit être tranchée en fonction du par. 24(2) de la *Charte* et non en fonction du par. 24(1). Seul le paragraphe 24(2) habilite un tribunal à écarter des éléments de preuve lorsque ces éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ... garantis par la ... [C]harte, ... s'il est établi ... que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». En l'espèce, il ne fait pas de doute que la preuve doit être exclue. Les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Utiliser cette preuve dans ces circonstances serait nettement susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice».

*Le juge en chef Dickson et le juge Lamer:* La preuve obtenue au moyen de l'alcootest en l'espèce a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits que garantit à l'intimé l'al. 10b) de la *Charte*. Toutefois, le simple fait que la violation du droit soit survenue avant l'obtention de la preuve n'est pas suffisant pour remplir cette condition. En effet, s'il n'existe qu'un rapport temporel entre la violation et l'obtention de la preuve, les éléments de preuve n'ont pas été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à des droits garantis par la *Charte*. Lorsqu'on demande à un détenu de fournir un élément de preuve susceptible de l'incriminer et que le refus d'obtempérer à cette demande est punissable comme acte criminel, comme c'est le cas en vertu de l'art. 235 du *Code*, l'al. 10b) impose l'obligation de ne pas sommer le détenu de fournir cet élément de preuve sans l'avoir préalablement informé des droits que lui garantit l'al. 10b) et lui avoir donné une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, y compris un délai raisonnable pour ce faire. Le manquement à cette obligation conduit à l'obtention d'éléments de preuve dans des conditions qui portent atteinte aux droits que garantit au détenu l'al. 10b). L'admission de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest est susceptible, eu égard aux circonstances, de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, étant donné que la preuve peut être régulièrement écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la possibilité d'obtenir l'exclusion d'éléments de preuve à titre de redressement convenable et juste au sens du par. 24(1).



*Per McIntyre and Le Dain JJ., dissenting:* Although respondent's right under s. 10 of the *Charter* was infringed, the evidence provided by the breathalyzer test should not have been excluded. The Court of Appeal erred in affirming the exclusion of the evidence on the ground that it was appropriate and just in the circumstances, within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*. It is clear that in making explicit provision for the remedy of exclusion of evidence in s. 24(2), following the general terms of s. 24(1), the framers of the *Charter* intended that this particular remedy should be governed entirely by the terms of s. 24(2). The evidence represented by the certificate of analysis was obtained in a manner infringing respondent's right to counsel and met the first requirement of that subsection, but its admission in the circumstances of this case would not bring the administration of justice into disrepute. The right to counsel is of fundamental importance and its denial in a criminal law context must *prima facie* discredit the administration of justice. However, in view of the judgment of this Court in *Chromiak*, the police officer was entitled to assume in good faith that the respondent did not have such a right on a demand under s. 235 of the *Criminal Code*. Because of this reliance in good faith, the admission of the evidence of the breathalyzer test here would not bring the administration of justice into disrepute.

*Per McIntyre J., dissenting:* The exclusion of the breathalyzer evidence solely on a finding that a *Charter* right was breached in obtaining it would be to disregard the provisions of s. 24(2) of the *Charter*. The exclusion of such evidence is not automatic. It must be excluded only where it is established that its admission, having regard to all the circumstances, would bring the administration of justice into disrepute. That was not established here.

#### Cases Cited

*Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, aff'g (1979), 46 C.C.C. (2d) 310, considered; *R. v. Currie* (1983), 4 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Trask* (1983), 6 C.C.C. (3d) 132; *Rahn v. The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 152; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173, considered; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d)

*Les juges McIntyre et Le Dain, dissidents:* Même s'il y a eu violation du droit que garantit à l'intimé l'art. 10 de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être exclue. La Cour d'appel a commis une erreur en confirmant l'exclusion de la preuve pour le motif que cela était convenable et juste eu égard aux circonstances, au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Il est évident qu'en faisant suivre du par. 24(2), qui prévoit expressément l'exclusion d'éléments de preuve, les dispositions générales du par. 24(1), les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ce redressement particulier soit régi entièrement par les termes du par. 24(2). L'élément de preuve que représente le certificat d'analyse a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte au droit de l'intimé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et satisfait à la première condition de ce paragraphe, mais son utilisation dans les circonstances de la présente affaire n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le droit à l'assistance d'un avocat est d'une importance fondamentale et sa négation dans un contexte de droit criminel ne peut que constituer à première vue un acte qui déconsidère l'administration de la justice. Toutefois, compte tenu de l'arrêt *Chromiak* de cette Cour, le policier pouvait présumer de bonne foi que l'intimé n'avait pas ce droit suite à une sommation faite en vertu de l'art. 235 du *Code criminel*. En raison de ce fondement sur la bonne foi, l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

*Le juge McIntyre, dissident:* Exclure la preuve obtenue au moyen de l'alcootest en se fondant uniquement sur la conclusion qu'un droit garanti par la *Charte* a été violé en l'obtenant reviendrait à ignorer les dispositions du par. 24(2) de la *Charte*. L'exclusion d'une telle preuve n'est pas automatique. Elle ne doit être écartée que s'il est établi, eu égard aux circonstances, que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cela n'a pas été établi en l'espèce.

#### Jurisprudence

Arrêt examiné: *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, confirmant (1979), 46 C.C.C. (2d) 310; arrêts examinés: *R. v. Currie* (1983), 4 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Trask* (1983), 6 C.C.C. (3d) 132; *Rahn v. The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 152; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173; arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. v. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; *R. v.*

260; *R. v. Chapin* (1983), 7 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(c).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 10, 24.

*Constitution Act, 1982*, s. 52.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234.1(1) [added 1974-75-76, c. 93, s. 15], 235 [rep. & subs. by 1974-75-76, c. 93, s. 16], 236 [rep. & subs. by 1974-75-76, c. 93, s. 17], 237(1)(c) [rep. & subs. by 1974-75-76, c. 93, s. 18].

#### Authors Cited

Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.

Fleming, J. G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, Law Book Company Ltd., 1983.

Gibson D. "Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 377.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1983), 5 C.C.C. (3d) 409, 148 D.L.R. (3d) 672, 23 Sask. R. 81, 33 C.R. (3d) 204, 5 C.R.R. 157, 20 M.V.R. 8, [1983] 4 W.W.R. 385, dismissing an appeal by the Crown by way of stated case from the accused's acquittal by Muir Prov. Ct. J. (1982), 70 C.C.C. (2d) 468, 16 M.V.R. 285, on a charge under s. 236(1) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, McIntyre and Le Dain JJ. dissenting.

*D. Murray Brown, James MacPherson and Andrew Petter*, for the appellant.

*Robert Skinner and Vikas Khaladkar*, for the respondent.

*S. R. Fainstein*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Edward Then, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean-François Dionne*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Chapin* (1983), 7 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 10, 24.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(1) [aj. 1974-75-76, chap. 93, art. 15], 235 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 16], 236 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 17], 237(1)c) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 18].

*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2c).

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

#### Doctrine citée

Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.

Fleming, J. G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, Law Book Company Ltd., 1983.

Gibson D. «Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 377.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1983), 5 C.C.C. (3d) 409, 148 D.L.R. (3d) 672, 23 Sask. R. 81, 33 C.R. (3d) 204, 5 C.R.R. 157, 20 M.V.R. 8, [1983] 4 W.W.R. 385, qui a rejeté un appel de Sa Majesté formé par voie d'exposé de cause à l'encontre de l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Muir de la Cour provinciale (1982), 70 C.C.C. (2d) 468, 16 M.V.R. 285, relativement à une accusation portée en vertu du par. 236(1) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents.

*D. Murray Brown, James MacPherson et Andrew Petter*, pour l'appelante.

*Robert Skinner et Vikas Khaladkar*, pour l'intimé.

*S. R. Fainstein*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Edward Then, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-François Dionne*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with Le Dain J., for the reasons he has given in his judgment, that the respondent was detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that his rights under para. (b) were violated. I also agree with Le Dain J. that s. 235(1) does not create a limit, prescribed by law, under s. 1 of the *Charter*, on a detained person's right to be informed of the right to retain and instruct counsel. Subsection 235(1) does not expressly or by necessary implication compel the police to deny a detained person's right to be informed of his s. 10(b) rights.

I agree with Lamer J., for the reasons he has given, that the breathalyzer evidence tendered in this case was obtained in a manner which infringed and denied the respondent's rights under s. 10(b) and that it has been established that, having regard to all the circumstances, the admission of this evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the certificate of analysis prepared pursuant to s. 237 of the *Criminal Code* should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Since this evidence may properly be excluded by the operation of s. 24(2) of the *Charter*, I do not wish to be taken as expressing any view on the availability of the exclusion of evidence as an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

I would accordingly dismiss this appeal.

The reasons of Beetz, Estey, Chouinard and Wilson JJ. were delivered by

ESTEY J.—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague Le Dain J. in this appeal and while I am in agreement, as shall be seen below, with much of what has been there written, I am in respectful disagreement as to the

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Pour les mêmes raisons qu'il a données dans son jugement, je suis d'accord avec le juge Le Dain pour dire que l'intimé a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il y a eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b). Je suis également d'accord avec le juge Le Dain pour dire que le par. 235(1) ne crée pas une limite prescrite par une règle de droit, au sens de l'art. 1 de la *Charte*, au droit d'une personne détenue d'être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Le paragraphe 235(1) n'oblige pas, expressément ou par déduction nécessaire, la police à refuser à une personne détenue le droit d'être informée des droits que lui garantit l'al. 10b).

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest en l'espèce a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'al. 10b) et qu'il a été établi, eu égard aux circonstances, que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, le certificat d'analyse préparé conformément à l'art. 237 du *Code criminel* doit être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Puisque la preuve a été régulièrement écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, je ne veux pas qu'on pense que je me prononce sur la possibilité d'obtenir l'exclusion d'éléments de preuve à titre de redressement convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Version française des motifs des juges Beetz, Estey, Chouinard et Wilson rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mon collègue le juge Le Dain et, bien que je sois d'accord, comme la suite l'indique, avec une bonne partie de ce qu'il a écrit, je ne saurais être d'accord

disposition. I would dismiss the appeal for these reasons.

I am in agreement that the respondent-defendant was "detained" within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when the police officers administered the breathalyzer test under s. 235 of the *Criminal Code*. That section of the *Criminal Code* clearly anticipates a delay in some circumstances for the administration of this test. This is in contrast to s. 234.1(1) of the *Code*. In the former section the *Code* provides that the peace officer may "by demand made . . . forthwith or as soon as practicable" require such person to provide samples "then or as soon thereafter as is practicable". Section 234.1(1) requires that the person driving the motor vehicle "provide forthwith such a sample of his breath".

Section 10(b) of the *Charter* provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

Neither of the two rights assured in s. 10(b) of the *Charter* were honoured by the police authority. The peace officers did not accord to the respondent the right "without delay" to retain and instruct counsel, nor did they inform the respondent of that right. There is nothing in this record to suggest that the officers would have been unable to afford the respondent a reasonable time to contact his counsel.

The provisions of s. 235 cannot constitute a cause for failure to assure these rights. As noted above, action under s. 235 by the respondent need only be taken "as soon as practicable". We are not here faced with a proceeding under s. 234.1 which may raise different issues. Neither are we here, on this record, required to determine the more difficult question of what the peace officer may do pursuant to s. 235 of the *Code* after s. 10(b) of the *Charter* has been accommodated. Furthermore,

avec sa conclusion. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour ces raisons.

Je suis d'accord pour dire que l'intimé-défendeur était «détenu» au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque les policiers lui ont fait subir l'alcootest en application de l'art. 235 du *Code criminel*. Cet article du *Code criminel* prévoit clairement qu'il est possible, dans certaines circonstances, de retarder le moment où l'on fera subir ce test. Il n'en est pas de même pour le par. 234.1(1) du *Code*. Dans le premier cas, l'article du *Code* prévoit qu'un agent de la paix peut «par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible» qu'une personne fournisse des échantillons d'haleine. Dans le second cas, le par. 234.1(1) dispose que la personne qui conduit le véhicule à moteur doit «soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine».

L'alinéa 10b) de la *Charte* prévoit ce qui suit:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; . . .

Aucun des deux droits garantis à l'al. 10b) de la *Charte* n'a été respecté par la police. Les agents de la paix n'ont pas accordé à l'intimé le droit d'avoir recours «sans délai» à l'assistance d'un avocat et ils ne l'ont pas non plus informé de ce droit. Rien dans le présent dossier n'indique qu'il était impossible aux policiers d'accorder à l'intimé un délai raisonnable lui permettant de communiquer avec son avocat.

Les dispositions de l'art. 235 ne peuvent pas justifier l'omission de garantir ces droits. Tel que souligné plus haut, l'intimé est seulement tenu, aux termes de l'art. 235, de s'exécuter «dès que possible». Il ne s'agit pas en l'espèce d'une procédure en vertu de l'art. 234.1, qui peut soulever des questions différentes. Il ne nous est pas nécessaire non plus, d'après le présent dossier, de trancher la question plus épineuse de savoir ce que l'agent de la paix peut faire conformément à l'art. 235 du *Code* dès que les conditions de l'al. 10b) de la *Charte* sont remplies. De plus, étant donné que, comme nous le verrons, le par. 24(2) de la *Charte*

because s. 24(2) of the *Charter*, as we shall see, operates to exclude the evidence thereby obtained, s. 24(1) of the *Charter* need not be invoked.

I am therefore in respectful agreement with my colleague that the rights of the respondent under s. 10(b) have been violated.

Because Parliament has not purported to place a limitation on the right of the respondent under s. 10(b) of the *Charter* in s. 235(1), the Court is not here concerned with s. 1 of the *Charter*. That section subjects all *Charter* rights, including s. 10, "only to such reasonable limits prescribed by law . . . ." Here Parliament has not purported to prescribe any such limit and hence s. 1 of the *Charter* does not come into play. The limit on the respondent's right to consult counsel was imposed by the conduct of the police officers and not by Parliament.

This brings one to the core issue in this appeal, namely the admissibility of the evidence as to the alcohol content in the respondent's blood as determined by the test taken under s. 235(1) of the *Code*. The admissibility of this evidence in my view, and again I am in respectful agreement with my colleague Le Dain J., falls to be determined by s. 24(2) of the *Charter* and not by reason of subs. (1) of that section, as was the view of the Court of Appeal below. Subsection (2) alone in the *Charter* empowers a court to exclude evidence where "that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter . . ." Subsection (2) goes on to direct, in mandatory terms:

... the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

(Emphasis added.)

Here the police authority has flagrantly violated a *Charter* right without any statutory authority for so doing. Such an overt violation as occurred here must, in my view, result in the rejection of the evidence thereby obtained. We are here dealing only with direct evidence or evidence thereby

a pour effet d'exclure les éléments de preuve ainsi obtenus, il n'est pas nécessaire d'invoquer le par. 24(1) de la *Charte*.

<sup>a</sup> Par conséquent, je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'il y a eu violation des droits que garantit à l'intimé l'al. 10b).

<sup>b</sup> Puisque le Parlement n'a pas voulu, au par. 235(1), restreindre le droit que garantit à l'intimé l'al. 10b) de la *Charte*, la Cour ne s'intéresse pas en l'espèce à l'art. 1 de la *Charte*. Selon cet article, tous les droits que garantit la *Charte*, y compris ceux prévus par l'art. 10, ne peuvent être restreints «que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables . . .» En l'espèce, le Parlement n'a pas voulu prescrire une telle restriction et par conséquent l'art. 1 de la *Charte* n'entre pas en jeu. La restriction du droit de l'intimé de consulter son avocat a été imposée par la conduite des policiers et non par le Parlement.

<sup>c</sup> Cela nous amène à la principale question en litige dans le présent pourvoi, savoir l'admissibilité de la preuve relative au taux d'alcool présent dans le sang de l'intimé, tel que déterminé par le test subi en application du par. 235(1) du *Code*. L'admissibilité de cette preuve doit, à mon avis, et sur ce point je suis encore du même avis que mon collègue le juge Le Dain, être déterminée en fonction du par. 24(2) de la *Charte* et non du par. (1) de cet article, comme l'a estimé la Cour d'appel. Seul le paragraphe 24(2) de la *Charte* habilite un tribunal à écarter des éléments de preuve lorsque ces «éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte . . .». Le paragraphe (2) prévoit ensuite, en termes impératifs:

<sup>d</sup> ... ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

<sup>e</sup> (C'est moi qui souligne.)

<sup>f</sup> En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus. En l'espèce, nous nous intéressons

obtained directly and I leave to another day any consideration of evidence thereby indirectly obtained. To do otherwise than reject this evidence on the facts and circumstances in this appeal would be to invite police officers to disregard *Charter* rights of the citizens and to do so with an assurance of impunity. If s. 10(b) of the *Charter* can be offended without any statutory authority for the police conduct here in question and without the loss of admissibility of evidence obtained by such a breach then s. 10(b) would be stripped of any meaning and would have no place in the catalogue of "legal rights" found in the *Charter*.

The violation by the police authority of a fundamental *Charter* right, which transpired here, will render this evidence inadmissible. Admitting this evidence under these circumstances would clearly "bring the administration of justice into disrepute". I am strongly of the view that it would be most improvident for this Court to expatiate, in these early days of life with the *Charter*, upon the meaning of the expression 'administration of justice' and particularly its outer limits. There will no doubt be, over the years to come, a gradual build-up in delineation and definition of the words used in the *Charter* in s. 24(2).

For these reasons, I would therefore dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—I am in full agreement with the reasons for judgment of Le Dain J. I would add that to exclude the questioned evidence in this case solely on a finding that a *Charter* right was breached in obtaining it would be to disregard the provisions of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my view, this section must have its effect. The exclusion of such evidence is not automatic. It must be excluded only where it is established that its admission, having regard to all the circumstances, would bring the

seulement aux éléments de preuve directs ou aux éléments de preuve obtenus directement par ce moyen et je n'ai pas ici à examiner la question des éléments de preuve obtenus indirectement par ce moyen. Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité. Si la police pouvait, par sa conduite, violer l'al. 10b) de la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire, comme c'est le cas en l'espèce, et sans que cela n'entraîne l'inadmissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à cette violation, l'al. 10b) serait alors dénué de tout sens et n'aurait plus sa place dans la liste des «garanties juridiques» que l'on trouve dans la *Charte*.

La violation par les policiers d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, tel qu'il ressort en l'espèce, rend ces éléments de preuve inadmissibles. L'utilisation de ces éléments de preuve dans ces circonstances serait nettement susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice». Je suis fermement convaincu que ce serait tout à fait irréflecti de la part de la Cour que de s'étendre, aux premiers jours d'existence de la *Charte*, sur le sens de l'expression «administration de la justice» et plus particulièrement sur ses paramètres. Il y aura sans aucun doute, au cours des années à venir, un développement progressif de la délimitation et de la définition des termes utilisés au par. 24(2) de la *Charte*.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—Je suis entièrement d'accord avec les motifs de jugement du juge Le Dain. Je tiens à ajouter qu'exclure la preuve contestée en l'espèce en se fondant uniquement sur la conclusion qu'un droit garanti par la *Charte* a été violé en l'obtenant reviendrait à ignorer les dispositions du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À mon avis, ce paragraphe doit s'appliquer. L'exclusion d'une telle preuve n'est pas automatique. Elle ne doit être écartée que s'il est établi, eu égard aux cir-

administration of justice into disrepute. In my view, that is not established here. The exclusion of the evidence in the circumstances of this case would itself go far to bring the administration of justice into disrepute.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—The issues that require determination in this case are the following: was the respondent detained, within the meaning of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; was there a violation of his rights under s. 10(b); if so, is the violation in this case a reasonable limit prescribed by law; if not, what is the proper remedy and disposition of this case.

I have had the advantage of reading the judgments of my colleagues Estey and Le Dain JJ.

I agree with my brother Le Dain for the reasons set out in his judgment that the respondent was detained. I also agree with Le Dain J. that there was here a violation of the respondent's rights under s. 10(b). Clearly he was not, as a detainee, in any way informed of his right to retain and instruct counsel without delay. As set out in the reasons of Estey J., the violation of the respondent's rights is not the result of the operation of law but of the police action and there is no need, in my view, to consider in this case whether under s. 1 of the *Charter* the "breathalyzer scheme" set up through s. 235(1) and s. 237 of the *Criminal Code* is a reasonable limit to one's rights under the *Charter*. That issue will certainly arise in some other case given the content which I think must be given to s. 10(b).

At first blush, there would appear not to be any need to expand upon the content of s. 10(b) given that the facts of this case indicate a clear violation of the section whatever be that content. However, in order to meet the requirements for exclusion of evidence under s. 24(2) there must not only exist a violation of a *Charter* right, but there must also be, as was said by Le Dain J., "some connection or relationship between the infringement or denial of

constances, que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. À mon avis, cela n'est pas établi en l'espèce. L'exclusion de la preuve, dans les circonstances de la présente affaire, contribuerait grandement en soi à déconsidérer l'administration de la justice.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Les questions que soulève ce pourvoi sont les suivantes: L'intimé était-il détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Y a-t-il eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b)? Le cas échéant, s'agit-il d'une restriction prescrite par une règle de droit et dans des limites qui soient raisonnables? Si non, quelle réparation doit être accordée et quelle doit être l'issue de ce pourvoi?

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges Estey et Le Dain.

Pour les raisons données par le juge Le Dain dans son jugement, je suis d'avis que l'intimé était détenu. Je suis également d'accord avec le juge Le Dain pour conclure qu'il y a eu en l'espèce violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'intimé. Manifestement, celui-ci n'a nullement été informé, comme détenu, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme l'expose le juge Estey dans ses motifs, la violation des droits de l'intimé ne découle pas ici de l'application de la loi mais résulte des actes des policiers et il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'examiner en l'espèce si, en vertu de l'art. 1 de la *Charte*, le «système d'alcootest» établi par le par. 235(1) et l'art. 237 du *Code criminel* restreint les droits garantis par la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables. Considérant l'interprétation qui doit, selon moi, être donnée à l'al. 10b), cette question sera certainement soulevée dans d'autres litiges.

À première vue, il peut sembler inutile de discuter plus à fond la teneur de l'al. 10b) puisque, d'après les faits de l'espèce, il est manifeste qu'il y a eu violation du droit qui y est reconnu, et ce, quelle qu'en puisse être la teneur. Cependant, pour remplir les conditions nécessaires à l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2), non seulement faut-il qu'il y ait eu violation d'un droit garanti par la *Charte*, mais encore qu'il y ait,

the right or freedom in question and the obtaining of the evidence the exclusion of which is sought by the application”.

With respect, however, I cannot subscribe to the proposition later advanced by Le Dain J. that this requirement is met by the simple fact that the infringement or denial of the right has preceded the obtaining of the evidence. Indeed, if there is no relationship other than a temporal one, the evidence was not “obtained in a manner that infringed” the *Charter*.

Thus, when one addresses the consequences that should flow under s. 24 as a result of the violation in this case, one has to go back and give some content to s. 10(b) if one is to consider whether, under s. 24(2), the “breathalyzer evidence” was obtained in a manner that infringed or denied that right. Indeed, if a literal construction is given to s. 10(b), there is then no nexus whatsoever between the requirement of the taking of breath samples on the one hand and, on the other hand, informing the detainee of his rights and not preventing him from exercising them.

I do not want to be taken here as giving an exhaustive definition of the s. 10(b) rights and will limit my comments in that respect to what is strictly required for the disposition of this case. In my view, s. 10(b) requires at least that the authorities inform the detainee of his rights, not prevent him in any way from exercising them and, where a detainee is required to provide evidence which may be incriminating and refusal to comply is punishable as a criminal offence, as is the case under s. 235 of the *Code*, s. 10(b) also imposes a duty not to call upon the detainee to provide that evidence without first informing him of his s. 10(b) rights and providing him with a reasonable opportunity and time to retain and instruct counsel. Failure to abide by that duty will lead to the obtaining of evidence in a manner which infringes or denies the detainee’s s. 10(b) rights. Short of that, s. 10(b) would be a near empty right, as remedies could

comme l’a dit le juge Le Dain, «un lien ou un rapport quelconque entre la violation ou la négation du droit ou de la liberté en question et l’obtention de la preuve que la demande vise à faire écarter».

Avec égards, cependant, je ne puis souscrire à la proposition avancée ensuite par le juge Le Dain, selon laquelle il suffit, pour remplir cette condition, que la violation ou la négation du droit soit survenue avant l’obtention de la preuve. En effet, s’il n’existe qu’un rapport temporel entre la violation et l’obtention de la preuve, les éléments de preuve n’ont pas été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à des droits garantis par la *Charte*.

Ainsi, en abordant les conséquences qui doivent découler, en vertu de l’art. 24, de la violation commise en l’espèce, il est nécessaire de revenir en arrière et d’interpréter l’al. 10b) pour savoir si, en vertu du par. 24(2), la «preuve obtenue au moyen de l’alcooltest» a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte au droit qui y est reconnu. En effet, si on donne une interprétation littérale à l’al. 10b), il n’y a alors absolument aucun rapport entre, d’une part, le fait d’exiger des échantillons d’haleine et, d’autre part, celui d’informer le détenu de ses droits et de ne pas l’empêcher de les exercer.

Je ne donnerai pas ici une définition exhaustive des droits garantis par l’al. 10b) et je limiterai mes observations à cet égard à ce qui est strictement nécessaire à la décision en l’espèce. Selon moi, l’al. 10b) exige au moins que les autorités informent le détenu de ses droits et qu’elles ne l’empêchent aucunement de les exercer; de plus, lorsqu’on demande à un détenu de fournir un élément de preuve susceptible de l’incriminer et que le refus d’obtempérer à cette demande est punissable comme acte criminel, comme c’est le cas en vertu de l’art. 235 du *Code*, l’al. 10b) impose aussi l’obligation de ne pas sommer le détenu de fournir cet élément de preuve sans l’avoir préalablement informé des droits que lui garantit l’al. 10b) et lui avoir donné une possibilité raisonnable d’avoir recours à l’assistance d’un avocat, y compris un délai raisonnable pour ce faire. Le manquement à cette obligation conduit à l’obtention d’un élément



seldom affect the admissibility of evidence obtained through the accused.

Whether s. 10(b) extends any further, so as to encompass, for example, the principle of *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), and apply to matters such as interrogation and police line-ups, need not be decided in this case and I shall refrain from so doing.

Whether s. 235(1) of the *Code* in general, and its two hour limitation in particular, are in conflict with s. 10(b), especially that aspect of being given a reasonable time to speak to counsel, does not arise in this case and I would choose not to address that question for the following reason. Were we to find that s. 235(1) does impose a limit on the amount of time the peace officer can give a detainee to exercise his rights under s. 10(b) before requiring a breath sample, we would in my view be faced with a very incomplete file when called upon to determine whether the limitation is one that is reasonable under the test set out in s. 1 of the *Charter*. I think that question, if to be addressed, will be more properly considered in a case where there will have been adduced evidence in support of the demonstration the authorities have the burden to make under s. 1. As an example, why is there a two hour limit? Is it for scientific reasons related to reliability? I suspect so but do not find any evidence in the record.

In this case, the test was required by the peace officer and then given to the detainee prior to his being informed of his right to counsel. By so doing, the police officer violated the accused's rights under s. 10(b) and obtained the "breathalyzer evidence" in a manner which infringed and denied those rights.

de preuve dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis au détenu par l'al. 10b). Définir de façon plus étroite le droit reconnu à l'al. 10b) le dépouillerait presque de son contenu étant donné que les réparations, en cas de violation, ne mettraient que rarement en jeu l'admissibilité des éléments de preuve obtenus par l'intermédiaire de l'accusé.

La question de savoir si l'al. 10b) va plus loin de manière à couvrir, par exemple, le principe énoncé dans l'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), et à s'appliquer notamment aux interrogatoires ou aux parades d'identification policière, n'a pas à être tranchée en l'espèce et je m'abstiendrai de le faire.

Ne se pose pas non plus en l'espèce la question de la conformité du par. 235(1) du *Code*, en général, et du délai de deux heures qu'il prescrit, en particulier, avec l'al. 10b) et notamment avec l'aspect de ce dernier qui consiste à se voir accorder un délai raisonnable pour consulter un avocat. Je préfère m'abstenir d'aborder cette question pour la raison suivante. Si nous devons conclure que le par. 235(1) impose effectivement une restriction quant au délai que l'agent de la paix peut accorder au détenu pour exercer les droits qui lui sont garantis par l'al. 10b) avant de lui demander de fournir un échantillon d'haleine, nous disposerions, à mon avis, d'un dossier très incomplet pour la détermination du caractère raisonnable de la restriction en fonction du critère énoncé à l'art. 1 de la *Charte*. Je pense que cette question, si elle doit être abordée, fera l'objet d'un examen plus approprié dans une affaire où on aura produit des éléments de preuve à l'appui de la démonstration que les autorités ont l'obligation de faire en vertu de l'art. 1. Par exemple, pourquoi un délai de deux heures? Est-ce pour des raisons scientifiques relatives à la fiabilité du résultat? J'imagine que c'est le cas, mais je n'en trouve aucune preuve au dossier.

En l'espèce, le test a été requis par l'agent de la paix et administré au détenu avant que ce dernier ne soit informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ce faisant, le policier a violé les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) et obtenu les «éléments de preuve découlant de l'alcootest» dans des conditions qui portent atteinte à ces droits.

I would decide the disposition of this case as does Estey J., and for the reasons he sets out in his judgment. Indeed, I am of the view that admitting the breathalyzer evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute. Having so concluded, I need not express any views as regards the exclusion of evidence under s. 24(1).

I would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J. (*dissenting*)—This appeal raises the following questions on which there have been differing opinions in provincial courts of appeal:

1. Does a person upon whom a demand is made pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* to accompany a police officer to a police station and to submit to a breathalyzer test have the right to counsel guaranteed by s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If there has been an infringement or denial of the right to counsel, can the evidence obtained by the breathalyzer test be excluded pursuant to s. 24(1) of the *Charter* on the ground that its exclusion is considered by the court to be appropriate and just in the circumstances or may it be excluded pursuant only to s. 24(2) on the ground that it was obtained in a manner that infringed or denied the right to counsel and that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute?
3. If the evidence was obtained in a manner that infringed or denied the right to counsel, and its exclusion is to be governed exclusively by the test in s. 24(2) of the *Charter*, what is the meaning and application to be given to that test in the circumstances of the present case?

Section 235(1) of the *Criminal Code* and ss. 10 and 24 of the *Charter* are as follows:

Je suis d'avis de statuer sur la présente espèce de la même manière que l'a fait le juge Estey, et ce, pour les motifs qu'il a exposés dans son jugement. En effet, je suis d'avis que l'admission de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest est susceptible en l'espèce de déconsidérer l'administration de la justice. Ayant tiré cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire d'exprimer un point de vue au sujet de l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(1).

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN (*dissident*)—Ce pourvoi soulève les questions suivantes sur lesquelles différentes opinions ont été exprimées par les cours d'appel de certaines provinces:

1. Une personne qui, en vertu du par. 235(1) du *Code criminel*, a été sommée de suivre un policier au poste de police pour y subir un alcootest bénéficie-t-elle du droit, garanti par l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat?
2. En cas de violation ou de négation de ce droit à l'assistance d'un avocat, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest peut-elle être écartée conformément au par. 24(1) de la *Charte*, pour le motif que le tribunal estime que cela est convenable et juste eu égard aux circonstances, ou ne peut-elle être écartée que conformément au par. 24(2) pour le motif qu'elle a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte au droit d'avoir recours à un avocat et que, eu égard aux circonstances, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?
3. Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat et si elle ne doit être écartée qu'en fonction du critère énoncé au par. 24(2) de la *Charte*, quel sens faut-il alors donner à ce critère et comment faut-il l'appliquer dans les circonstances qui se présentent en l'espèce?

Le paragraphe 235(1) du *Code criminel* et les art. 10 et 24 de la *Charte* sont ainsi conçus:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

## I

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal on April 15, 1983, 5 C.C.C. (3d) 409, dismissing an appeal by way of stated case from a judgment of Judge Alastair J. Muir of the Provincial Court of Saskatchewan on July 30, 1982, 70 C.C.C. (2d) 468, which dismissed a charge that the respondent "on or about the 25th of April A.D. 1982 at the City of Moose Jaw, in the Province of Saskatchewan, did unlawfully drive a motor vehicle while having consumed alcohol in such quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to Section 236(1) of the Criminal Code".

235. (1) L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

d) c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

## I

Ce pourvoi est formé, avec l'autorisation de cette Cour, contre un arrêt rendu le 15 avril 1983 par la Cour d'appel de la Saskatchewan, 5 C.C.C. (3d) 409, qui a rejeté un appel formé par voie d'exposé de cause contre un jugement rendu le 30 juillet 1982 par le juge Alastair J. Muir de la Cour provinciale de la Saskatchewan, 70 C.C.C. (2d) 468, qui avait rejeté une accusation reprochant à l'intimé [TRADUCTION] «d'avoir, le 25 avril 1982 ou vers cette date, dans la ville de Moose Jaw en Saskatchewan, conduit un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement au par. 236(1) du Code criminel».

The facts found by Muir J. at the trial of the respondent are set out in the stated case as follows:

- (a) On April 24th, 1982, at approximately 10:30 P.M., the accused was operating a motor vehicle in a street in the City of Moose Jaw at which time he lost control of the vehicle and it collided with a tree at the side of the street.
- (b) Very shortly thereafter, Constable Measner of the Moose Jaw City Police Department arrived at the scene and conducted an investigation. Constable Measner, having reasonable and probable grounds for doing so, made a demand on the accused under the provisions of Section 235(1) of the Criminal Code requiring the accused to accompany him for the purpose of obtaining samples of the accused's breath for analysis. The accused accompanied the officer and supplied samples of his breath in compliance with the demand.
- (c) The accused was at no time informed of any rights to retain and instruct counsel.
- (d) The accused was co-operative throughout the investigation and was at no time placed under arrest.

In the reasons which he delivered on behalf of the majority for the Saskatchewan Court of Appeal, Tallis J.A said at p. 420: "It is common ground between counsel that after a demand was made under s. 235(1) of the *Criminal Code*, the respondent accompanied the officer in a patrol car to the City Police Station in Moose Jaw, where the breathalyzer tests were subsequently conducted." There was no evidence that the accused, of his own knowledge, was aware of his right to retain and instruct counsel.

At the trial of the respondent the Crown sought to tender in evidence the certificate of analysis prepared, pursuant to s. 237 of the *Criminal Code*, by the technician who conducted the breathalyzer test. Counsel for the respondent objected to the admission of the certificate and applied, pursuant to s. 24 of the *Charter*, for its exclusion on the ground that the respondent has been denied the right, guaranteed by s. 10 of the *Charter*, to be informed, upon arrest or detention, of his right to retain and instruct counsel without delay. The trial

Les conclusions de fait tirées par le juge Muir au cours du procès de l'intimé sont énoncées ainsi dans l'exposé de cause:

[TRADUCTION]

- a) Le 24 avril 1982, vers 22 h 30, l'accusé a perdu la maîtrise d'un véhicule à moteur qu'il conduisait dans une rue de la ville de Moose Jaw; le véhicule a percuté un arbre au bord de la rue.
- b) Peu après, l'agent Measner de la police de Moose Jaw est arrivé sur les lieux et a procédé à une enquête. Conformément au par. 235(1) du Code criminel, l'agent Measner, s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, a sommé l'accusé de le suivre afin de prélever des échantillons de son haleine à des fins d'analyse. L'accusé a obtempéré à la sommation et a fourni les échantillons demandés.
- c) À aucun moment n'a-t-on informé l'accusé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.
- d) Tout au cours de l'enquête, l'accusé s'est montré coopératif et il n'a jamais été mis en état d'arrestation.

Dans les motifs qu'il a rendus au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité, le juge Tallis affirme, à la p. 420: [TRADUCTION] «Les avocats reconnaissent que, par suite d'une sommation qui lui a été faite en vertu du par. 235(1) du *Code criminel*, l'intimé a suivi le policier dans une voiture de police jusqu'au poste de police de Moose Jaw, où il a subi les alcootests». Il n'y avait aucune preuve que l'accusé était lui-même au courant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Au cours du procès de l'intimé, le ministère public a cherché à produire en preuve le certificat d'analyse préparé, conformément à l'art. 237 du *Code criminel*, par le technicien qui a fait subir l'alcootest. L'avocat de l'intimé s'est opposé à l'admission du certificat et, se fondant sur l'art. 24 de la *Charte*, a demandé qu'il soit écarté pour le motif qu'il y a eu atteinte au droit de l'intimé, garanti par l'art. 10 de la *Charte*, d'être informé, en cas d'arrestation ou de détention, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un

judge allowed the application, ordered the exclusion of the certificate, and for lack of other evidence of the respondent's blood alcohol level dismissed the charge. He held that the respondent had been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that the court was empowered by s. 24(1) thereof to exclude the certificate if it considered such exclusion to be appropriate and just in the circumstances, and that it was not confined to the test laid down in s. 24(2)—that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The questions put to the Court of Appeal in the stated case were as follows:

(1) Did the Court err in law in holding that the accused person, Paul Mathew Therens, had been detained within the meaning of Section 10 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

(2) Did the court err in law in holding that it had a power to exclude evidence under subsection (1) of Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms whether or not admitting the evidence in question would bring the administration of justice into disrepute?

(3) Did the court err in law in holding that it was just and appropriate in the circumstances of this case to exclude from evidence the Certificate of Analyses tendered by the prosecution?

At the hearing of the appeal the third question was abandoned by counsel for the Crown on the ground that it did not involve a question of law alone. A majority of the Saskatchewan Court of Appeal answered the first two questions in the negative and dismissed the appeal. Tallis J.A., with whom Bayda C.J.S. and Hall and Cameron J.J.A. concurred, held that the restraint of the respondent's liberty effected by the demand pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* amounted to a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that accordingly there had been an infringement or a denial of the respondent's right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay; and further, that the certificate of analysis could be excluded from the evidence pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, notwithstanding the terms of s. 24(2), which refer expressly to the exclusion of evidence obtained in a manner that infringes or denies any right or free-

avocat. Le juge du procès a fait droit à cette demande, a ordonné que le certificat soit écarté et, à défaut d'une autre preuve quant au taux d'alcoolémie de l'intimé, a rejeté l'accusation. Il a conclu qu'il y avait eu détention de l'intimé au sens de l'art. 10 de la *Charte*, que le par. 24(1) de la *Charte* habilitait la cour à écarter le certificat si elle jugeait cela convenable et juste eu égard aux circonstances et que la cour n'était pas obligée de s'en tenir au seul critère énoncé au par. 24(2), savoir le risque que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'utilisation de cette preuve.

Les questions soumises à la Cour d'appel dans l'exposé de cause sont les suivantes:

[TRADUCTION] (1) La cour a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'accusé, Paul Mathew Therens, avait été détenu au sens de l'article 10 de la Charte canadienne des droits et libertés?

(2) La cour a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le par. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés l'habilite à écarter des éléments de preuve peu importe que leur utilisation soit ou non susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

(3) La cour a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'il était juste et convenable dans les circonstances de la présente espèce d'écarter de la preuve les certificats d'analyse produits par la poursuite?

À l'audition de l'appel, le substitut du procureur général a abandonné la troisième question pour le motif qu'elle ne portait pas exclusivement sur une question de droit. La Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité a répondu par la négative aux deux premières questions et a rejeté l'appel. Le juge Tallis, à l'avis duquel ont souscrit le juge en chef Bayda et les juges Hall et Cameron, a conclu que l'entrave à la liberté de l'intimé résultant de la sommation qui lui a été faite en vertu du par. 235(1) du *Code criminel* constitue de la détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*, de sorte qu'il y a eu violation ou négation du droit qu'il avait d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. De plus, toujours selon le juge Tallis, le certificat d'analyse pouvait être écarté de la preuve conformément au par. 24(1) de la *Charte*, et ce, nonobstant le par. 24(2) qui prévoit expressément l'exclusion des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui

dom guaranteed by the *Charter*. Bayda C.J.S. wrote a separate concurring opinion with reference to the power to exclude evidence under s. 24(2). Brownridge J.A., dissenting, held that there had not been a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*, but that in any event the exclusion of evidence as a remedy under s. 24 was governed exclusively by the terms of subs. (2) thereof.

## II

In both the trial court and the Court of Appeal the issue as to whether there had been a detention turned essentially, as it has in the judgments of other courts of appeal, on the effect to be given to the decision of this Court in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, which dealt with a demand under s. 234.1(1) of the *Criminal Code* to provide a sample of breath into a roadside screening device and with the right to counsel guaranteed by s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. These provisions are as follows:

**234.1** (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(c) deprive a person who has been arrested or detained

(i) of the right to be informed promptly of the reason for his arrest or detention,

portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*. Dans des motifs distincts, le juge en chef Bayda exprime un avis concordant quant au pouvoir d'écartier des éléments de preuve conféré par l'art. 24(2). Le juge Brownridge, dissident, a conclu qu'il n'y avait pas eu de détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* et que, de toute façon, l'exclusion d'éléments de preuve à titre de redressement en vertu de l'art. 24 est régie exclusivement par les termes du par. (2) de cet article.

## II

En cour de première instance et en cour d'appel, la question de savoir s'il y avait eu détention dépendait essentiellement, tout comme dans le cas des arrêts d'autres cours d'appel, de l'effet à donner à l'arrêt de cette Cour *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, portant sur une demande, faite en vertu du par. 234.1(1) du *Code criminel*, de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate et sur le droit, garanti par l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, de consulter un avocat. Les dispositions en question sont ainsi rédigées:

**234.1** (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

c) privant une personne arrêtée ou détenue

(i) du droit d'être promptement informée des motifs de son arrestation ou de sa détention,

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or

(iii) of the remedy by way of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is now lawful;

(ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou

(iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;

In *Chromiak* this Court unanimously held that a person who complied with a demand pursuant to s. 234.1(1) to accompany a police officer and submit to a roadside breath test was not detained within the meaning of s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*. The meaning of "detained" and "detention" adopted by Ritchie J., who delivered the judgment of the Court, is to be found in the following passages of his judgment at pp. 478-79:

It appears to me to be obvious that the word "detention" does not necessarily include arrest, but the words "detain" and "detention" as they are used in s. 2(c) of the *Bill of Rights*, in my opinion, connote some form of compulsory restraint and I think that the language of s. 2(c)(iii) which guarantees to a person "the remedy of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful", clearly contemplates that any person "detained" within the meaning of the section is one who has been detained by due process of law. This construction is supported by reference to ss. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 and 250 of the *Criminal Code* where the words "to detain" are consistently used in association with actual physical restraint.

I agree with the Court of Appeal that the following observations made by Pigeon J. in the *Brownridge* case are pertinent to s. 234.1(1) and to the facts disclosed in this case. Notwithstanding the fact that Mr. Justice Pigeon spoke in the course of a dissenting opinion, I do not think that this statement is in any way in variance to the principle to which I have just referred. Mr. Justice Pigeon said, at pp. 943 and 944:

The legal situation of a person who, on request, accompanies a peace officer for the purpose of having a breath test taken is not different from that of a driver who is required to allow his brakes to be inspected or to proceed to a weighing machine under s. 39(6) or s. 78(3) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Such a person is under a duty to submit to the test. If he goes away, or attempts to go away, to avoid the test, he may be arrested and charged but this does not mean that he is under arrest

Dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a conclu à l'unanimité qu'une personne qui obtempère à une demande, faite en vertu du par. 234.1(1), de suivre un policier et de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate n'est pas détenue au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*. Pour connaître le sens donné aux mots «détenue» et «détention» par le juge Ritchie qui a rendu l'arrêt de la Cour, il suffit de se reporter aux passages suivants tirés des pp. 478 et 479 de ses motifs:

Il me paraît évident que le mot «détention» ne comprend pas nécessairement l'arrestation, mais les mots «détenir» et «détention» employés à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* se rapportent, à mon avis, à une certaine forme de contrainte et je crois que le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le «recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale», envisage clairement que la personne «détenue» que vise l'article est une personne qui est détenue en vertu de l'application régulière de la loi. Cette interprétation est renforcée par les art. 28(2)b), 30, 136a), 248 et 250 de la version anglaise du *Code Criminel* dans lesquels les mots «to detain» sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que les remarques suivantes du juge Pigeon dans l'arrêt *Brownridge* sont pertinentes au par. 234.1(1) et aux faits de la présente affaire. Bien que le juge Pigeon ait exprimé une opinion dissidente, je ne crois pas que ses remarques s'écartent du principe que je viens de mentionner. Le juge Pigeon a dit aux pp. 943 et 944:

La situation juridique de celui qui, sur demande, suit un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué ne diffère pas de celle d'un conducteur qui est tenu de laisser quelqu'un inspecter ses freins ou de se diriger vers une balance pour que soit pesé son véhicule en vertu du par. (6) de l'art. 39 ou du par. (3) de l'art. 78 du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Il est tenu de se soumettre au test. S'il part, ou essaie de partir, pour éviter le test, il peut être arrêté et inculpé mais cela ne veut pas dire qu'il a été

until this happens. He is merely obeying directions that police officers are entitled to issue. Motorists cannot reasonably expect to be allowed to seek legal advice before complying with such orders. Police officers are fully justified in treating as a definitive refusal a refusal to comply until legal advice is obtained.

Does s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* alter the common law situation with respect to motorists requested to submit to a test required by the *Criminal Code* as opposed to tests required by provincial legislation? I do not think so. The provision under consideration applies to "a person who has been arrested or detained". Such is not, it appears to me, the legal situation of one who has been required to "accompany" a peace officer for the purpose of having a breath test taken. The test may well be negative and, in such a case, it would be quite wrong to say that this person was arrested or detained and then released. Detained means held in custody as is apparent from such provision as s. 15 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. 1-2.

In this appeal the appellant contends that the decision of this Court in *Chromiak* determined, in effect, that a person upon whom a demand is made pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* is not detained within the meaning of s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* and that the same conclusion should be applied to s. 10 of the *Charter* because of the similar wording of the two provisions guaranteeing the right to counsel. In support of this submission the appellant adopts the reasoning on this issue to be found in the judgments of other courts of appeal, to which reference will be made shortly. It is first necessary to consider the reasons of Muir J. and of the Saskatchewan Court of Appeal in the present case.

Muir J. distinguished *Chromiak* on the basis that it was concerned with a s. 234.1(1) demand rather than a s. 235(1) demand. In the Court of Appeal, Tallis J.A. also stressed the difference between these two provisions, particularly the more serious consequences of a s. 235(1) demand and the greater need of legal counsel because of such consequences. He also emphasized the constitutional difference between the *Canadian Bill of*

jusqu'à ce moment-là en état d'arrestation. Il n'a fait que se conformer à des directives que les agents de police sont autorisés à donner. Les automobilistes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre d'être autorisés à demander un avis juridique avant d'obtempérer à ces ordres. Les agents de police sont pleinement justifiés de traiter comme un refus définitif le refus d'obtempérer tant qu'un avis juridique n'est pas obtenu.

Le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* modifie-t-il la situation en *common law*, en ce qui concerne les automobilistes que l'on somme de se soumettre au test requis par le *Code criminel*, par opposition aux tests requis par la législation provinciale? Je ne le crois pas. La disposition à l'étude s'applique à «une personne arrêtée ou détenue». Telle n'est pas, me semble-t-il, la situation juridique de celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué. Il se peut fort bien que le test soit négatif, et en pareil cas, il serait bien erroné de dire que cette personne a été arrêtée ou détenue, puis libérée. «Détenue» signifie gardé, comme il ressort de dispositions telles que l'art. 15 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-2.

L'appelante soutient en l'espèce que, dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a en réalité établi qu'une personne à qui est adressée une sommation conformément au par. 235(1) du *Code criminel* n'est pas détenue au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, et que la même conclusion doit s'appliquer à l'art. 10 de la *Charte* en raison de la formulation semblable de ces deux dispositions qui garantissent le droit à l'assistance d'un avocat. À l'appui de cet argument, l'appelante adopte le raisonnement relatif à cette question qui se dégage des arrêts d'autres cours d'appel, que nous allons examiner un peu plus loin. Il est d'abord nécessaire d'examiner les motifs du juge Muir et ceux de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la présente instance.

Le juge Muir a fait la distinction avec l'arrêt *Chromiak* parce que celui-ci porte sur une demande en vertu du par. 234.1(1) et non pas sur une sommation visée au par. 235(1). En Cour d'appel, le juge Tallis a lui aussi insisté sur la différence entre ces deux dispositions, en particulier sur les conséquences plus graves qui se rattachent à une sommation faite en vertu du par. 235(1) et sur le besoin plus grand qui en découle



*Rights* and the *Charter*, which he said was “not a mere canon of construction for the interpretation of federal legislation” (p. 423). After quoting from what was said by Lord Wilberforce in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319 at p. 328, concerning the “generous interpretation” that should be given to the Bermuda Constitution, Tallis J.A. said at pp. 423-24:

Our nation’s constitutional ideals have been enshrined in the Charter and it will not be a “living” charter unless it is interpreted in a meaningful way from the standpoint of an average citizen who seldom has a brush with the law. The fundamental rights accorded to a citizen under Section 10(b) should be approached on the basis of giving the word “detention” its popular interpretation, in other words its natural or ordinary meaning. The implementation and application of the Charter should not be blunted or thwarted by technical or legalistic interpretations of ordinary words of the English language. Using this approach, our citizens will not be placed in a position of feeling that the statements in the Charter are only rights in theory. If these rights are to survive and be available on a day-to-day basis we must resist the temptation to opt in favour of a restrictive approach. If a restrictive approach is adopted in defining the word “detain” then this will be tantamount to saying that the law does not recognize rights under s. 10(b) as applying to an accused before arrest.

On the question whether a s. 235(1) demand effected a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*, Tallis J.A. reasoned and concluded as follows at pp. 424-25:

It was clearly open to the learned trial judge to find that there was a temporary restraint falling short of formal arrest which amounted to a “detention” in the ordinary sense of the word. In the circumstances of this case, the law authorizes a peace officer, who has reasonable and probable grounds to believe that the accused has committed an offence under s. 234 or s. 236 within the preceding two hours, to exercise a temporary restraint on the liberty of the accused for the purpose of carrying out procedures authorized by law. This temporary restraint may be imposed without the necessity of a formal arrest but there is no reason why s. 10(b) of the Charter should not apply. An obstreperous or knowl-

d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Il a en outre insisté sur la différence qui existe, sur le plan constitutionnel, entre la *Déclaration canadienne des droits* et la *Charte* qui, dit-il, [TRADUCTION] «n’est pas qu’une simple règle d’interprétation applicable aux lois fédérales» (p. 423). Après avoir cité les propos de lord Wilberforce dans la décision *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, à la p. 328, concernant [TRADUCTION] «l’interprétation généreuse» qu’on doit donner à la Constitution des Bermudes, le juge Tallis affirme, aux pp. 423 et 424:

[TRADUCTION] Les idéaux constitutionnels de notre pays sont enchâssés dans la Charte qui ne peut être «vivante» que dans la mesure où elle est interprétée d’une manière significative du point de vue du citoyen ordinaire qui a rarement des démêlés avec la justice. Les droits fondamentaux accordés aux citoyens par l’al. 10b) doivent être abordés en donnant au mot «détenition» son sens populaire, c’est-à-dire son sens naturel ou ordinaire. L’application de la Charte ne doit pas être contrecarrée ou rendue moins efficace par des interprétations techniques ou formalistes des mots ordinaires de notre langue. En procédant ainsi, on évitera à nos citoyens d’avoir le sentiment que la Charte ne confère que des droits purement théoriques. Si l’on veut que ces droits soient préservés et que l’on puisse s’en prévaloir dans la vie de tous les jours, il ne faut pas succomber à la tentation de choisir un point de vue restrictif, car l’adoption d’un tel point de vue en définissant le mot «détenir» revient à dire que la loi ne reconnaît pas à un accusé, avant son arrestation, les droits prévus à l’al. 10b).

Quant à la question de savoir si une sommation faite en vertu du par. 235(1) emporte une détention au sens de l’art. 10 de la *Charte*, le juge Tallis formule le raisonnement et la conclusion suivants, aux pp. 424 et 425:

[TRADUCTION] De toute évidence, le savant juge du procès pouvait conclure à une entrave temporaire à la liberté qui, sans être vraiment une arrestation, constituait de la «détenition» au sens ordinaire de ce terme. Dans les circonstances de l’espèce, la loi autorise un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire que l’accusé a commis, au cours des deux heures précédentes, une infraction à l’art. 234 ou 236, à entraver temporairement sa liberté afin d’exécuter les procédures autorisées par la loi. Certes, cette entrave temporaire à la liberté peut s’effectuer sans qu’il soit nécessaire de procéder à une arrestation proprement dite, mais il n’y a aucune raison pour laquelle l’al. 10b)

edgeable citizen might trigger his arrest and consequently the application of the Charter by attempting to run from the peace officer or alternatively by refusing to accompany him to the location of the breathalyzer machine—in this case at the police station. From the standpoint of the law and social policy, this would not be a desirable situation. On the other hand, the average citizen would acquiesce in the demand made by a peace officer rather than suffer the potential embarrassment of further proceedings that could arise. Surely the rights under s. 10(b) of the Charter are to be extended to the rank and file members of society who may have little contact with the justice system. When you consider the circumstances of this case and in particular the contents of the demand that was made to him, it cannot be said that the respondent accused was free to depart as he pleased. To say that he was not detained is simply a fiction which overlooks the plain meaning of words from the viewpoint of an average citizen. An officious bystander would have no difficulty in concluding that the respondent was detained and would probably feel, at the very least, that the peace officer had taken the respondent into temporary custody. While they do not deal directly with the interpretation of the word “detention” as set forth in s. 10(b) of the Charter, many of the decided cases dealing with false arrest or false imprisonment have captured the average citizen’s concept of detention in a very realistic way: vide *Conn v. David Spencer Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 805, [1930] 1 W.W.R. 26, 42 B.C.R. 128, in which the plaintiff in a false imprisonment case was in a self-service store when tapped on the shoulder by a security guard and accused of stealing a bar of soap. He was asked to go upstairs to one of the rooms. He had committed no theft but thought it well that, in view of the crowded state of the store, he should go without force. In dealing with whether the act of going to the questioning room proceeded originally from the plaintiff’s own willingness, or from the guard’s accusing him of theft, the court concluded the plaintiff would not be deprived of his action by going willingly to meet the charge. In dealing with the matter, the court posed the question “how is a person to know whether or not force will be used if he does not comply with the order given . . . there can be a restraint of freedom without touching the person.” Reference might also be made to *Chaytor et al. v. London, New York & Paris Ass’n of Fashion Ltd. and Price* (1961), 30 D.L.R. (2d) 527, 46 M.P.R. 151 and *Lebrun v. High-Low Foods Ltd. et al.* (1968), 69 D.L.R. (2d) 433, 65 W.W.R. 353.

de la Charte ne doit pas s’appliquer. Un citoyen récalcitrant ou bien informé pourrait provoquer son arrestation et, par conséquent, l’application de la Charte en essayant de fuir l’agent de la paix ou encore en refusant de le suivre jusqu’à l’endroit où se trouve l’alcootest, en l’occurrence le poste de police. Tant du point de vue légal que social, une telle situation ne serait guère souhaitable. Par ailleurs, le citoyen ordinaire préférerait obtempérer à la sommation de l’agent de la paix plutôt que de s’exposer à la possibilité d’être embarrassé par d’autres procédures qui pourraient s’ensuivre. Il ne fait pas de doute que les citoyens ordinaires qui ont peu de rapports avec le système judiciaire doivent eux aussi bénéficier des droits accordés par l’al. 10b) de la Charte. Compte tenu des circonstances de la présente espèce et, en particulier, de la teneur de la sommation qui lui a été faite, on ne saurait affirmer que l’intimé était libre de partir s’il le souhaitait. Dire qu’il n’a pas été détenu n’est qu’une fiction qui fait abstraction du sens courant qu’ont les mots dans l’esprit du citoyen ordinaire. Un observateur trop empressé pourrait facilement conclure que l’intimé a été détenu et il aurait le sentiment tout au moins que l’agent de la paix a mis l’intimé en état d’arrestation provisoire. Bien qu’elles ne traitent pas directement de l’interprétation du mot «détention» employé à l’al. 10b) de la Charte, plusieurs décisions en matière d’arrestation illégale ou de séquestration présentent une conception de la détention qui correspond de façon très réaliste à celle qu’en a le citoyen ordinaire: voir *Conn v. David Spencer Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 805, [1930] 1 W.W.R. 26, 42 B.C.R. 128, une affaire de séquestration où le demandeur se trouvait dans un magasin libre-service lorsqu’un gardien de sécurité lui a tapé sur l’épaule et l’a accusé d’avoir volé un pain de savon. On lui a demandé de monter dans une pièce à l’étage supérieur. Bien que n’ayant pas commis de vol, il a estimé que, le magasin étant achalandé, mieux valait ne pas résister. Quant à la question de savoir si le demandeur s’était rendu de son propre gré dans la pièce où devait avoir lieu l’interrogatoire ou s’il l’avait fait parce que le gardien l’accusait de vol, la cour a conclu que le demandeur n’a pas perdu son droit d’action en allant volontairement répondre à l’accusation portée contre lui. À ce propos, la cour s’est demandé «comment une personne peut-elle savoir si on fera usage de force si elle n’obéit pas à l’ordre donné? . . . on peut entraver la liberté d’une personne sans même porter la main sur elle.» On pourrait mentionner également *Chaytor et al. v. London, New York & Paris Ass’n of Fashion Ltd. and Price* (1961), 30 D.L.R. (2d) 527, 46 M.P.R. 151, et *Lebrun v. High-Low Foods Ltd. et al.* (1968), 69 D.L.R. (2d) 433, 65 W.W.R. 353.

Brownridge J.A., dissenting, held that this Court, in *Chromiak*, had adopted a meaning of the word "detained" in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* that clearly excluded a compliance with a demand pursuant to s. 235(1) and that there was no reason not to apply that meaning to the word "detention" in s. 10 of the *Charter*. He said at p. 417: "I do not subscribe to the view that the Parliament of Canada, in drafting the Charter intended to depart completely from the law as it existed the day before the Charter became effective. In my opinion, the word 'detained' as used in the *Bill of Rights* and as interpreted under that Act should be given the same meaning and the same interpretation under the Charter".

Other courts of appeal have decided that the meaning given to the word "detained" in *Chromiak* should be applied to the word "detention" in s. 10 of the *Charter*, and applying this meaning, have concluded that compliance with a s. 235(1) demand does not result in a detention within s. 10. See *R. v. Currie* (1983), 4 C.C.C. (3d) 217 (N.S.S.C.A.D.); *R. v. Trask* (1983), 6 C.C.C. (3d) 132 (Nfld. C.A.); *Rahn v. The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 152 (Alta. C.A.) (Appeals to this Court in *Trask*<sup>1</sup> and *Rahn*<sup>2</sup> were heard at the same time as the present appeal.) There is also commentary on *Chromiak* by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193, a case which considered whether there is a right to counsel on being subjected to a strip search pursuant to the provisions of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40. The reasons given in these decisions in support of the opposite conclusion on the question of detention from that reached by the majority of the Saskatchewan Court of Appeal in the present case are adopted in the appellant's submissions and may be summarized as follows:

(1) *Chromiak* cannot be distinguished on the basis of a supposed difference between a s. 234.1(1) demand and a s. 235(1) demand because (a) there is no significant difference between the

<sup>1</sup> See [1985] 1 S.C.R. 655.

<sup>2</sup> See [1985] 1 S.C.R. 659.

Le juge Brownridge, dissident, a conclu que, dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a donné au mot «détenue» figurant à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* un sens qui exclut manifestement le cas où l'on obtempère à une sommation faite conformément au par. 235(1), et qu'il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer ce même sens au terme «détention» employé à l'art. 10 de la *Charte*. À la page 417, il affirme: [TRADUCTION] «Je rejette le point de vue selon lequel le Parlement du Canada a voulu, en rédigeant la Charte, s'éloigner complètement des principes de droit qui existaient avant son entrée en vigueur. Selon moi, le mot «détention» utilisé dans la Charte doit avoir le même sens qu'il avait dans la *Déclaration des droits*».

D'autres cours d'appel ont décidé que le sens donné au mot «détenue» dans l'arrêt *Chromiak* doit être appliqué également au mot «détention» qui figure à l'art. 10 de la *Charte* et, en lui donnant ce sens, elles ont conclu que le fait d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1) n'entraîne pas une détention au sens de l'art. 10. Voir *R. v. Currie* (1983), 4 C.C.C. (3d) 217 (D.A.C.S.N.-É.); *R. v. Trask* (1983), 6 C.C.C. (3d) 132 (C.A.T.-N.); *Rahn v. The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 152 (C.A. Alb.) (Les affaires *Trask*<sup>1</sup> et *Rahn*<sup>2</sup> ont été portées en appel devant cette Cour et ont été entendues en même temps que le présent pourvoi.) La Cour d'appel de l'Ontario a également formulé des observations sur l'arrêt *Chromiak* dans l'arrêt *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193, où l'on s'est demandé s'il y a droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'on est soumis à une fouille corporelle en vertu de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40. L'argumentation de l'appelante reprend les motifs qui ont été donnés dans ces arrêts pour justifier, quant à la question de la détention, une conclusion contraire à celle tirée en l'espèce par la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité. Ces motifs peuvent se résumer ainsi:

(1) On ne peut faire avec l'arrêt *Chromiak* une distinction fondée sur la différence qui existerait entre une demande visée au par. 234.1(1) et une sommation visée au par. 235(1) parce que a) il n'y

<sup>1</sup> Voir [1985] 1 R.C.S. 655.

<sup>2</sup> Voir [1985] 1 R.C.S. 659.

two provisions, in so far as the power conferred by them to interfere with liberty or freedom of action is concerned, and (b) Ritchie J., in adopting the reasons of Pigeon J. in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, and in holding that decisions with respect to s. 235(1) were relevant to the issue before him, clearly indicated that in his opinion compliance with a s. 235(1) demand did not amount to a detention within s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*.

(2) There is no basis in the different constitutional nature or status of the *Charter*, as compared with that of the *Canadian Bill of Rights*, for distinguishing *Chromiak* because in using the word "detention" in s. 10 of the *Charter*, which is in essentially the same terms as s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, the framers of the *Charter* must be presumed to have intended to use this word in the sense given to it in *Chromiak*.

(3) The guarantee in s. 10(c) of the *Charter*, as in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, of the right to *habeas corpus* to challenge the validity of a detention indicates that the restraint upon liberty effected by a s. 235(1) demand is not one of the character or duration contemplated by these provisions.

(4) The word "detention", as indicated in *Chromiak*, connotes a compulsory restraint, whereas compliance with a s. 235(1) demand is purely voluntary.

I agree with the contention that *Chromiak* is not distinguishable on the basis of a significant difference between the power conferred by s. 234.1(1) and that conferred by s. 235(1), in so far as the interference with liberty or freedom of action is concerned. Both provisions empower a police officer to require a person to accompany him or her and to provide a breath sample. It has been suggested that the difference in practice in the nature and duration of the interference with liberty effected by a s. 235(1) demand and that effected by a s. 234.1(1) demand constitutes a sufficient

a entre les deux dispositions aucune différence marquée en ce qui a trait au pouvoir qu'elles confèrent de porter atteinte à la liberté ou à la liberté d'action, et parce que b) le juge Ritchie, en adoptant les motifs du juge Pigeon dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, et en concluant que les décisions relatives au par. 235(1) s'appliquaient à la question dont il était saisi, a exprimé sans équivoque son avis que le fait d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1) ne constitue pas une détention au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*.

(2) La différence qui existe sur le plan constitutionnel entre la nature ou le statut de la *Charte* et la nature ou le statut de la *Déclaration canadienne des droits* ne justifie pas qu'on fasse une distinction avec l'arrêt *Chromiak* parce qu'il faut supposer qu'en employant le mot «détention» à l'art. 10 de la *Charte*, qui reprend essentiellement les mêmes termes que l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu employer ce mot dans le sens qui lui a été attribué dans l'arrêt *Chromiak*.

(3) Le droit, garanti tant par l'al. 10c) de la *Charte* que par l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, de recourir à l'*habeas corpus* pour contester la légalité d'une détention témoigne de ce que l'entrave à la liberté qu'entraîne une sommation visée au par. 235(1) n'a ni la nature ni la durée envisagée par les dispositions en question.

(4) Il ressort de l'arrêt *Chromiak* que le mot «détention» connote l'exercice d'une contrainte, alors que l'obéissance à une sommation faite en vertu du par. 235(1) est purement volontaire.

Je suis d'accord avec la prétention qu'il n'est pas possible de faire avec l'arrêt *Chromiak* une distinction fondée sur l'existence d'une différence marquée entre le par. 234.1(1) et le par. 235(1) en ce qui concerne le pouvoir qu'ils confèrent de porter atteinte à la liberté ou à la liberté d'action. Les deux dispositions habilent un policier à enjoindre à une personne de le suivre et de fournir un échantillon d'haleine. On a laissé entendre que la différence pratique qui existe, sur les plans de leur nature et de leur durée, entre une atteinte à la liberté résultant d'une sommation visée au par.

basis for distinguishing the two provisions in respect of the question of detention. Such a distinction was suggested by Tarnopolsky J.A., in *Simmons*, *supra*, at p. 224, where, in limiting the effect of *Chromiak* to a 234.1(1) demand, he said, “*Chromiak* deals with roadside breath tests: it does not determine whether a person is ‘detained’ when required to submit to some form of examination on the premises of a government agency like a police station”. The fact that a roadside screening test under a s. 234.1(1) demand is generally administered in the back of a police car, whereas the breathalyzer test under a s. 235(1) demand is generally administered in a police station, amounts to a mere difference of degree in so far as the question of detention is concerned. This difference does not in my opinion afford a principled basis for holding that a s. 235(1) demand amounts to a detention if a s. 234.1(1) demand does not.

Other courts of appeal, which have come to a conclusion contrary to that of the Saskatchewan Court of Appeal in the present case on the issue of detention, have held that, notwithstanding the difference in the constitutional nature or status of the *Charter* and the *Canadian Bill of Rights*, the word “detention” in s. 10 of the *Charter* should be given the same meaning as it was given by this Court in *Chromiak* because of the essential similarity in the wording of the two provisions guaranteeing the right to counsel. They have reasoned that had the framers of the *Charter* found the meaning and effect given to the word “detention” in *Chromiak* unacceptable they could easily have adopted different language as a criterion of the right to counsel. See *Currie*, *supra*, per Macdonald J.A. at p. 222; *Trask*, *supra*, per Gushue J.A. at p. 137; *Rahn*, *supra*, per Laycraft J.A. at p. 161; *Simmons*, *supra*, per Howland C.J.O. at p. 211.

235(1) et celle résultant d’une demande faite en vertu du par. 234.1(1) suffit pour établir une distinction entre ces deux dispositions en ce qui a trait à la question de la détention. Une telle distinction est évoquée par le juge Tarnopolsky, à la p. 224 de l’arrêt *Simmons*, précité, où, en limitant l’application de l’arrêt *Chromiak* à une demande faite en vertu du par. 234.1(1), il affirme: [TRA-  
DUCTION] «L’arrêt *Chromiak* traite des analyses sur place d’échantillons d’haleine; il n’établit nullement si une personne est «détenue» lorsqu’elle est obligée de subir un examen quelconque dans les locaux d’un organisme gouvernemental comme un poste de police». Le fait que l’alcooltest que l’on demande de subir en vertu du par. 234.1(1) est généralement administré à l’arrière d’une voiture de police alors que celui demandé en vertu du par. 235(1) est généralement administré dans un poste de police, ne constitue qu’une simple différence de degré en ce qui concerne la question de la détention. À mon avis, cette différence ne permet aucunement de tirer une conclusion, fondée sur des principes, qu’une sommation visée au par. 235(1) entraîne une détention si ce n’est pas le cas d’une demande faite en vertu du par. 234.1(1).

D’autres cours d’appel qui, sur la question de la détention, sont arrivées à une conclusion contraire à celle tirée par la Cour d’appel de la Saskatchewan en l’espèce, ont jugé que, nonobstant la différence qui existe sur le plan constitutionnel entre la nature ou le statut de la *Charte* et la nature ou le statut de la *Déclaration canadienne des droits*, le mot «détention» à l’art. 10 de la *Charte* doit recevoir le même sens que cette Cour lui a donné dans l’arrêt *Chromiak*, en raison de la formulation essentiellement similaire des deux dispositions qui garantissent le droit à l’assistance d’un avocat. Suivant le raisonnement adopté par ces cours, si les rédacteurs de la *Charte* avaient jugé inacceptables le sens et l’effet donnés au mot «détention» dans l’arrêt *Chromiak*, ils auraient pu facilement adopter une formulation différente comme critère du droit à l’assistance d’un avocat. Voir les arrêts *Currie*, précité, le juge Macdonald, à la p. 222; *Trask*, précité, le juge Gushue, à la p. 137; *Rahn*, précité, le juge Laycraft, à la p. 161; *Simmons*, précité, le juge en chef Howland de l’Ontario, à la p. 211.

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts. As Dickson J. (as he then was) said in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155: "The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute". Even if the framers of the *Charter* had reservations about the meaning given by this Court in *Chromiak* to the word "detained" in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, assuming they have consideration to it at all, it would be quite inappropriate, and indeed impracticable, in a constitutional document of this kind, to make detailed qualifications to provide for issues such as that which arises in the present appeal. Cf. the distinction between "concepts" and "conceptions" in Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), pp. 132-37. That process of reconsideration must of necessity be left to the courts. Although it is clear that in several instances, as in the case of s. 10, the framers of the *Charter* adopted the wording of the *Canadian Bill of Rights*, it is also clear that the *Charter* must be regarded, because of its constitutional character, as a new affirmation of rights and freedoms and of judicial power and responsibility in relation to their protection. This results from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, which removes any possible doubt or uncertainty as to the general effect which the *Charter* is to have by providing that it is part of the supreme law of Canada and that any law that is inconsistent with its provisions is to the extent of such inconsistency of no force and effect, and from s. 24 of the *Charter*, which provides that anyone whose guaranteed rights or freedoms have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. In considering the relationship of a decision under the *Canadian Bill of Rights* to an issue arising under the *Charter*, a court cannot, in my respectful opinion, avoid bear-

Selon moi, la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux. Comme l'affirme le juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155: «L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi». Même si les rédacteurs de la *Charte* avaient entretenu certaines réserves quant au sens que cette Cour a donné, dans l'arrêt *Chromiak*, au mot «détenue» employé à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, à supposer qu'ils en aient tenu compte, il serait tout à fait contre-indiqué, voire impossible, dans un document constitutionnel de ce genre, de formuler des restrictions détaillées en prévision de questions comme celle soulevée dans le présent pourvoi. Voir la distinction qui est faite entre les mots *concepts* et *conceptions* dans Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), aux pp. 132 à 137. Ce processus de réexamen relève nécessairement des tribunaux. Même s'il est évident que, dans plusieurs cas comme celui de l'art. 10, les rédacteurs de la *Charte* ont repris la formulation de la *Déclaration canadienne des droits*, il est également évident que la *Charte*, en raison de son caractère constitutionnel, doit être considérée comme une nouvelle déclaration des droits et libertés et du pouvoir et de la responsabilité qu'ont les tribunaux de les protéger. Cela découle, d'une part, de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui dissipe tout doute ou toute incertitude qui puisse subsister quant à l'effet général de la *Charte*, en disposant qu'elle fait partie de la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, et d'autre part, de l'art. 24 de la *Charte* qui prévoit que toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Avec égards, j'estime qu'en examinant la relation

ing in mind an evident fact of Canadian judicial history, which must be squarely and frankly faced: that on the whole, with some notable exceptions, the courts have felt some uncertainty or ambivalence in the application of the *Canadian Bill of Rights* because it did not reflect a clear constitutional mandate to make judicial decisions having the effect of limiting or qualifying the traditional sovereignty of Parliament. The significance of the new constitutional mandate for judicial review provided by the *Charter* was emphasized by this Court in its recent decisions in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

Moreover, despite the similarity in the wording of s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 10 of the *Charter*, there is a difference under the *Charter* in the scope or content of the right to counsel and in the approach to the qualification or limitation of the right that must, I think, have an influence on the interpretation and application given to it. Section 10(b) of the *Charter* guarantees not only the right to retain and instruct counsel without delay, as under s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*, but also the right to be informed of that right. This, in my opinion, shows the additional importance which the *Charter* attaches to the right to counsel. A significant difference in the contexts of the right to counsel under the *Canadian Bill of Rights* and the *Charter* is that under the *Charter* the right is made expressly subject by s. 1 to such reasonable limits as are demonstrably justified in a free and democratic society. Thus the right is expressly qualified in a way that permits more flexible treatment of it. See *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173, *per* Cameron J.A. at p. 180, where it was suggested that had there been a similar provision in the *Canadian Bill of Rights* this Court might well have been able to adopt a different approach to the issue in the *Chromiak* case. The meaning and application given to the word "detained" in *Chromiak* was the only means by which reasonable limits could be placed on the right to counsel. For

entre une décision rendue sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* et une question qui relève de la *Charte*, un tribunal ne peut qu'avoir présent à l'esprit une réalité indéniable et implacable de l'histoire judiciaire du Canada, savoir que, dans l'ensemble, à l'exception de quelques cas notables, les tribunaux ont ressenti une certaine incertitude ou ambivalence dans l'application de la *Déclaration canadienne des droits*, du fait que celle-ci ne traduit pas un mandat constitutionnel clair de rendre des décisions judiciaires ayant pour effet de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement. L'importance du nouveau mandat constitutionnel de contrôle judiciaire prévu par la *Charte* a été soulignée par cette Cour dans ses arrêts récents *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, et *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

De plus, malgré la similitude qui existe entre la formulation de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* et celle de l'art. 10 de la *Charte*, la *Charte* diffère de la *Déclaration* par l'ampleur et la nature du droit à l'assistance d'un avocat qu'elle accorde et par sa façon d'envisager la restriction ou la limitation de ce droit et, selon moi, cette différence doit avoir une influence sur la façon de l'interpréter et de l'appliquer. L'alinéa 10b) de la *Charte* garantit non seulement le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, comme c'est le cas du sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*, mais encore le droit d'être informé de ce droit. Voilà qui, à mon avis, démontre l'importance accrue que la *Charte* attache au droit de consulter un avocat. Une différence importante entre le droit à l'assistance d'un avocat conféré par la *Déclaration canadienne des droits* et celui accordé par la *Charte* réside dans le fait que, suivant l'art. 1 de la *Charte*, ce droit ne peut être restreint que dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ainsi, le droit en question est expressément restreint d'une manière qui permet de le traiter avec plus de souplesse. Voir l'arrêt *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173, à la p. 180, où le juge Cameron de la Cour d'appel laisse entendre que, si la *Déclaration canadienne des droits* avait contenu une disposition semblable,

these additional reasons I am of the opinion, with the greatest respect for the contrary view, that the framers of the *Charter*, in adopting the language of s. 10, cannot be presumed to have intended that the word "detention" would necessarily be given the meaning and application, in relation to a s. 234.1(1) or a s. 235(1) demand, which this Court gave to the word "detained" in *Chromiak*.

Those who have come to a different conclusion on the question of detention from that of the majority of the Saskatchewan Court of Appeal in the present case have also attached particular importance to what they have perceived to be the implication of the provision for *habeas corpus* in s. 2(c)(iii) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 10(c) of the *Charter*, as indicating the kind of interference with liberty or freedom of action that is necessarily contemplated by the word "detention" in these provisions. In *Chromiak*, Ritchie J. saw the provision for *habeas corpus* as meaning that what was contemplated was a detention "by due process of law". That was presumably intended to refer to a detention in the purported exercise of lawful authority. Other judges who have stressed the significance of the provision for *habeas corpus* have spoken rather of the duration of the detention that was necessarily contemplated. See Macdonald J.A. in *Currie, supra*, at p. 230; Laycraft J.A. in *Rahn, supra*, at p. 161; and Howland C.J.O. in *Simmons, supra*, at p. 212. They have concluded that what must have been contemplated was a restraint upon liberty of sufficient duration to permit its validity to be challenged by *habeas corpus*. With respect, on this question I share the view of Tarnopolsky J.A., in *Simmons, supra*, at p. 222, where he said: "I read s. 10 as prescribing rights that are to be provided if any particular right is pertinent. Not all are needed under all circumstances. Therefore, the fact that *habeas corpus* might not be practically available because of the short duration of a par-

cette Cour aurait très bien pu aborder différemment la question soulevée dans l'affaire *Chromiak*. La signification et la portée données au mot «détenue» dans l'arrêt *Chromiak* représentaient les seuls moyens de fixer des limites raisonnables au droit à l'assistance d'un avocat. Pour ces raisons additionnelles, je suis d'avis, avec grands égards pour les tenants du point de vue contraire, qu'on ne peut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu, en adoptant la formulation de l'art. 10, que le mot «détention» reçoive nécessairement, dans le cas d'une demande faite en vertu du par. 234.1(1) ou d'une sommation visée au par. 235(1), la signification et la portée que cette Cour a données au terme «détenue» dans l'arrêt *Chromiak*.

Ceux qui, sur la question de la détention, sont arrivés à une conclusion différente de celle tirée, en l'espèce, par la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité ont attaché une importance particulière à ce qu'ils ont perçu comme l'incidence du recours par voie d'*habeas corpus* prévu au sous-al. 2c)(iii) de la *Déclaration canadienne des droits* et à l'al. 10c) de la *Charte*, qui, selon eux, indique le genre d'atteinte à la liberté ou à la liberté d'action qu'envisage nécessairement le mot «détention» que l'on trouve dans ces dispositions. Le juge Ritchie a estimé dans l'arrêt *Chromiak* qu'en prévoyant un recours par voie d'*habeas corpus* ce qui était envisagé était une détention «en vertu de l'application régulière de la loi». Il est probable qu'on voulait alors parler d'une détention imposée dans l'exercice apparent d'un pouvoir légal. D'autres juges, qui ont souligné l'importance du fait que l'on prévoit un recours par voie d'*habeas corpus*, ont parlé plutôt de la durée de la détention qui était nécessairement envisagée. Voir ce que disent le juge Macdonald dans l'arrêt *Currie*, précité, à la p. 230, le juge Laycraft dans l'arrêt *Rahn*, précité, à la p. 161, et le juge en chef Howland de l'Ontario dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 212. Ces juges ont conclu que ce qu'on a dû envisager était une entrave à la liberté d'une durée suffisante pour permettre que sa légalité soit contestée par voie d'*habeas corpus*. Avec égards, je partage sur cette question l'opinion exprimée par le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 222 où il affirme: [TRADUCTION] «Selon moi, l'art. 10 confère des droits dont on doit



ticular detention does not detract from the fact of there being a detention.” In my view, s. 10 of the *Charter* must necessarily refer to a great variety of detentions of varying duration, in many of which it will not be possible to make effective use of *habeas corpus* because the detention will have ceased before the application can be made and determined. *Habeas corpus* is to lie to determine the validity of a detention where that is possible. The fact that it may not be possible in some cases, because of the limited duration of the detention, is not, in my respectful opinion, a reason for limiting the meaning of the word “detention” to detentions of a certain duration.

In determining the meaning that should be given to the word “detention” in s. 10 of the *Charter* it is necessary to consider the purpose of the section. This is the approach to the interpretation and application of the *Charter* that was affirmed by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, in which Dickson J. said at p. 157: “Since the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one, before it is possible to assess the reasonableness or unreasonableness of the impact of a search or of a statute authorizing the search, it is first necessary to specify the purpose underlying s. 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect”.

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of

pouvoir se prévaloir chaque fois que cela peut être approprié. Il n'est toutefois pas toujours nécessaire d'invoquer chacun de ces droits. Par conséquent, même si la courte durée d'une détention rend pratiquement impossible un recours par voie d'*habeas corpus*, il ne s'agit pas moins d'une détention.» J'estime que l'art. 10 de la *Charte* vise nécessairement une multiplicité de détentions de diverses durées et que, dans bien des cas, le recours par voie d'*habeas corpus* se révélera inefficace parce que la détention aura pris fin avant que la demande ne puisse être formulée et qu'une décision ne soit rendue à son sujet. Bien sûr, on peut avoir recours à l'*habeas corpus* pour déterminer la légalité d'une détention lorsque les circonstances le permettent. Mais, le fait que cela peut parfois être impossible en raison de la durée limitée de la détention n'est pas une raison, à mon avis, de limiter le sens du mot «détention» aux détentions d'une certaine durée.

Pour déterminer le sens à donner au terme «détention» employé à l'art. 10 de la *Charte*, il est nécessaire d'examiner l'objet de cet article. C'est cette façon d'aborder l'interprétation et l'application de la *Charte* qui a reçu l'approbation de cette Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, où le juge Dickson affirme, à la p. 157: «Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu'elle vise, il est d'abord nécessaire de préciser le but fondamental de l'art. 8 pour pouvoir évaluer le caractère raisonnable ou abusif de l'effet d'une fouille ou d'une perquisition ou d'une loi autorisant une fouille ou une perquisition: en d'autres termes, il faut d'abord délimiter la nature des droits qu'il vise à protéger».

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure

the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

In *Chromiak* this Court held that detention connotes “some form of compulsory constraint”. There can be no doubt that there must be some form of compulsion or coercion to constitute an interference with liberty or freedom of action that amounts to a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The issue, as I see it, is whether that compulsion need be of a physical character, or whether it may also be a compulsion of a psychological or mental nature which inhibits the will as effectively as the application, or threat of application, of physical force. The issue is whether a person who is the subject of a demand or direction by a police officer or other agent of the state may reasonably regard himself or herself as free to refuse to comply.

The two points of view on this issue are contrasted in the statement by Clement J.A. of the Alberta Court of Appeal in *Chromiak*, which was quoted with approval by Macdonald J.A. in *Currie*, and the statement by Tallis J.A. in the present case, which has been quoted above. In *Chromiak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 310 at p. 318, Clement J.A. said: “*Chromiak* made the choice voluntarily, without any compulsion of *de facto* or threatened detainment, whether lawful or otherwise”. In *Currie*, Macdonald J.A. said at p. 231: “There is here no element of involuntary restraint. His freedom of choice was not restricted—he was given the option of accompanying the police or not. He chose to go with the officer without indicating any

qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

Dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a conclu que le mot «détention» connote «une certaine forme de contrainte». Il ne fait aucun doute qu'une certaine forme de contrainte ou de coercition doit être exercée pour qu'il y ait atteinte à la liberté ou à la liberté d'action équivalant à une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. À ce qu'il me semble, la question est de savoir si cette contrainte doit être physique ou s'il peut s'agir également d'une contrainte psychologique ou morale qui a pour effet d'inhiber la volonté tout autant que l'usage, ou la menace d'usage, de la force physique. La question est de savoir si la personne qui fait l'objet d'une sommation ou d'un ordre émanant d'un policier ou d'un autre agent de l'État peut raisonnablement s'estimer libre de refuser d'y obtempérer.

Les deux points de vue relatifs à cette question sont mis en contraste dans la déclaration du juge Clement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Chromiak*, que le juge Macdonald a citée en l'approuvant dans l'arrêt *Currie*, et dans la déclaration déjà citée qu'a faite le juge Tallis en l'espèce. Dans l'arrêt *Chromiak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 310, à la p. 318, le juge Clement affirme: [TRADUCTION] «*Chromiak* a fait son choix librement sans y être contraint par une détention ou une menace de détention légale ou non». Le juge Macdonald écrit, à la p. 231 de l'arrêt *Currie*: [TRADUCTION] «Il n'y a, en l'espèce, aucun élément de privation involontaire de liberté. Il n'y a pas eu d'atteinte à sa liberté de choix— on lui a

reluctance to do so and without being threatened with detainment if he refused." In the passage quoted above, Tallis J.A. expressed the contrary view, where he said: "On the other hand, the average citizen would acquiesce in the demand made by a peace officer rather than suffer the potential embarrassment of further proceedings that could arise . . . When you consider the circumstances of this case and in particular the contents of the demand that was made to him, it cannot be said that the respondent accused was free to depart as he pleased."

A refusal to comply with a s. 235(1) demand without reasonable excuse is, under s. 235(2), a criminal offence. It is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply. The criminal liability for refusal to comply constitutes effective compulsion. This psychological compulsion or coercion effected by the consequence of a refusal to comply with a s. 235(1) demand appears to be what Laskin J. (as he then was) had in mind in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574 at p. 587, where he said: "There is no doubt, therefore, that the accused was 'detained' within the meaning of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*; he risked prosecution under s. 235(2) if, without reasonable excuse, he refused the demand which involved accompanying the peace officer to fulfil it". Any criminal liability for failure to comply with a demand or direction of a police officer must be sufficient to make compliance involuntary. This would be true, for example, of compliance where refusal to comply would amount to a wilful obstruction of a police officer in the execution of his or her duty, contrary to s. 118 of the *Criminal Code*.

donné le choix de suivre ou non le policier. Il a choisi de l'accompagner sans manifester la moindre hésitation et sans avoir été menacé de détention s'il refusait.» Dans le passage cité antérieurement, le juge Tallis exprime le point de vue contraire: «Par ailleurs, le citoyen ordinaire préférerait obtempérer à la sommation de l'agent de la paix plutôt que de s'exposer à la possibilité d'être embarrassé par d'autres procédures qui pourraient s'ensuivre . . . Compte tenu des circonstances de la présente espèce et, en particulier, de la teneur de la sommation qui lui a été faite, on ne saurait affirmer que l'intimé était libre de partir s'il le souhaitait.»

Suivant le par. 235(2), est coupable d'un acte criminel quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1). Il est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue une contrainte réelle. C'est précisément ce genre de contrainte ou coercition psychologique exercée par les conséquences du refus d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1) que le juge Laskin (alors juge puîné) semble avoir eu à l'esprit dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, à la p. 587, où il dit: «Il n'y a pas de doute, par conséquent, que l'accusé était «détenu» au sens du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*; il était passible de poursuites en vertu du par. (2) de l'art. 235 si, sans excuse raisonnable, il refusait d'obtempérer à la sommation, qui impliquait l'obligation d'accompagner l'agent de la paix pour s'y soumettre». Toute responsabilité criminelle découlant du refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre d'un policier doit suffire pour rendre l'obéissance involontaire. Ce serait le cas, par exemple, de l'obéissance lorsque le refus d'obtempérer reviendrait à entraver volontairement un policier dans l'exécution de son devoir, contrairement à l'art. 118 du *Code criminel*.

Although it is not strictly necessary for purposes of this case, I would go further. In my opinion, it is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.

For these reasons I am of the opinion that the s. 235(1) demand to accompany the police officer to a police station and to submit to a breathalyzer test resulted in the detention of the respondent within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

The respondent was accordingly entitled at the time of his detention to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay, and there was an infringement or denial of this right, unless it can be shown that the right to retain and instruct counsel (and consequently the right to be informed of such right) does not exist in the context of a s. 235(1) demand by reason of a limit which meets the requirements of s. 1 of the *Charter*:

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.

Bien que cela ne soit pas strictement nécessaire aux fins du présent litige, j'irais encore plus loin. À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement.

Pour ces motifs, je suis d'avis que, par suite de la sommation qui lui a été faite en vertu du par. 235(1) de suivre le policier jusqu'au poste de police pour y subir un alcootest, il y a eu détention de l'intimé au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

L'intimé avait donc le droit, au moment de sa détention, d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et il y a eu violation ou négation de ce droit, à moins qu'on ne puisse démontrer que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat (et, par conséquent, celui d'être informé de ce droit) n'existe pas dans le contexte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1), en raison d'une restriction qui satisfait aux exigences de l'art. 1 de la *Charte*, dont voici le texte:

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

Section 1 requires that the limit be prescribed by law, that it be reasonable, and that it be demonstrably justified in a free and democratic society. The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule. Section 235(1) and the related breathalyzer provisions of the *Criminal Code* do not expressly purport to limit the right to counsel. Such a limit, if it exists, must result by implication from their terms or operating requirements. For example, the Saskatchewan Court of Appeal in *Talbourdet, supra*, found that such a limit resulted from the requirement under s. 234.1(1) of the *Criminal Code* that a sample of breath be provided "forthwith" into a roadside screening device. The Court held that this requirement precluded contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand. In the case of a s. 235(1) demand, the implications from the terms and operating requirements are somewhat different. A section 235(1) demand must be made "forthwith or as soon as practicable" and the person upon whom the demand is made is required to provide a sample of breath "then or as soon thereafter as is practicable". Such samples can be used in evidence as proof of an offence under s. 234 or s. 236 of the *Criminal Code* only if "each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken" (s. 237(1)(c)(ii)). This two-hour operating requirement does not, as in the case of the "forthwith" requirement of a s. 234.1(1) demand, preclude any contact at all with counsel prior to the breathalyzer test. The right, at the time of the detention effected by a s. 235(1) demand, to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay is not, therefore, subject to a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

L'article 1 exige que cette restriction soit prescrite par une règle de droit, qu'elle soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*. Le par. 235(1) et les dispositions connexes du *Code criminel* relatives aux alcootests n'ont pas expressément pour objet de limiter le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Pareille restriction, s'il en est, doit se dégager implicitement du texte de ces dispositions ou de leurs conditions d'application. Par exemple, dans l'arrêt *Talbourdet*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que le par. 234.1(1) du *Code criminel* contient une telle restriction du fait qu'il exige qu'un échantillon d'haleine soit fourni «sur-le-champ» au moyen d'un alcootest. La cour a conclu que cette exigence empêchait de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à une demande faite en vertu du par. 234.1(1). Dans le cas d'une sommation en vertu du par. 235(1), la portée du texte de cette disposition et de ses conditions d'application est quelque peu différente. Une sommation visée au par. 235(1) doit être faite «sur-le-champ ou dès que possible» et la personne à laquelle est adressée cette sommation doit fournir un échantillon d'haleine «sur-le-champ ou dès que possible». De tels échantillons ne peuvent servir de preuve d'une infraction aux art. 234 ou 236 du *Code criminel* que «si chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier» (sous-al. 237(1)c)(ii)). À la différence du par. 234.1(1) où l'échantillon demandé doit être soumis «sur-le-champ», cette condition relative au délai de deux heures n'empêche pas de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest. Le droit, au

Whether the two-hour operating requirement of s. 237(1) imposes a justified limit on the nature or extent of the access to counsel that may be afforded in particular circumstances is something that need not be considered in this case.

### III

It is necessary now to consider whether the evidence provided by the breathalyzer test should have been excluded, pursuant to s. 24 of the *Charter*, because of this infringement or denial of the right to counsel. For convenience I set out s. 24 again as follows:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

As indicated earlier in these reasons, the first issue under s. 24 is whether, as was held by the majority of the Saskatchewan Court of Appeal, evidence may be excluded pursuant to s. 24(1) on the ground that it is appropriate and just in the circumstances to do so, or whether it may be excluded pursuant only to s. 24(2) on the ground that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Tallis J.A., with whom Hall and Cameron J.J.A. concurred, said that the view which would limit the exclusion of evidence to the terms of s. 24(2) would in many cases leave an individual whose rights or freedoms had been infringed or denied without any suitable or effective remedy. In his separate concurring reasons on this issue, Bayda C.J.S. said that had Parliament intended that s. 24(2) should be the

moment de la détention résultant d'une sommation faite en vertu du par. 235(1), d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat n'est donc pas restreint par une règle de droit au sens de l'art. 1 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner la question de savoir si le délai de deux heures prévu par le par. 237(1) impose une limite justifiée à la nature et à l'étendue de l'accès à un avocat qu'on peut avoir dans des circonstances données.

### III

Il est maintenant nécessaire d'examiner si, en raison de cette violation ou négation du droit à l'assistance d'un avocat, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest aurait dû être écartée conformément à l'art. 24 de la *Charte*. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau l'art. 24:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Comme je l'ai déjà fait remarquer dans les présents motifs, la première question que soulève l'art. 24 est de savoir si, comme l'a conclu la Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité, un élément de preuve peut être écarté conformément au par. 24(1) pour le motif qu'il est convenable et juste de le faire eu égard aux circonstances, ou s'il ne peut être écarté que conformément au par. 24(2) pour le motif que, eu égard aux circonstances, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Selon le juge Tallis, à l'avis duquel ont souscrit les juges Hall et Cameron, si seul le par. 24(2) autorisait l'exclusion d'éléments de preuve, une personne, victime de violation ou de négation de ses droits ou libertés, se trouverait souvent sans aucun recours approprié ou efficace. Dans les motifs concordants qu'il a rédigés sur cette question, le juge en chef

exclusive basis for the exclusion of evidence because of an infringement or denial of a right or freedom guaranteed by the *Charter* it would have used the word “only” after the word “excluded” in the subsection. Although it was not necessary for him to express an opinion on this issue, in view of his conclusion on the question of detention, Brownridge J.A. briefly indicated that in his opinion evidence could be excluded under s. 24 of the *Charter* only if its admission would bring the administration of justice into disrepute. He said, “It appears anomalous to me that the very power which is so circumscribed in s. 24(2) should be available to a court under s. 24(1) without any such restriction”.

The trial judge and the majority of the Court of Appeal held that while s. 24(2) imposed a *duty* to exclude evidence if its admission would bring the administration of justice into disrepute, s. 24(1) conferred a *discretion* to exclude it if such exclusion appeared to the court to be appropriate and just in the circumstances. It would appear that this distinction between duty and discretion was the principal rationale for the majority view that the framers of the *Charter* intended to provide two different bases for the exclusion of evidence where there has been an infringement or a denial of a guaranteed right or freedom.

I do not find it necessary to consider whether we should look, as was suggested by counsel for the appellant, at the legislative history of s. 24 as an aid to the determination of this issue. I am satisfied from the words of s. 24 that s. 24(2) was intended to be the sole basis for the exclusion of evidence because of an infringement or a denial of a right or freedom guaranteed by the *Charter*. It is clear, in my opinion, that in making explicit provision for the remedy of exclusion of evidence in s. 24(2), following the general terms of s. 24(1), the framers of the *Charter*, intended that this particular remedy should be governed entirely by the terms of s. 24(2). It is not reasonable to ascribe to the framers of the *Charter* an intention that the

Bayda affirme que si le Parlement avait voulu que l'exclusion d'éléments de preuve en raison d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* ne puisse se fonder que sur le par. 24(2), il aurait inséré le mot «seulement» après le mot «écartés» dans ce paragraphe. Même s'il ne lui était pas nécessaire de se prononcer sur ce point, compte tenu de sa conclusion sur la question de la détention, le juge Brownridge a exprimé brièvement l'avis qu'un élément de preuve ne peut être écarté en vertu de l'art. 24 de la *Charte* que si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a affirmé ce qui suit: [TRADUCTION] «Il me semblerait anormal que le pouvoir même qui est ainsi restreint par le par. 24(2) puisse être conféré à un tribunal par le par. 24(1), mais sans aucune restriction de ce genre».

Le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont conclu que le par. 24(2) impose l'*obligation* d'écartier des éléments de preuve si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, mais que le par. 24(1) confère le *pouvoir discrétionnaire* de les écartier si le tribunal estime convenable et juste de le faire eu égard aux circonstances. Il semblerait que cette distinction entre obligation et pouvoir discrétionnaire constitue le fondement principal du point de vue de la majorité portant que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu prévoir deux motifs différents d'exclure des éléments de preuve lorsqu'il y a eu violation ou négation d'un droit ou d'une liberté garantis.

Je n'estime pas nécessaire d'examiner s'il y a lieu, comme l'a laissé entendre l'avocat de l'appellante, de considérer l'historique législatif de l'art. 24 pour trancher cette question. D'après le texte de l'art. 24, je suis convaincu qu'on a voulu que seul le par. 24(2) permette d'écartier des éléments de preuve par suite d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il est évident, à mon avis, qu'en faisant suivre du par. 24(2), qui prévoit expressément l'exclusion d'éléments de preuve, les dispositions générales du par. 24(1), les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ce redressement particulier soit régi entièrement par les termes du par. 24(2). Il n'est guère raisonnable de prêter à ces derniers l'intention de contraindre les

courts should address two tests or standards on an application for the exclusion of evidence—first, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, and if not, secondly, whether its exclusion would nevertheless be appropriate and just in the circumstances. The inevitable result of this alternative test or remedy would be that s. 24(2) would become a dead letter. The framers of the *Charter* could not have intended that the explicit and deliberately adopted limitation in s. 24(2) on the power to exclude evidence because of an infringement or a denial of a guaranteed right or freedom should be undermined or circumvented in such a manner. The opening words of s. 24(2) “Where, in proceedings under subsection (1)” simply refer, in my view, to an application for relief under s. 24(1). They reinforce the conclusion that the test set out in s. 24(2) is to be the exhaustive one for the remedy of exclusion of evidence. I conclude, therefore, that the Saskatchewan Court of Appeal erred in law in affirming the exclusion of the evidence provided by the breathalyzer test on the ground that it was appropriate and just in the circumstances, within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

## IV

It is necessary, then, to consider the meaning of the test or standard prescribed by s. 24(2) and its application to the facts as established by the record in this case. There are two requirements for the exclusion of evidence pursuant to s. 24(2): (a) that the evidence has been obtained in a manner that infringed or denied a right or freedom guaranteed by the *Charter*; and (b) that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The first requirement suggests that there must be some connection or relationship between the infringement or denial of the right or freedom in question and the obtaining of the evidence the exclusion of which is sought by the application. Some courts have held, or appear to have assumed, that the relationship must be one of causation, similar to the “but for” causation

cours saisies d’une demande d’exclusion d’éléments de preuve à appliquer deux critères, le premier étant de savoir si l’utilisation de ces éléments est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et, le second, dans le cas d’une réponse négative, étant de savoir si leur exclusion est néanmoins convenable et juste eu égard aux circonstances. Il résulterait inévitablement de cet autre critère ou redressement que le par. 24(2) deviendrait lettre morte. Les rédacteurs de la *Charte* n’ont pu vouloir que la restriction explicite et délibérément adoptée qu’impose le par. 24(2) au pouvoir d’écarter des éléments de preuve en raison d’une atteinte à un droit ou à une liberté garantis soit ainsi minée ou contournée. Selon moi, les premiers mots du par. 24(2), «Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1)», visent simplement une demande de redressement fondée sur le par. 24(1). Ces mots me renforcent dans ma conclusion que le critère énoncé au par. 24(2) est le seul applicable pour déterminer s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve. Je conclus donc que la Cour d’appel de la Saskatchewan a commis une erreur de droit en confirmant l’exclusion de la preuve obtenue au moyen de l’alcootest pour le motif que cela était convenable et juste eu égard aux circonstances, au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

## IV

Il est alors nécessaire d’examiner le sens du critère prescrit par le par. 24(2) ainsi que son application aux faits qui se dégagent du dossier en l’espèce. Deux conditions doivent être remplies pour que des éléments de preuve puissent être écartés conformément au par. 24(2): a) ils doivent avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et b) eu égard aux circonstances, l’utilisation de ces éléments de preuve doit être susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. D’après la première condition, il doit y avoir un lien ou un rapport quelconque entre la violation ou la négation du droit ou de la liberté en question et l’obtention de la preuve que la demande vise à faire écarter. Certains tribunaux ont conclu, ou semblent avoir présumé, qu’il doit s’agir d’un lien de causalité analogue à celui qui, en matière délict-



requirement of tort law. (See Fleming, *The Law of Torts*, (6th ed. 1983) p. 171.) This was essentially the view applied by Gushue J.A. on behalf of the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Trask*, *supra*, where he said at p. 137:

The evidence was not obtained in contravention of the *Charter*. It was properly obtained in accordance with the provisions of the *Criminal Code*. There is no evidence that the accused had any reasonable excuse to refuse to provide samples of his breath. If he had been informed of his right to retain and instruct counsel and had indeed consulted counsel, counsel would have undoubtedly advised him of his obligation to provide the samples demanded.

In my opinion the words "obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter", particularly when they are read with the French version, *obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte*, do not connote or require a relationship of causation. It is sufficient if the infringement or denial of the right or freedom has preceded, or occurred in the course of, the obtaining of the evidence. It is not necessary to establish that the evidence would not have been obtained out for the violation of the *Charter*. Such a view gives adequate recognition to the intrinsic harm that is caused by a violation of a *Charter* right or freedom, apart from its bearing on the obtaining of evidence. I recognize, however, that in the case of derivative evidence, which is not what is in issue here, some consideration may have to be given in particular cases to the question of relative remoteness.

In the result, I am of the opinion that the evidence represented by the certificate of analysis in this case was obtained in a manner that infringed or denied the respondent's right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay and thus meets the first requirement under s. 24(2).

The meaning and application of the words in s. 24(2), "if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice

tuelle, est exprimé par les mots «n'eût été». (Voir Fleming, *The Law of Torts* (6<sup>e</sup> ed. 1983), à la p. 171.) Il s'agit là essentiellement du point de vue adopté par le juge Gushue, au nom de la Cour d'appel de Terre-Neuve, dans l'arrêt *R. v. Trask*, précité, où il affirme à la p. 137:

[TRADUCTION] La preuve n'a pas été obtenue d'une manière qui contrevient à la *Charte*. Elle a été obtenue régulièrement en conformité avec les dispositions du *Code criminel*. Il n'y a aucune preuve que l'accusé pouvait raisonnablement refuser de fournir des échantillons de son haleine. Si on l'avait informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et s'il avait effectivement consulté un avocat, ce dernier lui aurait sûrement dit qu'il était tenu de fournir les échantillons demandés.

À mon avis, les mots anglais *obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter*, particulièrement lorsqu'ils sont rapprochés de leur version française «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte», ne connotent ou n'exigent aucun lien de causalité. Il suffit que la violation ou la négation du droit ou de la liberté soit survenue avant ou pendant l'obtention de la preuve. Il n'est pas nécessaire d'établir que la preuve n'aurait pas été obtenue n'eût été la violation de la *Charte*. Un tel point de vue reconnaît suffisamment le préjudice intrinsèque que cause la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* sans parler de son incidence sur l'obtention d'éléments de preuve. Je conviens toutefois que, dans le cas d'une preuve dérivée, ce dont il n'est pas question en l'espèce, il peut parfois être nécessaire d'examiner la question de l'absence relative du lien de causalité.

En définitive, je suis d'avis que l'élément de preuve que représente le certificat d'analyse en l'espèce a été obtenu dans des conditions qui portaient atteinte au droit de l'intimé d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, et qu'il satisfait ainsi à la première condition du par. 24(2).

Le sens et la portée des mots «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice», qui figurent au par. 24(2), ont été abon-

into disrepute", has been the subject of considerable judicial and academic commentary, which has looked for guidance not only to the words of s. 24(2) but to a variety of sources, including the common law respecting the exclusion of illegally obtained evidence in Canada, England and other jurisdictions of the Commonwealth, experience with the American "absolute" exclusionary rule, various recommendations for change in the law prior to the *Charter*, the judgments of Estey J. and Lamer J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and the legislative history of s. 24(2).

On the whole, courts of appeal have adopted, in some cases with certain reservations, what has come to be known as the "community shock" test suggested by Lamer J. in *Rothman*. See *R. v. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (B.C.C.A.); *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156 (B.C.C.A.); *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (N.S.S.C.A.D.); *R. v. Chapin* (1983), 7 C.C.C. (3d) 538 (Ont. C.A.); *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); and *R. v. Simmons*, *supra*.

The issue in *Rothman* was the admissibility of a statement made by the accused while he was in his cell, and after he had indicated to the police that he did not wish to make a statement to a police officer posing as a truck driver detained for a traffic violation. The majority of this Court held that the statement by the accused was voluntary and therefore admissible. Lamer J., while agreeing in the result, held that a statement, although elicited under circumstances which would not render it inadmissible, should nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute. He held that what would bring the administration of justice into disrepute would be police conduct that shocked the community.

Estey J., dissenting, with whom Laskin C.J.C. concurred, held that the statement should be ruled inadmissible because it was given in circumstances

damment commentés aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine. Loin de s'en tenir au texte du par. 24(2) lui-même, les glossateurs ont puisé dans diverses sources, notamment: la *common law* du Canada, d'Angleterre et d'autres pays du Commonwealth relative à l'exclusion des éléments de preuve obtenus illégalement, l'expérience concernant la règle d'exclusion «absolue» appliquée aux États-Unis, les différentes recommandations de réforme du droit faites antérieurement à l'adoption de la *Charte*, les motifs de jugement des juges Estey et Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et l'historique législatif du par. 24(2).

Les cours d'appel ont, dans l'ensemble, quoique parfois sous certaines réserves, adopté ce qu'on appelle maintenant le critère de «ce qui choque la collectivité» proposé par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*. Voir les arrêts *R. v. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (C.A.C.-B.), *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156 (C.A.C.-B.), *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (D.A.C.S.N.-É.), *R. v. Chapin* (1983), 7 C.C.C. (3d) 538 (C.A. Ont.), *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), et *R. v. Simmons*, précité.

L'arrêt *Rothman* porte sur l'admissibilité d'une déclaration faite par l'accusé, alors qu'il se trouvait dans sa cellule et après qu'il eut indiqué à la police qu'il ne voulait pas faire de déclaration, à un policier qui se faisait passer pour un camionneur détenu à cause d'une contravention aux règles de la circulation. Cette Cour à la majorité a conclu que la déclaration de l'accusé était volontaire et, partant, admissible. Le juge Lamer, quoique d'accord quant au résultat, a estimé qu'une déclaration, même obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'une personne en situation d'autorité a pu faire ou dire en vue d'obtenir cette déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice. Selon le juge Lamer, ce qui ternirait l'image de la justice serait une conduite de la part de la police qui choquerait la collectivité.

Le juge Estey, à l'avis duquel le juge en chef Laskin a souscrit, a conclu dans ses motifs de dissidence que la déclaration devait être jugée

which would bring the administration of justice into disrepute. The test of what would bring the administration of justice into disrepute, in his view, was what would be prejudicial to the public interest in the integrity of the judicial process.

The test suggested by Estey J. has been perceived as a less restrictive one than that suggested by Lamer J., partly, it would seem, because it led to a different conclusion, on the facts of the case, as to whether the police conduct would bring the administration of justice into disrepute.

In *Cohen, supra*, Anderson J.A., dissenting, said that he favoured the test suggested by Estey J. Several academic commentaries have expressed or implied agreement with this view.

In *Manninen, Chapin, and Simmons, supra*, the Ontario Court of Appeal, while acknowledging that what would shock the community would clearly bring the administration of justice into disrepute, indicated that it did not think the application of the words in s. 24(2) should be limited to this test. In *Simmons*, Howland C.J.O. said at p. 218:

If the evidence is obtained in such a manner as to shock the Canadian community as a whole, it would no doubt be inadmissible as bringing the administration of justice into disrepute. There may, however, be instances where the administration of justice is brought into disrepute within s. 24(2) without necessarily shocking the Canadian community as a whole. In my opinion, it is preferable to consider every case on its merits as to whether it satisfies the requirements of s. 24(2) of the Charter and not to substitute a "community shock" or any other test for the plain words of the statute.

I agree, with respect, that we should not substitute for the words of s. 24(2) another expression of the standard, drawn from a different jurisprudential context. The values which must be balanced in making the determination required by s. 24(2) have been placed in a new relationship of relative importance by the constitutional status given to guaranteed rights and freedoms by the *Charter*.

inadmissible parce qu'elle a été fournie dans des circonstances susceptibles de discréditer l'administration de la justice. Le juge Estey a estimé que l'administration de la justice serait discréditée par tout ce qui porterait atteinte à l'intérêt du public dans l'intégrité de la justice.

Le critère proposé par le juge Estey a été perçu comme moins restrictif que celui du juge Lamer. Cela semble tenir, du moins en partie, à ce que le juge Estey, en appliquant son critère aux faits de l'affaire, est arrivé à une conclusion différente sur la question de savoir si la conduite de la police aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *Cohen*, précité, le juge Anderson, dissident, dit préférer le critère du juge Estey. Ce point de vue a reçu l'appui exprès ou implicite de plusieurs glossateurs.

Dans les arrêts *Manninen, Chapin et Simmons*, précités, la Cour d'appel de l'Ontario, tout en reconnaissant que ce qui choquerait la collectivité aurait clairement pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, a indiqué qu'elle ne croyait pas que l'application des termes du par. 24(2) doit dépendre uniquement de ce critère. Le juge en chef Howland affirme dans l'arrêt *Simmons*, à la p. 218:

[TRADUCTION] Si la preuve a été obtenue d'une manière qui choque l'ensemble des Canadiens, elle est sans aucun doute inadmissible parce que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Toutefois, il peut y avoir des cas où l'administration de la justice est déconsidérée au sens du par. 24(2) sans pour autant que cela choque l'ensemble des Canadiens. À mon avis, il est préférable que la question de savoir si les exigences du par. 24(2) de la Charte ont été remplies soit tranchée en fonction de chaque cas, et de ne pas substituer aux termes explicites de la loi un critère fondé sur ce qui «choquerait la collectivité» ou quelque autre critère.

Avec égards, je suis d'accord pour dire qu'il ne faut pas substituer aux termes utilisés au par. 24(2) une autre expression du critère applicable, tirée d'un contexte juridique différent. Le fait que les droits et libertés garantis par la *Charte* sont enchâssés dans la Constitution change l'importance relative des valeurs dont il faut tenir compte dans l'application du critère énoncé au par. 24(2).

The central concern of s. 24(2) would appear to be the maintenance of respect for and confidence in the administration of justice, as that may be affected by the violation of constitutional rights and freedoms. There is clearly, of course, by implication, the other value which must be taken into consideration in the application of s. 24(2)—that is, the availability of otherwise admissible evidence for the ascertainment of truth in the judicial process, particularly in the administration of the criminal law. The issue under s. 24(2) is the circumstances in which that value must yield to the protection and enforcement of constitutional rights and freedoms by what may be in a particular case the only remedy.

The factors or circumstances to be taken into consideration in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute have also been the subject of considerable commentary by courts and scholars. It would not be wise to attempt an exhaustive identification of the relevant factors in this case. However, certain of them have, in my opinion, been properly affirmed in the cases as being of particular relevance and weight, especially in the context of the right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. In this context the two principal considerations in the balancing which must be undertaken are the relative seriousness of the constitutional violation and the relative seriousness of the criminal charge. The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitutional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

The application of these factors to a denial of the right to counsel involves, in my view, a different balance because of the importance of that right in the administration of criminal justice. In my opinion, the right to counsel is of such fundamental importance that its denial in a criminal law

Ce paragraphe paraît viser principalement à éviter que, par suite de la violation des droits et libertés garantis par la Constitution, l'administration de la justice cesse d'être respectée et d'inspirer confiance. Bien entendu, l'application du par. 24(2) exige implicitement que l'on prenne en considération une autre valeur, savoir la possibilité d'utiliser un élément de preuve par ailleurs admissible, pour établir la vérité devant les tribunaux, particulièrement en matière criminelle. La question que soulève le par. 24(2) est de savoir dans quelles circonstances cette valeur doit céder le pas à la nécessité de protéger et de faire respecter les droits et libertés garantis par la Constitution, par l'application de ce qui peut être dans un cas donné l'unique redressement efficace.

Les facteurs ou les circonstances dont on doit tenir compte pour décider si l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ont eux aussi été souvent commentés dans la jurisprudence et dans la doctrine. Il ne serait guère judicieux de tenter de dresser une liste exhaustive des facteurs qui sont pertinents en l'espèce. La jurisprudence a toutefois, et à juste titre selon moi, prêté à certains de ces facteurs une importance et une portée toutes particulières, surtout dans le contexte du droit, conféré par l'art. 8 de la *Charte*, à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Sous ce rapport, les deux éléments principaux à prendre en considération sont la gravité relative de la violation de la Constitution et la gravité relative de l'accusation criminelle. La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

À mon avis, quand on les applique à la négation du droit à l'assistance d'un avocat, ces facteurs doivent être soupesés de façon différente vu l'importance que revêt ce droit en matière criminelle. J'estime que le droit à l'assistance d'un avocat est à ce point fondamental que sa négation dans un

context must *prima facie* discredit the administration of justice. That effect is not diminished but, if anything, increased by the relative seriousness of the possible criminal law liability. In view, however, of the judgment of this Court in *Chromiak*, the police officer in this case was in my opinion entitled to assume in good faith that the respondent did not have a right to counsel on a demand under s. 235(1) of the *Criminal Code*. Because of this good faith reliance, I am unable to conclude, having regard to all the circumstances, as required by s. 24(2) of the *Charter*, that the admission of the evidence of the breathalyzer test in this particular case would bring the administration of justice into disrepute. See Tarnopolsky J.A. in *Simmons*, *supra*, at pp. 228-29. The evidence cannot, therefore, be excluded.

As this conclusion indicates, I am also of the opinion that the question whether evidence must be excluded because, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute is a question of law which may be determined by a court without evidence of the actual or likely effect of such admission on public opinion. Obviously the application of the relevant factors or considerations will turn in some cases on matters of fact which must be established by evidence, but the meaning and application of the standard in s. 24(2) is, like other questions of admissibility of evidence, a question of law. A court is the best judge of what would bring the administration of justice into disrepute. There is no reliable evidentiary basis for determining what the actual effect on public opinion would be of the admission of evidence in the circumstances of a particular case. The suggestion of opinion polls (see D. Gibson, "Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 377) encounters, in my opinion, two fatal objections. The first is the requirement which Professor Gibson refers to as "specificity". How could "all the circumstances" of a case and the necessary balancing exercise be conveyed in an opinion poll or survey? The second objection is the cost of requiring such evidence, which, since it would have to be borne by the

contexte de droit criminel constitue à première vue un acte qui déconsidère l'administration de la justice. Cet effet est non pas diminué, mais plutôt amplifié par la gravité relative de la responsabilité criminelle possible. Toutefois, compte tenu de l'arrêt *Chromiak* de cette Cour, j'estime que le policier en l'espèce pouvait présumer de bonne foi que l'intimé n'avait pas droit à l'assistance d'un avocat, suite à une sommation faite en vertu du par. 235(1) du *Code criminel*. En raison de ce fondement sur la bonne foi, il m'est impossible de conclure, eu égard aux circonstances, comme l'exige le par. 24(2) de la *Charte*, que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Voir le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *Simmons*, précité, aux pp. 228 et 229. La preuve ne peut donc être écartée.

Comme l'indique cette conclusion, j'estime en outre que la question de savoir s'il y a lieu d'écartier des éléments de preuve parce que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, est une question de droit qu'une cour peut trancher sans avoir bénéficié d'aucune preuve quant à l'effet réel ou probable que cette utilisation aura sur l'opinion publique. Bien sûr, l'application des facteurs pertinents dépendra dans certains cas de questions de fait qui doivent être établies par la preuve, mais la question du sens et de l'application du critère énoncé au par. 24(2) est, comme toute autre question d'admissibilité de la preuve, une question de droit. C'est la cour qui est la mieux placée pour juger de ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il n'existe d'ailleurs aucune preuve qui permette de déterminer avec certitude quel effet aurait sur l'opinion publique l'admission de tel ou tel élément de preuve dans les circonstances d'une affaire donnée. On a déjà proposé le recours à des sondages d'opinion (voir D. Gibson, «Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 377). Mais, selon moi, cette proposition se heurte à deux objections qui lui sont fatales. Il y a d'abord ce que le professeur Gibson appelle l'exigence de la [TRADUCTION] «précision». Comment pourrait-on, au moyen d'un sondage d'opinion, faire entrer en

person whose constitutional right or freedom had been violated, would surely be a further factor reducing availability of the remedy provided by s. 24(2). The exclusion of evidence under s. 24(2) does not, as has been suggested by some, involve the exercise of a discretion. Section 24(2) involves the application of a broad test or standard, which necessarily gives a court some latitude, but that is not, strictly speaking, a discretion. A discretion exists where there is a choice to do one thing or another, not merely because what is involved is the application of a flexible standard. Under the terms of s. 24(2), where a judge concludes that the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, he or she has a duty, not a discretion, to exclude the evidence. This distinction is of some importance, of course, with reference to the scope of review of a determination under s. 24(2).

I would accordingly allow the appeal, set aside the judgments of the Saskatchewan Court of Appeal and Muir J., and order a new trial.

*Appeal dismissed, McINTYRE and LE DAIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Richard Gosse, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Robert Skinner and Vikas Khaladkar, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

ligne de compte toutes les circonstances d'une affaire et comment pourrait-on arriver à soupeser, comme on doit obligatoirement le faire, les différents facteurs pertinents? La seconde objection porte que les frais qu'entraînerait l'exigence d'une preuve de ce genre, qui, puisqu'ils devraient être supportés par la personne qui a été victime d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution, contribueraient inévitablement à réduire les possibilités d'exercer le recours prévu au par. 24(2). Contrairement à ce que d'aucuns prétendent, l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) ne relève pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le paragraphe 24(2) comporte l'application d'un critère général, ce qui confère nécessairement à la cour une certaine latitude, mais pas vraiment un pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'existence d'un choix quant au parti à prendre et non pas simplement par le fait d'avoir à appliquer une norme souple. Aux termes du par. 24(2), lorsqu'un juge conclut que l'utilisation d'une preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il a le devoir et non pas le pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve. Cette distinction revêt évidemment une certaine importance relativement à l'étendue du contrôle qui peut être fait d'une décision rendue en vertu du par. 24(2).

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan ainsi que la décision du juge Muir et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, les juges McINTYRE et LE DAIN sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Richard Gosse, Regina.*

*Procureurs de l'intimé: Robert Skinner et Vikas Khaladkar, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

**Wilmour S. Trask** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No: 17747.

1984: June 21; 1985: May 23.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Accused requested to accompany police officer for purposes of providing breath samples for analysis — Whether accused detained — Whether police required to inform accused of right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 — Criminal Code, s. 235(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Right to counsel infringed — Impaired driving — Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.*

#### Cases Cited

*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, followed; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10, 24. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235(1) [rep. & subs. by 1974-75-76, c. 93 s. 16].

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1983), 6 C.C.C. (3d) 132, 150 D.L.R. (3d) 161, 21 M.V.R. 49, 42 Nfld. & P.E.I.R. 30, 122 A.P.R. 30, allowing the Crown's appeal by way of stated case from the accused's acquittal on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

*Wayne G. Dymond*, for the appellant.

*Thomas Eagan*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal raises the same issue as that considered by this Court in *R. v. Therens*,

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Wilmour S. Trask** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 17747.

1984: 21 juin; 1985: 23 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse — L'accusé était-il détenu? — La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 — Code criminel, art. 235(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Redressement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.*

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; arrêt mentionné: *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10, 24. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235(1) [abr. & rempl. par 1974-75-76, chap. 93, art. 16].

<sup>g</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1983), 6 C.C.C. (3d) 132, 150 D.L.R. (3d) 161, 21 M.V.R. 49, 42 Nfld. & P.E.I.R. 30, 122 A.P.R. 30, qui a accueilli l'appel de Sa Majesté formé par voie d'exposé de cause contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

<sup>i</sup> *Wayne G. Dymond*, pour l'appellant.

*Thomas Eagan*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

<sup>j</sup> LA COUR—Ce pourvoi soulève la même question que celle examinée par cette Cour dans l'af-

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

[1985] 1 S.C.R. 613, which was heard at the same time: whether a person upon whom a demand is made pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* to accompany a police officer to a police station and to submit to a breathalyzer test is detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore entitled to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay. It also raises questions as to the available relief under s. 24 of the *Charter* if there has been an infringement or a denial of the right to counsel.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Newfoundland Court of Appeal on May 12, 1983, 6 C.C.C. (3d) 132, 150 D.L.R. (3d) 161, 21 M.V.R. 49, 42 Nfld. & P.E.I.R. 30, 122 A.P.R. 30, allowing an appeal by way of stated case from the acquittal of the appellant by Provincial Court Judge O.M. Kennedy of the charge that the appellant

... on the 6th day of May, A.D. 1982 at or near the Town of Gander, in the Province of Newfoundland, did unlawfully drive a motor vehicle, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood contrary to section 236(1) of the *Criminal Code* of Canada.

On May 6, 1982 the appellant complied with a demand to accompany a constable to the RCMP detachment in Gander, Newfoundland, and to submit to a breathalyzer test, pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code*. The appellant was not informed of his right to retain and instruct counsel without delay.

At his trial the appellant applied, pursuant to s. 24 of the *Charter*, for the dismissal of the charge, and alternatively for the exclusion of the certificate of analysis of the breathalyzer test, on the ground that his right to counsel under s. 10 of the *Charter* had been infringed or denied. The trial judge held that the appellant had been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that there had therefore been an infringement or denial of his right to counsel. He dismissed the charge as the appropriate relief under s. 24 of the

faire *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, qui a été entendue en même temps: une personne qui, en vertu du par. 235(1) du *Code criminel*, a été sommée de suivre un policier au poste de police pour y subir un alcootest, est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a-t-elle, par conséquent, le droit d'être informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il soulève également des questions quant au redressement qui peut être accordé, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, s'il y a eu violation ou négation du droit à l'assistance d'un avocat.

Ce pourvoi est formé, avec l'autorisation de cette Cour, contre un arrêt rendu le 12 mai 1983 par la Cour d'appel de Terre-Neuve, 6 C.C.C. (3d) 132, 150 D.L.R. (3d) 161, 21 M.V.R. 49, 42 Nfld. & P.E.I.R. 30, 122 A.P.R. 30, qui a accueilli un appel formé par voie d'exposé de cause contre l'acquittal de l'appelant prononcé par le juge O.M. Kennedy de la Cour provinciale relativement à l'accusation

[TRADUCTION] ... d'avoir, le 6 mai 1982, à Gander ou près de cette municipalité à Terre-Neuve, conduit un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement au paragraphe 236(1) du *Code criminel* du Canada.

Le 6 mai 1982, l'appelant a obtempéré à la sommation qui lui était faite de suivre un policier jusqu'au poste de la GRC à Gander (Terre-Neuve) pour y subir un alcootest, conformément au par. 235(1) du *Code criminel*. On n'a pas informé l'appelant de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

À son procès, l'appelant a demandé, conformément à l'art. 24 de la *Charte*, le rejet de l'accusation et, subsidiairement, l'exclusion du certificat d'analyse de l'alcootest pour le motif que l'on a porté atteinte au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'art. 10 de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que l'appelant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et que, par conséquent, il y a eu violation ou négation de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a rejeté l'accusation, ce qui, selon lui, constituait le redressement qu'il conve-



*Charter*. The trial judge expressed the opinion that the certificate of analysis could be excluded pursuant to either s. 24(1) or s. 24(2), but he did not dispose of the application on this basis.

In allowing the appeal and setting aside the acquittal, the Court of Appeal, relying on the judgment of this Court in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, held that the appellant had not been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that there had therefore not been an infringement or a denial of the right to counsel. The Court did not express an opinion as to whether, if there had been an infringement or a denial of the right to counsel, the charge could be dismissed pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It did, however, express the view that in any event the admission of the evidence provided by the breathalyzer test would not bring the administration of justice into disrepute so as to call for its exclusion pursuant to s. 24(2).

For the reasons given in the judgment of this Court in *R. v. Therens*, *supra*, we hold that as a result of the s. 235(1) demand the appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that he was therefore denied the right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay. We do not find it necessary in this case to decide whether, in such circumstances, the dismissal of the charge is an available and appropriate remedy under s. 24 of the *Charter*. We are of the opinion, for the reasons given in *R. v. Therens*, that the evidence of the breathalyzer test must be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because its admission in all circumstances of the case would bring the administration of justice into disrepute. We are further of the view that the remaining evidence in the record is clearly insufficient to establish the guilt of the appellant beyond a reasonable doubt and that for this reason the charge should be dismissed.

nait d'accorder selon l'art. 24 de la *Charte*. Le juge du procès a exprimé l'avis que le certificat d'analyse pouvait être écarté conformément à l'un ou l'autre des par. 24(1) ou 24(2), mais ce n'est pas ce sur quoi il s'est fondé pour statuer sur la requête.

En accueillant l'appel et en annulant l'acquittal, la Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt de cette Cour *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, pour conclure que l'appellant n'a pas été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et que, par conséquent, il n'y a pas eu de violation ou de négation de son droit à l'assistance d'un avocat. La cour n'a exprimé aucune opinion sur la question de savoir si, en cas de violation ou de négation du droit à l'assistance d'un avocat, l'accusation aurait pu être rejetée conformément au par. 24(1) de la *Charte*. Cependant, elle a exprimé l'avis que, de toute façon, l'utilisation des éléments de preuve obtenus au moyen de l'alcootest n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice de manière à exiger leur exclusion conformément au par. 24(2).

Pour les motifs donnés dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, précité, nous concluons que, par suite de la sommation qui lui a été faite conformément au par. 235(1), l'appellant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'on lui a donc refusé le droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Nous ne jugeons pas nécessaire en l'espèce de décider si, dans ces circonstances, le rejet de l'accusation constitue un redressement qu'il convient d'accorder en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Pour les raisons exposées dans l'arrêt *R. c. Therens*, nous sommes d'avis que les éléments de preuve obtenus au moyen de l'alcootest doivent être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*, parce que, d'après toutes les circonstances de l'affaire, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Nous estimons de plus que le reste des éléments de preuve contenus dans le dossier est nettement insuffisant pour établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'appellant et que, pour cette raison, l'accusation doit être rejetée.

The appeal will be allowed, the judgment of the Court of Appeal will be set aside and the appellant's acquittal will be restored.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Mills, Dymond & Hussey, Clarenville.*

*Solicitor for the respondent: Thomas Eagan, Gander.*

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'acquittement de l'appelant est rétabli.

*a Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Mills, Dymond & Hussey, Clarenville.*

*Procureur de l'intimée: Thomas Eagan, Gander.*

**Dieter Rahn** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No: 18376.

1984: June 21; 1985: May 23.

Present: Dickson C.J. and Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Accused requested to accompany police officer for purpose of providing breath samples for analysis — Whether accused detained — Whether police required to inform accused of right to counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 — Criminal Code, s. 235(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Right to counsel infringed — Impaired driving — Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.*

#### Cases Cited

*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, followed; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10, 24. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 235(1) [rep. & subs. by 1974-75-76, c. 93, s. 16].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 152, 7 D.L.R. (4th) 438, 38 C.R. (3d) 1, 50 A.R. 43, 29 Alta. L.R. (2d) 289, [1984] 2 W.W.R. 577, dismissing appellant's appeal by way of stated case from his conviction on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed and new trial ordered.

*Gordon H. Freund*, for the appellant.

*Jack Watson*, for the respondent.

\* Ritchie J. took no part in the judgment.

**Dieter Rahn** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 18376.

1984: 21 juin; 1985: 23 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie\*, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse — L'accusé était-il détenu? — La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 — Code criminel, art. 235(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Redressement — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.*

#### Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; arrêt mentionné: *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10, 24. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 235(1) [abr. & rempl. par 1974-75-76, chap. 93, art. 16].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 11 C.C.C. (3d) 152, 7 D.L.R. (4th) 438, 38 C.R. (3d) 1, 50 A.R. 43, 29 Alta. L.R. (2d) 289, [1984] 2 W.W.R. 577, qui a rejeté l'appel de l'appellant formé par voie d'exposé de cause contre sa déclaration de culpabilité relative-ment à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Gordon H. Freund*, pour l'appellant.

*Jack Watson*, pour l'intimée.

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

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal raises the same issues as those considered by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, which was heard at the same time: (1) whether a person upon whom a demand is made pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code* to accompany a police officer to a police station and to submit to a breathalyzer test is detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore entitled to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay; and (2) if there has been an infringement or a denial of the right to counsel, whether the evidence provided by the breathalyzer test should be excluded pursuant to s. 24 of the *Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Alberta Court of Appeal on January 9, 1984, 11 C.C.C. (3d) 152, 7 D.L.R. (4th) 438, 38 C.R. (3d) 1, 50 A.R. 43, 29 Alta L.R. (2d) 289, [1984] 2 W.W.R. 577, dismissing an appeal by way of stated case against the appellant's conviction by Provincial Court Judge J.E. Enright on the charge that he

on or about the 31st day of July, A.D. 1982, at or near Spruce Grove, in the Province of Alberta, did unlawfully have care or control of a motor vehicle, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to section 236 of the *Criminal Code*.

On July 31, 1982 at 5:05 a.m. on Highway 60, south of the Enoch Indian Village, a demand was made upon the appellant by a constable to provide a sample of breath pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code*. The appellant was driven to the Stoney Plain detachment of the RCMP, where he provided breath samples at 5:27 a.m. and 5:47 a.m. He was not informed of his right to retain and instruct counsel without delay.

At his trial the appellant applied, pursuant to s. 24 of the *Charter*, for the exclusion of the evidence provided by the breathalyzer test on the ground that he had been denied the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. In refusing to exclude the evidence, the provincial court judge

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Ce pourvoi soulève les mêmes questions que celles examinées par cette Cour dans l'affaire *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, qui a été entendue en même temps: (1) Une personne qui, en vertu du par. 235(1) du *Code criminel*, a été sommée de suivre un policier au poste de police pour y subir un alcootest, est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a-t-elle, par conséquent, le droit d'être informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat? et (2) En cas de violation ou de négation de ce droit à l'assistance d'un avocat, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest doit-elle être écartée conformément à l'art. 24 de la *Charte*?

Ce pourvoi est formé, avec l'autorisation de cette Cour, contre un arrêt rendu le 9 janvier 1984 par la Cour d'appel de l'Alberta 11 C.C.C. (3d) 152, 7 D.L.R. (4th) 438, 38 C.R. (3d) 1, 50 A.R. 43, 29 Alta. L.R. (2d) 289, [1984] 2 W.W.R. 577, qui a rejeté un appel formé par voie d'exposé de cause contre la déclaration de culpabilité de l'appelant que le juge J.E. Enright de la Cour provinciale avait prononcée relativement à l'accusation

[TRADUCTION] d'avoir, le 31 juillet 1982 ou vers cette date, à Spruce Grove ou près de cette municipalité en Alberta, eu la garde d'un véhicule à moteur à l'arrêt alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'article 236 du *Code criminel*.

Le 31 juillet 1982, à 5 h 05, sur la route 60, au sud du village indien Enoch, l'appelant a été sommé par un policier de fournir un échantillon d'haleine, conformément au par. 235(1) du *Code criminel*. L'appelant a été conduit au poste de la GRC à Stoney Plain, où il a fourni des échantillons d'haleine à 5 h 27 et à 5 h 47. On ne l'a pas informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Lors de son procès, l'appelant a demandé, conformément à l'art. 24 de la *Charte*, que les éléments de preuve obtenus au moyen de l'alcootest soient écartés pour le motif qu'on lui a refusé le droit à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10(b) de la *Charte*. En refusant d'écarter ces élé-

held, applying the decision of this Court in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, that the appellant had not been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and was, therefore, not entitled to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay. The provincial court judge further held that in any event the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2) of the *Charter*. In its unanimous judgment dismissing the appeal, the Alberta Court of Appeal also relied on the decision in *Chromiak* in concluding that the appellant had not been detained.

For the reasons given in the judgment of this Court in *R. v. Therens*, *supra*, we hold that as a result of the s. 235(1) demand the appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter*; that he was denied the right to be informed of the right to retain and instruct counsel without delay; and that the evidence of the breathalyzer test must be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because its admission would in all the circumstances of the case bring the administration of justice into disrepute.

The appeal will be allowed, the judgments of the Alberta Court of Appeal and Provincial Court Judge Enright will be set aside, and a new trial will be ordered, with the exclusion of the evidence provided by the breathalyzer test.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitors for the appellant: Macdonald & Freund, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: D. G. Rae, Edmonton.*

ments de preuve, le juge de la Cour provinciale a appliqué l'arrêt de cette Cour *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, pour conclure que l'appelant n'a pas été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'il n'avait donc pas le droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le juge de la Cour provinciale a en outre conclu que, de toute façon, l'utilisation de ces éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, au sens du par. 24(2) de la *Charte*. Dans son arrêt unanime où elle a rejeté l'appel, la Cour d'appel de l'Alberta s'est également fondée sur l'arrêt *Chromiak* pour conclure que l'appelant n'a pas été détenu.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, précité, nous concluons que, par suite de la sommation qui lui a été faite conformément au par. 235(1), l'appelant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte*, qu'on lui a refusé le droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et que les éléments de preuve obtenus au moyen de l'alcootest doivent être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte* parce que, d'après toutes les circonstances de l'affaire, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et le jugement du juge Enright de la Cour provinciale sont infirmés et un nouveau procès est ordonné, les éléments de preuve obtenus au moyen de l'alcootest étant exclus.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureurs de l'appelant: Macdonald & Freund, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: D. G. Rae, Edmonton.*

**Canadian Dredge & Dock Company, Limited, Marine Industries Limited, The J.P. Porter Company Limited, and Richelieu Dredging Corporation Inc. Appellants;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

File Nos.: 16422, 16425, 16435.

1983: May 24, 25, 26; 1985: May 23.

Present: Laskin C.J. \* and Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Corporate liability — Conspiracy to defraud — Whether or not liability arises where directing mind acting (1) in fraud of corporation, or (2) for his own benefit, or (3) contrary to instructions not to act illegally — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338(1), 423(1)(d).*

Four corporate appellants appealed their convictions under ss. 338(1) and 423(1)(d) of the *Criminal Code*. The several counts in the indictment related to contracts between certain public authorities and the accused where the bids were alleged to have been tendered on a collusive basis, with the low bidders including in their costs compensation to be paid to the "high bidders" or "non-bidders". Each company had a manager who conducted the business of the company relating to the submission of bids for tender. Corporate criminal liability was denied by the appellants, notwithstanding the position of these managers because these managers allegedly (1) were acting in fraud of the appellant-employers, (2) were acting throughout for their own benefit, or (3) were acting contrary to instructions and hence outside of the scope of their employment with the appellants. Several companies also challenged the existence of any theory of corporate criminal liability for *mens rea* offences.

*Held:* The appeals should be dismissed.

Appellants are criminally liable in the circumstances by operation of the identification theory. The underlying premise of this theory is that the identity of the directing

\* Laskin C.J. and Ritchie J. took no part in the judgment.

**Canadian Dredge & Dock Company, Limited, Marine Industries Limited, The J.P. Porter Company Limited et Richelieu Dredging Corporation Inc. Appelantes;**

<sup>a</sup>

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

N<sup>os</sup> du greffe: 16422, 16425, 16435.

<sup>b</sup>

1983: 24, 25, 26 mai; 1985: 23 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin \* et les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>c</sup>

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

<sup>d</sup>

*Droit criminel — Responsabilité des compagnies — Complot en vue de frauder — La responsabilité d'une compagnie est-elle engagée lorsque son âme dirigeante agit (1) frauduleusement envers elle, ou (2) pour son propre avantage, ou (3) contrairement à des instructions de ne pas agir illégalement? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1), 423(1)(d).*

<sup>e</sup>

Il s'agit de pourvois formés par quatre compagnies reconnues coupables d'infractions au par. 338(1) et à l'al. 423(1)(d) du *Code criminel*. Les différents chefs énoncés dans l'acte d'accusation se rapportent à des contrats intervenus entre certaines autorités publiques et les accusées par suite de soumissions à l'égard desquelles il y aurait eu collusion, les futurs adjudicataires incluant dans leurs frais des indemnités à verser aux autres «soumissionnaires» ou à des «non-soumissionnaires». Chacune des compagnies en cause avait un directeur responsable des soumissions. Malgré la situation personnelle de ces directeurs, les appelantes prétendent qu'elles ne sont pas responsables en droit criminel parce que lesdits directeurs auraient agi (1) frauduleusement envers elles, (2) pour leur propre avantage, ou (3) contrairement aux instructions qu'ils avaient reçues, de sorte qu'ils ont dépassé le cadre de leurs fonctions au sein des appelantes. De plus, certaines de ces dernières ont contesté l'existence d'une théorie de la responsabilité criminelle des personnes morales lorsqu'il s'agit d'une infraction qui exige la *mens rea*.

<sup>i</sup>

*Arrêt:* Les pourvois sont rejetés.

En l'espèce, l'application de la théorie de l'identification permet de conclure à la responsabilité criminelle des appelantes. Cette théorie repose sur l'identité de l'âme

\* Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie n'ont pas pris part au jugement.

mind and the identity of the company coincide; the actor-employee who physically committed the offence is the *ego* of the corporation. Therefore, even in *mens rea* offences, if the court finds the officer or managerial level employee to be a vital organ of the company and virtually its directing mind in the sphere of duty assigned him so that his actions and intent are the action and intent of the company itself, the company can be held criminally liable. The wrongful action of the primary representative, by attribution to the corporation, creates primary rather than vicarious liability. The identity doctrine merges the board of directors, the managing director, the superintendent, the manager or anyone else to whom was delegated the governing executive authority of the corporation, and the conduct of any of the merged entities is thereby attributed to the corporation. A corporation may, by this means, have more than one directing mind.

The directing mind, as a prerequisite to the theory's operation, must act within the scope of his authority, that is, his actions must be performed within the sector of the corporate operation assigned to him. The sector may be functional, or geographic, or may embrace the entire undertaking of the corporation. Terminological problems arise from the use of the phrase "scope of employment".

It is no defence to the application of the identification doctrine that a criminal act by a corporate employee cannot be within the scope of his authority unless expressly ordered to do the act in question. Such a condition would reduce the rule to virtually nothing. Liability can arise whether or not there be formal delegation, awareness of the board or directors, or express prohibition.

A corporation in reality has these elements: the legal entity, the personal shareholder, and the employee. By reason of the identification theory, the criminal penalty will extend, directly or indirectly, to all three which is quite unlike the situation of a natural proprietor where only two of these elements are present. Imposition of criminal liability is tolerable for a community where reality dictates corporate criminal accountability in certain circumstances.

Each company had a directing mind and the fact that he may have defrauded the corporate employer, acted in part for his own benefit, or acted in breach of instructions did not remove the company's criminal liability in the circumstances.

dirigeante et de la compagnie en question; en effet, l'employé qui a commis l'infraction est l'incarnation de la compagnie qui est son employeur. Par conséquent, même dans le cas d'infractions qui exigent la *mens rea*, si la cour conclut que l'administrateur ou le cadre est un organe vital de la compagnie et qu'il en est en réalité l'âme dirigeante dans l'exercice de ses attributions, de sorte que ses actes et ses intentions deviennent ceux de la compagnie elle-même, celle-ci peut être déclarée responsable en droit criminel. L'imputation à la compagnie de l'acte illégal de son représentant principal crée une responsabilité directe plutôt qu'une responsabilité du fait d'autrui. La doctrine de l'identité réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et toute autre personne à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors attribuée à la compagnie. Une compagnie peut, de cette façon, avoir plus d'une âme dirigeante.

Pour que la théorie puisse s'appliquer, il faut que l'âme dirigeante agisse dans le cadre de ses pouvoirs, c'est-à-dire que ses actes doivent relever du secteur d'activités de la compagnie qui lui est attribué. Le secteur peut être fonctionnel, géographique ou peut englober toutes les activités de la compagnie. L'utilisation de l'expression «cadre de l'emploi» soulève des difficultés terminologiques.

On ne peut opposer à l'application de la doctrine de l'identification qu'un acte criminel d'un employé de la compagnie ne peut relever du cadre de son autorité à moins qu'on ne lui ait expressément ordonné de commettre l'acte en question. Pareille condition rendrait la règle quasiment inutile. La responsabilité peut exister avec ou sans délégation formelle, connaissance du conseil d'administration ou interdiction expresse.

Une compagnie comprend en réalité les éléments suivants: l'entité juridique, la personne actionnaire et l'employé. Du fait de la théorie de l'identification, la sanction criminelle les frappera directement ou indirectement tous les trois, ce qui est très différent de la situation du propriétaire naturel pour qui seulement deux de ces éléments existent. L'imposition de la responsabilité criminelle est acceptable au sein d'une communauté où la réalité impose que les compagnies soient tenues de répondre d'actes criminels dans certaines circonstances.

Chacune des compagnies en cause avait une âme dirigeante et ce n'est pas parce que celle-ci a pu agir frauduleusement envers la compagnie qui était son employeur, pour son propre avantage ou contrairement aux instructions qu'elle a reçues, que ladite société échappe à toute responsabilité criminelle dans les circonstances.

The presence of general or specific instructions prohibiting the conduct in question was irrelevant in determining the parameters of the identification theory. Since the corporation and the directing mind became one, the prohibition directed by the corporation to others is of no effect in law on the determination of criminal liability of either the directing mind or the corporation itself by reason of the actions of the directing mind.

The outer limit of the delegation doctrine is, however, reached and exceeded when the directing mind ceases completely to act, in fact or in substance, in the interests of the corporation. The identification theory ceases to operate when the directing mind intentionally defrauds the corporation and when his wrongful actions form the substantial part of the regular activities of his office. In such a case, where his entire energies are directed to the destruction of the undertaking of the corporation, the manager cannot realistically be considered to be the directing mind of the corporation. The same reasoning can be applied to the concept of benefits. Unlike fraud, however, a benefit can be in whole or in part. Benefit, in the sense that the directing mind intended that the corporation should not benefit from any of its activities in the undertaking, is in reality quite different from benefit to the directing mind in single transactions or in a minor part of the activities of the directing mind.

Where the criminal act is totally in fraud of the corporate employer and where the act is intended to and does result in benefit exclusively to the employee-manager, the employee-directing mind, from the outset of the design and execution of the criminal plan, ceases to be a directing mind of the corporation and consequently his acts cannot be attributed to the corporation under the identification doctrine. Thus, the identification doctrine only operates where the Crown demonstrates that the action taken by the directing mind (a) was within the field of operation assigned to him; (b) was not totally in fraud of the corporation; and (c) was by design or result partly for the benefit of the company.

The factual basis for these "defences" to corporate criminal liability was not present here. The impugned activities formed a "share the wealth" project for the benefit of all concerned except the public authorities who awarded the contracts. In their activities the directing minds were acting partly for the benefit of the employing appellant and partly for their own benefit.

Le fait qu'il y a eu des instructions générales ou précises interdisant la conduite en question n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de fixer la portée de la théorie de l'identification. Puisque la compagnie et son âme dirigeante sont devenues une seule entité, l'interdiction que la société a pu adresser à d'autres personnes n'a, en droit, aucun effet sur la détermination de la responsabilité criminelle soit de son âme dirigeante soit de la compagnie elle-même en raison des actes de son âme dirigeante.

Les limites de l'applicabilité de la doctrine de la délégation sont cependant atteintes et dépassées lorsque l'âme dirigeante cesse complètement d'agir, en fait ou pour l'essentiel, dans l'intérêt de la compagnie. La théorie de l'identification ne s'applique plus lorsqu'une âme dirigeante commet intentionnellement une fraude au détriment de la compagnie et que ses actes illégaux constituent une partie importante des fonctions normales de son poste. En pareil cas, si tous les efforts du directeur visent à détruire l'entreprise de la compagnie, il est alors irréaliste de conclure qu'il agit en sa qualité d'âme dirigeante de la compagnie en question. Le raisonnement est le même pour le concept de l'avantage. Toutefois, un avantage diffère d'une fraude parce qu'il peut être partiel. Le cas où l'âme dirigeante vise à priver la compagnie d'un avantage relié à l'exploitation de son entreprise commerciale est en réalité bien différent de celui où l'âme dirigeante obtient un avantage par suite d'opérations isolées ou dans l'exercice de ses fonctions secondaires.

Lorsque l'acte criminel est complètement frauduleux envers la compagnie employeur, que cet acte était censé profiter exclusivement au directeur employé qui l'a commis et que tel a été le résultat, l'employé, âme dirigeante, dès la conception et l'exécution de son plan criminel, cesse d'être l'âme dirigeante de la compagnie. Par conséquent, ses actes ne peuvent être imputés à la compagnie en vertu de la doctrine de l'identification. Ainsi la doctrine de l'identification ne joue que lorsque le ministère public établit que l'acte de l'âme dirigeante a) entraine dans le domaine d'attribution de ses fonctions; b) n'était pas complètement frauduleux envers la compagnie; et c) avait en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la compagnie.

Dans la présente instance, il n'existe pas de faits qui permettraient aux compagnies d'opposer ces « défenses » à la responsabilité criminelle. Les activités en cause ont profité à tous les intéressés à la seule exception des autorités publiques qui ont adjugé les contrats. Les âmes dirigeantes agissaient donc en partie pour l'avantage de leurs employeurs respectifs (les appelantes en l'espèce) et en partie pour leur propre avantage.



Although the directing minds of all four appellants practised and benefited from specific instances of fraud, they did not act wholly for their own benefit or wholly in fraud of their employer in the sense that the scheme was designed to deprive the appellants from all benefit. There was no evidence in the record of any plan amongst the directing minds or of a plan held by a single directing mind which involved the destruction of the undertaking of the appellant corporations or the undermining of their fiscal health. The conspiratorial directing minds, to the contrary, aimed to ensure their corporate employers an enhanced level of profits and in the process bettered themselves.

#### Cases Cited

*Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, [1972] A.C. 153; *Nordik Industries Ltd. v. Regional Controller of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 194; *Moore v. I. Bresler, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 515; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37, considered; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Great West Laundry Co.* (1900), 3 C.C.C. 514; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, [1944] K.B. 146; *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, [1944] K.B. 551; *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409; *R. v. Ash-Temple Co.* (1949), 93 C.C.C. 267; *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*, [1961] O.R. 265; *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] Que. Q.B. 666; *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, [1966] 2 O.R. 867; *R. v. St. Lawrence Corp.*, [1969] 2 O.R. 305; *R. v. Spot Supermarket Inc.* (1979), 50 C.C.C. (2d) 239; *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Martin*, [1932] 3 W.W.R. 1; *R. v. McDonnell*, [1966] 1 All E.R. 193; *R. v. Fell* (1981), 64 C.C.C. (2d) 456; *New York Central and Hudson River Railway Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909); *Egan v. United States*, 137 F.2d 369 (1943); *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (1983); *The People v. Canadian Fur Trappers Corp.*, 248 N.Y. 159 (1928); *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, 483 P.2d 687 (1971); *State of Louisiana v. Chapman Dodge Center Inc.*, 428 S.2d 413 (1983); *Commonwealth of Massachusetts v. Beneficial Finance Co.*, 275 N.E.2d 33 (1971); *R. v. Australian Films Ltd.* (1921), 29 C.L.R. 195; *Moussell Brothers, Ltd. v. London and North-Western Railway Co.*, [1917] 2 K.B. 836; *Morgan v. Babcock and Wilcox Ltd.* (1929), 43 C.L.R. 163; *Australian Stevedoring Industry Authority v. Oversea and General Stevedoring Co.* (1959), 1 F.L.R. 298; *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, [1964] Qd.R. 98; *Lamb v. Toledo-Berkel Pty. Ltd.*, [1969] V.R. 343; *Kehoe v. Dacol Motors Pty. Ltd.*, [1972] Qd.R. 59; *Universal Telecast-*

Les âmes dirigeantes de chacune des quatre appelants ont bénéficié des actes de fraude qu'elles ont commis, mais elles n'ont pas agi exclusivement pour leur propre avantage ni de façon entièrement frauduleuse envers leurs employeurs en ce sens que leur plan visait à priver ces derniers de tout avantage. Aucune preuve au dossier n'indique de plans des âmes dirigeantes ou un plan d'une seule d'entre elles qui vise à détruire l'entreprise des compagnies appelantes ou à leur nuire sur le plan fiscal. Au contraire, les âmes dirigeantes conspiratrices avaient pour but d'assurer à leurs employeurs des profits plus élevés et, ce faisant, d'améliorer leur propre situation.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, [1972] A.C. 153; *Nordik Industries Ltd. v. Regional Controller of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 194; *Moore v. I. Bresler, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 515; *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37; arrêts mentionnés: *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. v. Great West Laundry Co.* (1900), 3 C.C.C. 514; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, [1944] K.B. 146; *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, [1944] K.B. 551; *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409; *R. v. Ash-Temple Co.* (1949), 93 C.C.C. 267; *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*, [1961] O.R. 265; *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666; *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, [1966] 2 O.R. 867; *R. v. St. Lawrence Corp.*, [1969] 2 O.R. 305; *R. v. Spot Supermarket Inc.* (1979), 50 C.C.C. (2d) 239; *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185; *R. v. Martin*, [1932] 3 W.W.R. 1; *R. v. McDonnell*, [1966] 1 All E.R. 193; *R. v. Fell* (1981), 64 C.C.C. (2d) 456; *New York Central and Hudson River Railway Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909); *Egan v. United States*, 137 F.2d 369 (1943); *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (1983); *The People v. Canadian Fur Trappers Corp.*, 248 N.Y. 159 (1928); *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, 483 P.2d 687 (1971); *State of Louisiana v. Chapman Dodge Center Inc.*, 428 S.2d 413 (1983); *Commonwealth of Massachusetts v. Beneficial Finance Co.*, 275 N.E.2d 33 (1971); *R. v. Australian Films Ltd.* (1921), 29 C.L.R. 195; *Moussell Brothers, Ltd. v. London and North-Western Railway Co.*, [1917] 2 K.B. 836; *Morgan v. Babcock and Wilcox Ltd.* (1929), 43 C.L.R. 163; *Australian Stevedoring Industry Authority v. Oversea and General Stevedoring Co.* (1959), 1 F.L.R. 298; *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, [1964] Qd.R. 98; *Lamb v. Toledo-Berkel Pty. Ltd.*, [1969] V.R. 343; *Kehoe v. Dacol Motors Pty. Ltd.*,

*ers (QLD) Ltd. v. Guthrie* (1978), 32 F.L.R. 361; *Trade Practices Commission v. Annand and Thompson Pty. Ltd.* (1978), 19 A.L.R. 730; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (1972); *Upholsterers International Union of North America, Local 1 v. Hankin & Struck Furniture Ltd.* (1964), 49 W.W.R. 33; *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.*, [1974] 4 W.W.R. 516; *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905 (1945); *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (1949); *Standard Oil Co. of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (1962); *United States v. Carter*, 311 F.2d 934 (1963); *United States v. Ridglea State Bank*, 357 F.2d 495 (1966); *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (1979); *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1982); *United States v. Richmond*, 700 F.2d 1183 (1983), referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338(1), 423(1)(d), 647.  
*Criminal Code Amendment Act, 1909*, 1909 (Can.), c. 9, s. 2.  
*Maine Criminal Code*, 9 Maine Rev.Stats.Anno., Title 17-A, § 60.

#### Authors Cited

Andrews, John. "Reform in the Law of Corporate Liability," [1973] *Crim. L.R.* 91, 91-97.  
*Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 41st ed., Stephen Mitchell, P.G. Richardson and J.H. Buzzard, eds., London, Sweet & Maxwell, 1982.  
*Australian Commentary on Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. D, Sydney, Butterworths, 1976.  
 Burns, Peter. "A Feature of Corporate Criminal Liability or Why the Brains of a Corporation Are Not Necessarily Its 'Intimate Friends'" (1977-78), 2 *Can. Bus. L.J.* 474, 474-476.  
 Caroline, M.W. "Corporate Criminality and the Courts: Where are They Going?" (1985), 27 *C.L.Q.* 237, 237-254.  
 Clad, J.C. "The Criminal Liability of Companies," [1977] *N.Z.L.J.* 420, 420-424.  
 Ewaschuk, E.G. "Corporate Criminal Liability and Related Matters" (1975), 29 *C.R.N.S.* 44, 44-78.  
 Fien, C.M. "Corporate Responsibility Under Criminal Law" (1973), 5 *Man. L.J.* 421, 421-439.  
 Fisse, W.B. "The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability" (1967), 41 *A.L.J.* 203, 203-210.  
 Ford, H.A.J. *Principles of Company Law*, 3rd ed., Sydney, Butterworths, 1982.  
*Halsbury's Laws of England*, vols. 8 and 9, 1st ed., London, Butterworths, 1909.  
*Halsbury's Laws of England*, vols. 8 and 9, 2nd ed., London, Butterworths, 1933.

[1972] Qd.R. 59; *Universal Telecasters (QLD) Ltd. v. Guthrie* (1978), 32 F.L.R. 361; *Trade Practices Commission v. Annand and Thompson Pty. Ltd.* (1978), 19 A.L.R. 730; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (1972); *Upholsterers International Union of North America, Local 1 v. Hankin & Struck Furniture Ltd.* (1964), 49 W.W.R. 33; *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.*, [1974] 4 W.W.R. 516; *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905 (1945); *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (1949); *Standard Oil Co. of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (1962); *United States v. Carter*, 311 F.2d 934 (1963); *United States v. Ridglea State Bank*, 357 F.2d 495 (1966); *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (1979); *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1982); *United States v. Richmond*, 700 F.2d 1183 (1983).

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1), 423(1)d), 647.  
*Loi de 1909 modifiant le Code criminel*, 1909 (Can.), chap. 9, art. 2.  
*Maine Criminal Code*, 9 Maine Rev.Stats.Anno., Title 17-A, § 60.

#### Doctrine citée

Andrews, John. «Reform in the Law of Corporate Liability», [1973] *Crim. L.R.* 91, 91-97.  
*Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 41st ed., Stephen Mitchell, P.G. Richardson and J.H. Buzzard, eds., London, Sweet & Maxwell, 1982.  
*Australian Commentary on Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. D, Sydney, Butterworths, 1976.  
 Burns, Peter. «A Feature of Corporate Criminal Liability or Why the Brains of a Corporation Are Not Necessarily Its 'Intimate Friends'» (1977-78), 2 *Can. Bus. L.J.* 474, 474-476.  
 Caroline, M.W. «Corporate Criminality and the Courts: Where are They Going?» (1985), 27 *C.L.Q.* 237, 237-254.  
 Clad, J.C. «The Criminal Liability of Companies», [1977] *N.Z.L.J.* 420, 420-424.  
 Ewaschuk, E.G. «Corporate Criminal Liability and Related Matters» (1975), 29 *C.R.N.S.* 44, 44-78.  
 Fien, C.M. «Corporate Responsibility Under Criminal Law» (1973), 5 *Man. L.J.* 421, 421-439.  
 Fisse, W.B. «The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability» (1967), 41 *A.L.J.* 203, 203-210.  
 Ford, H.A.J. *Principles of Company Law*, 3rd ed., Sydney, Butterworths, 1982.  
*Halsbury's Laws of England*, vols. 8 and 9, 1st ed., London, Butterworths., 1909.

- Halsbury's Laws of England*, vols. 9 and 10, 3rd ed., London, Butterworths, 1954.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 9, 4th ed., London, Butterworths, 1974.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 14, 4th ed., London, Butterworths, 1975.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 4th ed., Sydney, Law Book Co., 1982.
- Leigh, L.H. "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups" (1971), 9 *U. Ott. L.R.* 247, 247-302.
- Muir, I.A. "Tesco Supermarkets Corporate Liability and Fault" (1973), 5 *N.Z.V.L.R.* 357, 357-372.
- Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1959.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
- Waddams, S.M. "Alter Ego and the Criminal Liability of Corporations" (1966), 24 *U.T. Fac. L.R.* 145, 145-153.
- Welsh, R.S. "The Criminal Liability of Corporations" (1946), 62 *L.Q.R.* 345, 345-365.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1978.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons, 1983.
- Winn, C.R.N. "The Criminal Responsibility of Corporations" (1929), 3 *Camb. L.J.* 398, 398-415.
- Yarosky, Harvey. "The Criminal Liability of Corporations" (1964), 10 *McGill L.J.* 142, 142-157.
- Halsbury's Laws of England*, vols. 8 and 9, 2nd ed., London, Butterworths, 1933.
- Halsbury's Laws of England*, vols. 9 and 10, 3rd ed., London, Butterworths, 1954.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 9, 4th ed., London, Butterworths, 1974.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 14, 4th ed., London, Butterworths, 1975.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 4th ed., Sydney, Law Book Co., 1982.
- Leigh, L.H. «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups» (1971), 9 *U. Ott. L.R.* 247, 247-302.
- Muir, I.A. "Tesco Supermarkets Corporate Liability and Fault" (1973), 5 *N.Z.V.L.R.* 357, 357-372.
- Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1959.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
- Waddams, S.M. «Alter Ego and the Criminal Liability of Corporations» (1966), 24 *U.T. Fac. L.R.* 145, 145-153.
- Welsh, R.S. «The Criminal Liability of Corporations» (1946), 62 *L.Q.R.* 345, 345-365.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1978.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons, 1983.
- Winn, C.R.N. «The Criminal Responsibility of Corporations» (1929), 3 *Camb. L.J.* 398, 398-415.
- Yarosky, Harvey. «The Criminal Liability of Corporations» (1964), 10 *McGill L.J.* 142, 142-157.

APPEALS from judgments of the Ontario Court of Appeal, *sub nom. R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, dismissing appeals from convictions. Appeals dismissed.

*Douglas Laidlaw, Q.C.*, and *Roy Stephenson*, for appellant Canadian Dredge & Dock Company, Limited.

*John Sopinka, Q.C.*, and *James Woods*, for appellant Marine Industries Limited.

*Marcel Piché, Q.C.*, and *J. O'Reilly*, for appellants The J.P. Porter Company Limited and Richelieu Dredging Corporation Inc.

*Edward Then, Q.C.*, and *John C. Pearson*, for the respondent.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario, *sub nom. R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, qui a rejeté des appels formés contre des déclarations de culpabilité. Pourvois rejetés.

*Douglas Laidlaw, c.r.*, et *Roy Stephenson*, pour l'appelante Canadian Dredge & Dock Company, Limited.

*John Sopinka, c.r.*, et *James Woods*, pour l'appelante Marine Industries Limited.

*Marcel Piché, c.r.*, et *J. O'Reilly*, pour les appelantes The J.P. Porter Company Limited et Richelieu Dredging Corporation Inc.

*Edward Then, c.r.*, et *John C. Pearson*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The complex of convictions and acquittals which led to this appeal raises important issues fundamental to the liability of a corporation in criminal law. The procedural history from trial through appeal of some twenty accused on an indictment containing seven counts is not relevant to the disposition of the four appeals now before this Court. These are appeals by four corporate appellants from convictions under ss. 338(1) and 423(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Following a trial of some fifteen months duration, including an eleven-day charge to the jury by the learned trial judge, Parker A.C.J.H.C., five accused were acquitted, the jury was unable to reach a verdict concerning two accused, and convictions were entered against the remaining thirteen accused on one or more of the seven counts. The thirteen accused who were convicted appealed convictions and sentences to the Court of Appeal. The Attorney General of Ontario appealed the sentence imposed on three of the accused. The Court of Appeal dismissed eight appeals completely and ordered new trials in the case of five appellants on some or all of their respective counts. Four appellants now appeal as follows:

- (a) The appellant Canadian Dredge & Dock Company, Limited (hereinafter referred to as "CD") appeals against the convictions entered at trial and confirmed by the Court of Appeal on counts 1, 3, 4, 5 and 6 and asks that the conviction be quashed or in the alternative that a new trial be ordered;
- (b) The appellant Marine Industries Limited (hereinafter referred to as "MIL") appeals against conviction on count 2 and asks that the conviction be quashed and a new trial ordered;

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'ensemble complexe des déclarations de culpabilité et des acquittements à l'origine du présent pourvoi soulève des questions fondamentales en ce qui concerne la responsabilité d'une personne morale en matière de droit criminel. L'historique des procédures, au procès et en appel, déclenchées par un acte d'accusation contenant sept chefs qui visent une vingtaine d'accusés est sans importance pour ce qui est de trancher les quatre pourvois dont cette Cour se trouve présentement saisie. Il s'agit de pourvois formés par quatre compagnies reconnues coupables d'infractions au par. 338(1) et à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. À l'issue d'un procès d'une durée d'environ quinze mois, les directives données au jury par le savant juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour ayant duré à elles seules onze jours, cinq des accusés ont été acquittés. Quant à deux autres accusés, le jury n'a pu rendre de verdict à leur égard et les treize accusés qui restaient, ont chacun été déclarés coupables relativement à un seul ou plusieurs des sept chefs d'accusation; ces derniers ont porté les déclarations de culpabilité et les sentences en appel devant la Cour d'appel. Le procureur général de l'Ontario pour sa part a interjeté appel de la sentence infligée à trois des accusés. La Cour d'appel a débouté carrément huit des appelants et, dans les cinq autres cas, a ordonné la tenue de nouveaux procès relativement à certains ou à l'ensemble des chefs d'accusation pesant respectivement contre eux. Quatre appelantes se pourvoient maintenant devant cette Cour:

- a) L'appelante Canadian Dredge & Dock Company, Limited (ci-après appelée «CD») interjette appel des déclarations de culpabilité inscrites au procès et confirmées par la Cour d'appel relativement aux chefs d'accusation nos 1, 3, 4, 5 et 6, et demande leur annulation ou, subsidiairement, qu'un nouveau procès soit ordonné;
- b) L'appelante Marine Industries Limited (ci-après appelée «MIL») interjette appel de la déclaration de culpabilité prononcée relativement au chef d'accusation n° 2 et demande que cette déclaration de culpabilité soit annulée et un nouveau procès ordonné;

- (c) The appellant The J.P. Porter Company Limited (hereinafter referred to as "Porter") appeals against the convictions entered at trial and confirmed by the Court of Appeal on counts 1, 4, 5, and 6 and asks that the convictions be quashed or in the alternative that there be an order for a new trial;
- (d) The appellant Richelieu Dredging Corporation Inc. (hereinafter referred to as "Richelieu") appeals against convictions entered at trial and confirmed by the Court of Appeal on counts 1 and 3 and asks that the convictions be quashed or in the alternative that a new trial be ordered.
- c) L'appelante The J.P. Porter Company Limited (ci-après appelée «Porter») interjette appel des déclarations de culpabilité inscrites au procès et confirmées par la Cour d'appel relativement aux chefs d'accusation n<sup>os</sup> 1, 4, 5 et 6, et demande leur annulation ou, subsidiairement, une ordonnance portant nouveau procès;
- d) L'appelante Richelieu Dredging Corporation Inc. (ci-après appelée «Richelieu») interjette appel des déclarations de culpabilité inscrites au procès et confirmées par la Cour d'appel relativement aux chefs d'accusation n<sup>os</sup> 1 et 3, et demande leur annulation ou, subsidiairement, qu'un nouveau procès soit ordonné.

There is no cross-appeal by the Crown against the order of the Court of Appeal for a new trial on count 7 in the case of the appellant MIL.

Le ministère public n'interjette pas d'appel incident contre l'ordonnance de la Cour d'appel portant nouveau procès relativement au chef d'accusation n<sup>o</sup> 7 dans le cas de l'appelante MIL.

Leave to appeal to this Court was granted on the following questions of law:

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée relativement aux questions de droit e suivantes:

Re: *Canadian Dredge & Dock Company Limited v. The Queen* and *Marine Industries Limited v. The Queen*:

Dans les affaires *Canadian Dredge & Dock Company Limited c. La Reine* et *Marine Industries Limited c. La Reine*:

Is the criminal liability of a corporation, when it is based on the misconduct of a directing mind of the corporation, affected because the person who is the directing mind is at the same time acting, in whole or in part, in fraud of the corporation, or wholly or partly for his own benefit or contrary to instructions that he not engage in any illegal activities in the course of his duties?

f La responsabilité criminelle d'une compagnie, fondée sur l'inconduite d'une personne qui en est l'âme dirigeante, est-elle altérée du fait que cette personne agit en même temps, en totalité ou en partie, frauduleusement envers la compagnie ou, en totalité ou en partie, pour son propre avantage ou contrairement aux instructions portant qu'elle ne doit pas se livrer à des activités illégales dans le cadre de ses fonctions?

Re: *J.P. Porter Company Limited and Richelieu Dredging Corporation Inc. v. The Queen*

h Dans l'affaire *J.P. Porter Company Limited et Richelieu Dredging Corporation Inc. c. La Reine*

Was there any evidence that a directing mind of the applicant corporation was acting wholly or in part in fraud of the corporation during the period covered by the indictments herein or acting wholly or in part for his own benefit during that period or contrary to instructions that he not engage in illegal activities in the course of his duties and, if so, is the criminal liability of the corporation affected by any one or more of such circumstances?

i Existe-t-il des éléments de preuve qu'une personne, qui est l'âme dirigeante de la compagnie requérante agissait, en totalité ou en partie, frauduleusement envers la compagnie orale pendant la période visée par les actes d'accusations ou agissait, en totalité ou en partie, pour son propre avantage au cours de cette période ou contrairement aux instructions portant qu'elle ne devait pas se livrer à des activités illégales dans le cadre de ses fonctions et, dans l'affirmative, la responsabilité criminelle de la compagnie est-elle touchée par un ou plusieurs de ces facteurs?

These questions raise squarely the issue of corporate criminal liability in our law by reason of the so-called indentification theory or otherwise. CD, particularly, does not accept the proposition that a corporation can be liable in criminal law for a *mens rea* offence by reason of the identification doctrine. It is submitted on behalf of CD and MIL that this is a doctrine originating in civil law and has not been properly and authoritatively brought into Canadian criminal law. Alternatively, the appellants CD and MIL submit that a corporation is not liable in criminal law when the directing mind of the corporation is, at the material time:

1. acting in fraud of the corporation; or,
2. acting wholly or partly for his or her own benefit; or,
3. acting contrary to instructions that he not engage in illegal action in the course of his duties.

In the case of the appellants Porter and Richelieu the submission is made that there is evidence to support a finding that the directing minds of the corporation were, at the times in question, acting in fraud of the corporation or wholly or partly for their own benefit or contrary to instructions not to comit illegal activities in the course of employment, or any one of these circumstances; and therefore the answer to the second question, *supra*, is said by these appellants to be the same as the answer to the first question.

In none of these appeals does the Crown concede that there is any evidence in respect of any of the appellants in support of any of the three separate defences alleged by these appellants to exist in law; or that these defences are known to the law.

The several counts in the indictment relate to contracts between certain public authorities and

Ces questions soulèvent carrément celle de la responsabilité criminelle d'une personne morale dans notre droit, que cette responsabilité soit ou non fondée sur ce qu'on appelle la théorie de l'identification. CD, en particulier, rejette la proposition selon laquelle la doctrine de l'identification s'applique de manière qu'une personne morale puisse être responsable en droit criminel d'une infraction nécessitant la *mens rea* chez son auteur. On fait valoir pour le compte de CD et de MIL qu'il s'agit là d'une doctrine qui tire son origine du droit civil et qui n'a pas été dûment et péremptoirement incorporée dans le droit criminel canadien. Les appelantes CD et MIL allèguent subsidiairement qu'une personne morale n'est pas responsable en droit criminel lorsque son âme dirigeante, à l'époque en cause:

1. a agi frauduleusement à l'égard de la compagnie; ou
2. a agi, en totalité ou en partie, pour son propre avantage; ou
3. a agi contrairement aux instructions portant qu'elle ne devait pas se livrer à des activités illégales dans le cadre de ses fonctions.

Les appelantes Porter et Richelieu soutiennent pour leur part qu'il existe des éléments de preuve permettant de conclure qu'aux époques en question leurs âmes dirigeantes agissaient frauduleusement à leur égard, qu'elles agissaient en totalité ou en partie pour leur propre avantage ou qu'elles agissaient contrairement aux instructions portant qu'elles ne devaient pas se livrer à des activités illégales dans le cadre de leur emploi, ou que toutes ces circonstances étaient présentes. Ces appelantes prétendent donc que la seconde question, précitée, doit recevoir la même réponse que la première.

Dans aucun de ces pourvois, le ministère public ne reconnaît l'existence d'éléments de preuve, concernant l'une ou l'autre des appelantes, qui tendraient à appuyer les trois moyens de défense distincts dont les appelantes disposent, selon elles, en droit, non plus que ces moyens de défense existent en droit.

Les différents chefs exposés dans l'acte d'accusation se rapportent à des contrats, intervenus

the accused for dredging in the St. Lawrence River and in some of the Great Lakes in the years 1967-73 inclusive. Many issues were raised and disposed of at trial and in the Court of Appeal which are not covered by the two questions now brought before this Court. Only the issues raised in the two questions, *supra*, as they relate to these four appellants remain to be settled. It is not necessary in dealing with these remaining issues of law to restate the complex corporate history of the appellants, their ownership from time to time, the evidence concerning each appellant on each count, or the details of the operation of the bidding system with reference to which these charges arose. The judgment of the Court of Appeal examines all such matters in both a detailed and comprehensive manner and may be found at [*sub nom. R. v. McNamara (No. 1)*] (1981), 56 C.C.C. (2d) 193. The essential facts as seen by the Crown are summarized at pp. 249-51.

Each of the appellants had a manager who conducted the business of the company relating to the submission of bids for tender dredging work. These managers were:

- (a) for MIL, Louis DeRome who was the General Manager of dredging operations and who became Vice-President of the company in 1967. He died in 1970 before these proceedings commenced;
- (b) for Porter, Horace Rindress who became Vice-President of Porter in 1959 and thereafter was made a Director in 1961 and President in 1969. Rindress testified for the Crown;
- (c) for Richelieu, Rindress who became President after the company was acquired by Porter in 1972;
- (d) for CD, Robert Schneider who was at various times a Director and Officer and the person in charge of dredging for the appellant. He held similar positions with the

entre certaines autorités publiques et les accusés, en vue de l'exécution de travaux de dragage dans le fleuve St-Laurent et dans certains des Grands Lacs de 1967 à 1973 inclusivement. Nombre de questions soulevées et tranchées au procès et en Cour d'appel ne sont pas reprises par les deux questions dont nous sommes présentement saisis. Seuls restent en suspens les points concernant les quatre appelantes en l'espèce, que soulèvent les deux questions susmentionnées. Il n'est pas nécessaire, aux fins de l'analyse de ces points de droit, de refaire l'historique complexe des appelantes, ni d'exposer de nouveau les détails relatifs à leurs propriétaires au cours des années, les éléments de preuve recueillis au sujet de chaque appelante relativement à chaque chef d'accusation ou encore les détails du fonctionnement du système de soumissions qui est à l'origine des présentes accusations. Toutes ces questions font l'objet d'une étude à la fois détaillée et exhaustive dans l'arrêt de la Cour d'appel publié à [*sub nom. R. v. McNamara (No. 1)*] (1981), 56 C.C.C. (2d) 193. Aux pages 249 à 251, on trouve un résumé des faits jugés essentiels par le ministère public.

Chacune des appelantes avait un directeur responsable des soumissions pour les travaux de dragage. Ces directeurs étaient:

- a) dans le cas de MIL, Louis DeRome, directeur général chargé des opérations de dragage, qui est devenu vice-président de la compagnie en 1967. Il est décédé en 1970, avant le début des présentes procédures;
- b) dans le cas de Porter, Horace Rindress, nommé vice-président de cette compagnie en 1959. En 1961, il en est devenu administrateur et, en 1969, président. Rindress a été témoin à charge;
- c) dans le cas de Richelieu, Rindress également, celui-ci étant devenu président de ladite compagnie à la suite de son acquisition par Porter en 1972;
- d) dans le cas de CD, Robert Schneider, qui a été à différentes époques administrateur et membre de la direction de ladite compagnie et responsable de ses opérations de dragage.

appellant's predecessor companies prior to that. Schneider testified for the Crown.

The respondent Crown asserts that bids were submitted in response to calls for tender by the Government of Canada or its agencies on a collusive basis. "Low bidders" were said to have included in their bids "costs" which would cover compensating payments to be made to co-operating "high bidders" or in some cases, "non-bidders". Other forms of compensation were sometimes arrangements which included subcontracts by successful bidders to the accommodation bidders or to other members of the alleged conspiracy.

It was the theory of the Crown that the consideration given for these co-operative bids or withholding of competitive bids was included in the cost estimates of the successful bidders so that the public agency was paying a higher price for the work than it would have paid if the job had been bid competitively. When money was offered as the form of consideration, the amount was recorded on documents known as "score sheets" which were kept by Rindress, Quinlan<sup>1</sup> and Schneider; they would meet periodically to reconcile the commitments recorded on the "score sheets" and to settle accounts. If there remained a balance owing by one corporation to another, on some occasions a false invoice would be issued by the corporation to whom the money was owing or by some other corporation designated by it, which would then be paid by a cheque from the debtor company. In some cases, however, the balance was merely recorded and carried forward. As previously mentioned, in some cases Schneider and Quinlan devised schemes whereby they personally obtained the benefit of the pay-offs without the knowledge of the corporation which they represented. From time to time the "score sheets" were destroyed when the accounts were settled.

(At pages 250-51.)

The theory of the defence to these charges, as advanced by the appellants, is simply that whatever may be the position of the guiding managers

<sup>1</sup> Quinlan played the same role with reference to the accused, McNamara Corporation Limited, as Messrs. Rindress and Schneider did with reference to the other corporate accused. Quinlan was the General Manager and Vice President of the Marine Division of McNamara Corporation Limited.

Il avait auparavant occupé des postes semblables au sein des compagnies qui ont précédé l'appelante. Schneider a été témoin à charge.

<sup>a</sup> Le ministère public soutient qu'il y a eu collusion dans les soumissions faites par suite d'appels d'offres lancés par le gouvernement du Canada ou ses organismes. Il est allégué que les soumissions des «adjudicataires» comprenaient des «frais» destinés à couvrir les indemnités compensatrices à verser aux «soumissionnaires» collaborateurs ou, dans certains cas, à des «non-soumissionnaires» collaborateurs. La compensation prenait parfois d'autres formes; par exemple, les adjudicataires accordaient des travaux en sous-traitance aux soumissionnaires collaborateurs ou à d'autres participants au prétendu complot.

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Selon la théorie du ministère public, les adjudicataires ont inclus dans leur prix de revient estimatif ce qu'il leur fallait offrir en contrepartie de la collaboration des autres soumissionnaires ou de l'abstention de faire des soumissions, de sorte que l'organisme public se trouvait à payer plus cher les travaux que ce n'aurait été le cas s'il y avait eu concurrence dans les soumissions. Lorsque la contrepartie prenait la forme d'un paiement en argent, le montant était inscrit sur des documents dits «feuilles de pointage», tenues par Rindress, Quinlan<sup>1</sup> et Schneider; ces derniers se réunissaient périodiquement pour concilier les engagements inscrits sur les «feuilles de pointage» et procéder au règlement des comptes. Si une compagnie avait un solde débiteur, une facture fictive était parfois établie par la compagnie créancière ou par une autre compagnie désignée par elle, facture que la compagnie débitrice réglait par chèque. Dans certains cas, toutefois, le solde débiteur était simplement inscrit et reporté. Comme nous l'avons déjà mentionné, Schneider et Quinlan trouvaient parfois moyen d'empocher eux-mêmes les pots-de-vin à l'insu de la compagnie qu'ils représentaient. De temps à autre, les «feuilles de pointage» étaient détruites après le règlement des comptes.

(Aux pages 250 et 251.)

<sup>i</sup> Face à ces accusations, les appelantes répondent simplement que, quelle que puisse être la situation personnelle, sur le plan du droit criminel, des

<sup>1</sup> Quinlan a joué le même rôle pour ce qui est de l'accusée McNamara Corporation Limited que MM. Rindress et Schneider pour les autres compagnies accusées. Quinlan était le directeur général et le vice-président de la Division Marine de McNamara Corporation Limited.



of the four appellants personally at criminal law, no criminal liability attaches to these appellants under any of the counts because these managers were either acting in fraud on the appellants-employers, were acting throughout for their own benefit, or were acting contrary to instructions and hence were acting outside the scope of their employment with the appellants in question. As noted earlier, in this Court at least, several of the appellants also challenged the existence of any theory of corporate criminal liability for *mens rea* offences.

In his charge to the jury, the learned Associate Chief Justice discussed the three defences put in issue by the appellants and as set out in questions 1 and 2, *supra*, together with the application of the identification theory in Canadian criminal law. The Court of Appeal reviewed the law and concluded that none of these defences was known to the law or, alternatively, none was, on the evidence, applicable, and consequently the appellants CD and MIL were guilty as charged on counts now in issue. In the case of the appellants Porter and Richelieu, the Court of Appeal found that whether or not these defences existed in law, there was no evidence that the directing mind of these appellants, Rindress, had conducted himself so as to raise such defences.

The position of the corporation in criminal law must first be examined. Inasmuch as all criminal and quasi-criminal offences are creatures of statute the amenability of the corporation to prosecution necessarily depends in part upon the terminology employed in the statute. In recent years there has developed a system of classification which segregates the offences according to the degree of intent, if any, required to create culpability.

(a) Absolute Liability Offences

Where the legislature by the clearest intentment establishes an offence where liability arises

directeurs des quatre appelantes, ces dernières n'ont aucune responsabilité criminelle à l'égard de l'un ou l'autre des chefs d'accusation parce que ces directeurs ont agi frauduleusement à l'égard des employeurs-appellants, parce qu'ils ont agi pour leur propre avantage ou parce qu'ils agissaient contrairement aux instructions qu'ils avaient reçues, outrepassant ainsi le cadre de l'exercice de leurs fonctions dans les compagnies appelantes. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, plusieurs des appelantes, du moins en cette Cour, ont contesté l'existence d'une théorie de la responsabilité criminelle des personnes morales lorsqu'il s'agit d'une infraction qui exige la *mens rea* chez son auteur.

Dans ses directives au jury, le savant Juge en chef adjoint a traité des trois moyens de défense soulevés par les appelantes et exposés dans les deux questions, précitées, ainsi que de l'application de la théorie de l'identification en droit criminel canadien. La Cour d'appel a examiné le droit applicable et a conclu qu'aucun des moyens de défense invoqués n'existait en droit ou subsidiairement, qu'aucun n'était applicable, compte tenu de la preuve. Par conséquent, les appelantes CD et MIL étaient coupables des infractions visées par les chefs d'accusation présentement en cause. En ce qui concerne les appelantes Porter et Richelieu, la Cour d'appel a jugé que, indépendamment de l'existence de ces moyens de défense en droit, il n'y avait aucune preuve établissant que la conduite de Rindress, l'âme dirigeante de ces appelantes, a été de nature à permettre que ces moyens de défense soient soulevés.

Il faut d'abord examiner la situation de la personne morale en droit criminel. Puisque toutes les infractions criminelles et quasi criminelles sont définies par la loi, la possibilité de poursuivre une personne morale dépend nécessairement en partie de la terminologie utilisée dans la loi. Au cours des dernières années a été établi un système de classification qui distingue les infractions selon le degré d'intention, s'il en est, nécessaire pour qu'il y ait culpabilité.

a) Les infractions de responsabilité absolue

Lorsqu'il est très clair que le législateur a voulu établir une infraction à l'égard de laquelle il y a

instantly upon the breach of the statutory prohibition, no particular state of mind is a prerequisite to guilt. Corporations and individual persons stand on the same footing in the face of such a statutory offence. It is a case of automatic primary responsibility. Accordingly, there is no need to establish a rule for corporate liability nor a *rationale* therefor. The corporation is treated as a natural person.

### (b) Offences of Strict Liability

Where the terminology employed by the legislature is such as to reveal an intent that guilt shall not be predicated upon the automatic breach of the statute but rather upon the establishment of the *actus reus*, subject to the defence of due diligence, an offence of strict liability arises. See *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299. As in the case of an absolute liability offence, it matters not whether the accused is corporate or unincorporate, because the liability is primary and arises in the accused according to the terms of the statute in the same way as in the case of absolute offences. It is not dependent upon the attribution to the accused of the misconduct of others. This is so when the statute, properly construed, shows a clear contemplation by the Legislature that a breach of the statute itself leads to guilt, subject to the limited defence above noted. In this category, the corporation and the natural defendant are in the same position. In both cases liability is not vicarious but primary.

### (c) Offences Requiring *Mens Rea*

These are the traditional criminal offences for which an accused may be convicted only if the requisite *mens rea* is demonstrated by the prosecution. At common law a corporate entity could not generally be convicted of criminal offence. Corporate criminal immunity stemmed from the abhorrence of the common law for vicarious liability in criminal law, and from the doctrine of *ultra vires*,

responsabilité automatiquement dès qu'on contrevient à la loi, la culpabilité ne tient à l'existence d'aucun état d'esprit particulier. Face à une infraction de ce genre, les personnes morales et les personnes physiques sont sur un pied d'égalité. Il y a alors responsabilité directe automatique. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'établir une règle applicable à la responsabilité d'une personne morale ni aucun raisonnement la justifiant. La personne morale est simplement traitée comme une personne physique.

### b) Les infractions de responsabilité stricte

Lorsque la terminologie utilisée par le législateur est de nature à traduire une intention de ne pas faire reposer la culpabilité sur la violation automatique de la loi, mais plutôt sur une preuve de l'*actus reus*, il y a, sous réserve du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, infraction de responsabilité stricte. Voir l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299. Comme dans le cas d'une infraction de responsabilité absolue, il importe peu que l'accusé soit ou non une personne morale parce qu'il s'agit d'une responsabilité directe qui découle des termes de la loi. Cette responsabilité ne dépend pas de l'imputation à l'accusé des méfaits d'autrui. Elle se présente lorsque la loi, selon une interprétation correcte, révèle clairement que le législateur a envisagé une culpabilité découlant directement d'une infraction à la loi elle-même, sous réserve du moyen de défense de portée restreinte mentionné ci-dessus. À cet égard, la situation de la personne morale et celle de la personne physique sont identiques. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une responsabilité directe et non pas d'une responsabilité du fait d'autrui.

### c) Les infractions nécessitant la *mens rea*

Tombent dans cette catégorie les infractions criminelles traditionnelles dont un accusé ne peut être reconnu coupable que si la poursuite établit la *mens rea*. En *common law* une personne morale ne pouvait en règle générale être déclarée coupable d'une infraction criminelle. Cette immunité résultait de ce que la responsabilité du fait d'autrui en droit criminel répugnait à la *common law*; elle

which regarded criminal activities by corporate agents as beyond their authority and beyond corporate capacity. At the other extreme in the spectrum of criminal offences there are certain crimes which cannot in any real sense be committed by a corporation as a principal, such as perjury and bigamy, whatever the doctrine of corporate criminal liability may be. As a corporation may only act through agents, there are basically only three approaches whereby criminal intent could be said to reside or not reside in the corporate entity:

- (i) a total vicarious liability for the conduct of any of its agents whatever their level of employment or responsibility so long as they are acting within the scope of their employment;
- (ii) no criminal liability unless the criminal acts in question have been committed on the direction or at the request, express or clearly implied, of the corporation as expressed through its board of directors;
- (iii) a median rule whereby the criminal conduct, including the state of mind, of employees and agents of the corporation is attributed to the corporation so as to render the corporation criminally liable so long as the employee or agent in question is of such a position in the organization and activity of the corporation that he or she represents its *de facto* directing mind, will, centre, brain area or *ego* so that the corporation is identified with the act of that individual. There is said to be on this theory no responsibility through vicarious liability or any other form of agency, but rather a liability arising in criminal law by reason of the single identity wherein is combined the legal entity and the natural person; in short, a primary liability. This rule stands in the middle of the range or spectrum. It is but a legal fiction invented for pragmatic reasons.

résultait aussi de la doctrine de l'*ultra vires* voulant qu'une personne morale ne puisse commettre d'actes criminels et que de tels actes perpétrés par ses représentants constituent un excès de pouvoir de la part de ces derniers. À l'autre extrême du spectre, il existe des crimes, tels que le parjure et la bigamie, que, indépendamment de toute doctrine relative à la responsabilité criminelle des personnes morales, il leur est réellement impossible de commettre. Puisqu'une compagnie peut agir seulement par l'intermédiaire de ses représentants, il n'existe essentiellement que trois façons d'envisager l'intention criminelle chez une personne morale:

- (i) une responsabilité absolue de la conduite de ses mandataires, quel que soit leur niveau hiérarchique ou leur responsabilité, pourvu qu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions;
- (ii) aucune responsabilité criminelle, à moins que les actes criminels en question n'aient été commis sur l'ordre ou à la demande expresse ou clairement implicite de la compagnie parlant par l'intermédiaire de son conseil d'administration;
- (iii) un moyen terme selon lequel la conduite criminelle, y compris l'état d'esprit, d'employés et de mandataires de la compagnie est imputée à celle-ci de manière à entraîner sa responsabilité criminelle. Mais il faut alors que l'employé ou le mandataire en question, par le poste qu'il occupe au sein de l'organisation et dans l'activité de la compagnie, soit réellement son âme dirigeante, son centre, son cerveau et son incarnation si bien que l'acte de l'individu est assimilé à l'acte de ladite compagnie. Selon cette théorie, il n'existe aucune espèce de responsabilité du fait d'autrui ni d'autre forme de mandat; il y a plutôt une responsabilité en droit criminel qui résulte de l'identité de la personne morale et de la personne physique. En un mot, il s'agit d'une responsabilité directe. Cette règle, qui constitue un moyen terme, n'est qu'une fiction juridique inventée pour des raisons d'ordre pratique.

The position of the corporation in criminal law has been under examination by courts and law-makers for centuries. The questions which arise are manifold and complex. They are not likely to be answered in a permanent or universal sense in this appeal, or indeed by the courts acting alone. Proceeding through the history of these issues in the criminal law adds perspective but no clear answer to the problem. The first edition of *Halsbury's* (1909) summarizes the position of the law up to that point at vol. 8, p. 390, paragraph 858:

**858.** By the general principles of the criminal law, if a matter is made a criminal offence it is essential that there should be something in the nature of *mens rea*, and therefore, in ordinary cases, a corporation aggregate cannot be guilty of a criminal offence.

There were four exceptions in the early common law to corporate immunity: (1) public nuisance, (2) criminal libel, (3) absolute liability offences created by statute and (4) contempt of court. See also vol. 9, pp. 235-36, paragraph 503.

The second edition of *Halsbury's*, published in 1933, is in precisely the same words as the earlier edition. By the time of the publication of the third edition in 1954 the law had moved along.

**521. Corporations.** A corporation aggregate cannot be guilty of any offences (such as bigamy or perjury) which by their very nature can only be committed by natural persons; nor can a corporation aggregate be found guilty of a crime where the only punishment is death or imprisonment.

Apart from these exceptions, a corporation may be guilty both of statutory and of common law offences, even though the latter involve *mens rea*; and in the construction of any enactments relating to an offence punishable on indictment or on summary conviction, the expression "person" includes a body corporate unless the contrary intention appears. A corporation can only commit crimes by or through its agents, some of whom must themselves be responsible for the crime. It is a question of fact in each particular case whether the criminal act of its agent is the act of the corporation, and whether the agent's state of mind, intention, knowledge or belief can be imputed to the corporation. It depends on the nature of the charge, the position of the

Voilà maintenant des siècles que tribunaux et législateurs se penchent sur la situation de la personne morale en droit criminel. Les questions qui se posent à ce sujet sont nombreuses et complexes.

<sup>a</sup> Il est fort douteux qu'on puisse y répondre de façon définitive et universellement applicable dans le cadre du présent pourvoi ou, d'ailleurs, que les tribunaux seuls puissent le faire. Un examen historique de ces questions nous aide à les cerner, mais <sup>b</sup> n'offre pas de solution nette au problème. La première édition de *Halsbury's* (1909), vol. 8, p. 390, paragraphe 858, résume la situation juridique de l'époque:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] **858.** Il est de principe général en droit criminel que toute infraction criminelle doit nécessairement comporter la *mens rea*; par conséquent, une personne morale ne peut normalement être déclarée coupable d'une infraction criminelle.

<sup>d</sup> La *common law* reconnaissait initialement quatre exceptions à l'immunité des personnes morales: (1) la nuisance publique, (2) la diffamation criminelle, (3) les infractions de responsabilité absolue créées <sup>e</sup> par la loi et (4) l'outrage au tribunal. Voir aussi vol. 9, aux pp. 235 et 236, paragraphe 503.

La deuxième édition de *Halsbury's*, publiée en 1933, reprend textuellement la formulation de la première. Quand la troisième édition est parue en 1954, le droit avait connu une certaine évolution.

<sup>f</sup> [TRADUCTION] **521. Personnes morales.** Une personne morale ne peut se rendre coupable d'une infraction (telle que la bigamie ou le parjure) qui, par sa nature même, ne peut être commise que par des personnes physiques; de même, une personne morale ne peut être reconnue coupable d'un crime dont l'unique sanction est la peine de mort ou l'emprisonnement.

<sup>g</sup> Ces exceptions mises à part, une personne morale peut <sup>h</sup> être déclarée coupable aussi bien d'infractions à la loi que d'infractions de *common law*, même si, dans ce dernier cas, la *mens rea* est requise; et, dans l'interprétation de toute disposition législative portant sur une infraction punissable par suite du dépôt d'un acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, le terme «personne» comprend une personne morale, à moins que l'intention contraire ne soit manifestée. Une personne morale ne peut commettre de crime si ce n'est par l'intermédiaire de ses mandataires dont certains <sup>i</sup> doivent être eux-mêmes responsables du crime en question. Déterminer si l'acte criminel du mandataire est <sup>j</sup> aussi l'acte de la personne morale et si son état d'esprit,

officer or agent relative to the corporation and the other relevant facts and circumstances of the case.

(Vol. 10, pp. 281-82, paragraph 521.)

See also *Halsbury's* (3rd ed.), vol. 9, p. 90, paragraph 183. By the time the fourth edition appeared in 1974 the law had changed a little more. The learned authors of this edition had this to say (vol. 11, p. 30, paragraph 34):

**34. Corporations.** In general, a corporation is in the same position in relation to criminal liability as a natural person and may be convicted of common law and statutory offences including those requiring *mens rea*. There are, however, crimes which a corporation is incapable of committing or of which a corporation cannot be found guilty as a principal . . .

Criminal liability of a corporation arises where an offence is committed in the course of the corporation's business by a person in control of its affairs to such a degree that it may fairly be said to think and act through him so that his actions and intent are the actions and intent of the corporation. It is not enough that the person whose conduct it is sought to impute to the corporation is a manager or responsible agent or high executive; whether persons are the "directing mind and will" of a corporation, so that their conduct in its affairs becomes the conduct of the corporation, must depend on all the circumstances.

See also *Halsbury's* (4th ed.), vol. 9, p. 804, paragraph 1379.

At common law there was no difficulty in finding liability in a corporation in the law of torts, even though the state of mind of the corporation was established by imputing to that corporation the intentions and the conduct of its servants and agents. Thus, in the law of torts, the courts from the earliest times found vicarious liability in the corporation on the principles of agency. On the other hand, the common law of England has shrunk back from the application of the doctrine of vicarious liability for the determination of corporate liability in criminal law for the acts of its

son intention, ses connaissances ou sa conviction peuvent être imputés à la personne morale est, dans chaque cas, une question de fait. Elle dépend de la nature de l'accusation, du poste du membre de la direction ou du mandataire au sein de la compagnie et des autres circonstances et faits qui peuvent être pertinents à l'espèce.

(Vol. 10, aux pp. 281 et 282, paragraph 521.)

Voir aussi *Halsbury's* (3rd ed.), vol. 9, p. 90, paragraphe 183. Lorsque la quatrième édition est parue en 1974, le droit avait encore changé. Les savants auteurs de la quatrième édition disent (vol. 11, p. 30, paragraphe 34):

[TRADUCTION] **34. Personnes morales.** D'une façon générale, en ce qui concerne la responsabilité criminelle, une personne morale n'est pas différente d'une personne physique et peut être déclarée coupable d'infractions de *common law* et d'infractions à la loi, y compris celles qui exigent la *mens rea*. Il est toutefois des crimes qu'une personne morale est incapable de commettre ou dont elle ne peut elle-même être reconnue coupable . . .

La responsabilité criminelle d'une personne morale est engagée dès lors qu'une infraction est commise dans le cadre de ses activités par une personne qui en dirige les affaires à un point tel que l'on peut à juste titre dire que la personne morale pense et agit par son intermédiaire, si bien que les actes et les intentions de cette personne sont ceux de la personne morale. Il ne suffit pas que la personne dont on cherche à imputer la conduite à la personne morale soit un directeur ou un fondé de pouvoir ou un cadre supérieur; quant à savoir si une personne est «l'âme dirigeante» d'une compagnie de sorte que sa conduite dans les affaires devient celle de la compagnie, cela dépend nécessairement de l'ensemble des circonstances.

Voir aussi *Halsbury's* (4th ed.), vol. 9, p. 804, paragraphe 1379.

En *common law*, on n'éprouvait aucune difficulté à conclure à la responsabilité délictuelle d'une compagnie, bien qu'on établît l'état d'esprit de celle-ci en lui imputant les intentions et la conduite de ses employés et de ses mandataires. Ainsi, en matière délictuelle, les tribunaux ont, depuis le début, fondé la responsabilité du fait d'autrui d'une compagnie sur les principes du mandat. Toutefois, la *common law* d'Angleterre s'est montrée réticente à appliquer la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui pour conclure qu'une compagnie était responsable en droit crimi-

agents (with the four exceptions already noted). This led to an irrational result, namely: general corporate immunity from liability under the criminal law at a time when the corporation, for a variety of reasons, had become the principal vehicle of commerce in the community. The state itself, through corporate and taxation legislation particularly, had actually promoted or at least facilitated this result. Early in the century the courts began to dismantle the principle of corporate immunity in the criminal law. Procedural and other obstacles to the imposition of corporation criminal liability were overcome. See Leigh, "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups" (1971), 9 *U. Ott. L.R.* 247, at pp. 248-49. Perhaps the last major procedural impediment, the impossibility, as seen by some courts, of punishing a corporation when the only statutory sanction imposed was imprisonment (for example, *R. v. Great West Laundry Co.* (1900), 3 C.C.C. 514 (Man. Q.B.)), was removed in 1909 by *The Criminal Code Amendment Act, 1909*, 1909 (Can.), c. 9, s. 2 (the predecessor to the present s. 647 of the *Criminal Code*) which allowed the substitution of a fine in lieu of any punishment where a corporation is convicted. Ironically, the destruction of the most difficult barrier, the attribution of *mens rea* to a corporation, began in earnest in a case in civil law: *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705. The House of Lords was concerned with a corporation's civil liability for damages under a statute which afforded a defence where such loss occurred without its "fault in privity". At issue was whether the "fault" of a director who was active in the operations of the corporation, was in law the fault of the corporation itself. The Lord Chancellor, Viscount Haldane, laid down the general principle of corporate liability which is still the guiding principle in United Kingdom law (at pp. 713-14):

nel des actes de ses mandataires sauf les quatre exceptions déjà mentionnées. Cela a amené une situation absurde dans laquelle les compagnies jouissaient d'une immunité générale en matière criminelle et ce, à une époque où, pour diverses raisons, les compagnies avaient assumé un rôle prépondérant dans le commerce. L'État lui-même, grâce surtout à des lois fiscales et à des lois régissant les compagnies, avait en fait encouragé cette situation ou, à tout le moins, facilité sa création. Vers le début du siècle, les tribunaux ont commencé à attaquer le principe de l'immunité des compagnies en droit criminel. Les obstacles de procédure et autres qui mettaient les compagnies à l'abri de toute responsabilité criminelle ont été levés. Voir Leigh, «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups» (1971), 9 *U. Ott. L.R.* 247, aux pp. 248 et 249. Ce qui était peut-être le plus grand empêchement sur le plan de la procédure, savoir l'impossibilité, selon certains tribunaux, de punir une compagnie lorsque la seule sanction prévue par la loi était l'emprisonnement (voir par exemple *R. v. Great West Laundry Co.* (1900), 3 C.C.C. 514 (B.R. Man.)), a été supprimé en 1909 par la *Loi de 1909 modifiant le Code criminel*, 1909 (Can.), chap. 9, art. 2 (maintenant l'art. 647 du *Code criminel*), qui permettait la substitution d'une amende à toute autre peine lorsqu'un verdict de culpabilité était rendu contre une compagnie. Chose ironique, l'élimination du plus gros obstacle, c.-à-d. l'attribution de la *mens rea* à une compagnie, a été vraiment amorcée dans une affaire civile: *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705. La Chambre des lords avait à déterminer la responsabilité civile d'une compagnie en vertu d'une loi qui permettait d'invoquer comme moyen de défense que le dommage a eu lieu sans [TRADUCTION] «la faute ni la complicité» de la compagnie. La question en litige était de savoir si la «faute» d'un administrateur qui participait activement aux activités de la compagnie, était en droit la faute de la compagnie elle-même. Le lord Chancelier, le vicomte Haldane, a posé le principe général de la responsabilité d'une personne morale, qui est encore le principe directeur du droit au Royaume-Uni (aux pp. 713 et 714):

... a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation. That person may be under the direction of the shareholders in general meeting; that person may be the board of directors itself, or it may be, and in some companies it is so, that that person has an authority co-ordinate with the board of directors given to him under the articles of association, and is appointed by the general meeting of the company, and can only be removed by the general meeting of the company. . . . [W]hatever is not known about Mr. Lennard's position, this is known for certain, Mr. Lennard took the active part in the management of this ship on behalf of the owners, and Mr. Lennard, as I have said, was registered as the person designated for this purpose in the ship's register. Mr. Lennard therefore was the natural person to come on behalf of the owners and give full evidence not only about the events of which I have spoken, and which related to the seaworthiness of the ship, but about his own position and as to whether or not he was the life and soul of the company. For if Mr. Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a corporation is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself within the meaning of s. 502. It has not been contended at the Bar, and it could not have been successfully contended, that s. 502 is so worded as to exempt a corporation altogether which happens to be the owner of a ship, merely because it happens to be a corporation. It must be upon the true construction of that section in such a case as the present one that the fault or privity of somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing *respondeat superior*, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself.

Convictions were thereafter sustained under a variety of statutes including those establishing offences requiring proof of the element of *mens rea*, the courts applying the words of the House of Lords in *Lennard's case*, *supra*, in attributing to the accused corporation the actions of the "directing mind". See *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, [1944] K.B. 146, at pp. 155-56, where Viscount Caldecote C.J. said:

[TRADUCTION] . . . une compagnie est une abstraction. Dénuée de corps et d'esprit, sa volonté ne peut se manifester que par l'intermédiaire d'une personne qui, à certaines fins, peut être appelée un mandataire, mais qui est en réalité l'âme dirigeante de ladite compagnie, l'incarnation même de celle-ci. Cette personne peut relever des actionnaires réunis en assemblée générale; dans d'autres cas l'âme dirigeante peut être le conseil d'administration lui-même, ou encore, comme cela arrive parfois, il se peut que les statuts de la compagnie en question attribuent à cette personne un pouvoir égal à celui du conseil d'administration et qu'elle soit nommée par l'assemblée générale de la compagnie celle-ci étant seule à pouvoir la destituer . . . Quoiqu'il puisse en être de la situation de M. Lennard, nous savons au moins ceci, qu'il a participé activement à la gestion de ce navire pour le compte de ses propriétaires et, je le répète, qu'il était désigné à cette fin dans le registre du navire. Il était donc naturel que M. Lennard compare pour le compte des propriétaires afin de fournir un témoignage détaillé non seulement sur les événements dont j'ai déjà parlé et qui se rapportent à l'état de navigabilité du navire, mais encore sur sa propre situation et sur la question de savoir s'il était l'âme dirigeante de la compagnie. Car, s'il l'était, sauf à conclure à l'irresponsabilité totale d'une compagnie, son acte a dû être celui de la compagnie elle-même au sens de l'art. 502. On n'a pas fait valoir en l'espèce, l'argument aurait d'ailleurs été rejeté, que l'art. 502 est rédigé de telle façon qu'il crée une exemption absolue à l'égard d'une compagnie qui se trouve être propriétaire d'un navire, et ce simplement en raison de sa qualité de compagnie. Il doit s'agir, selon une interprétation juste de cet article dans un cas comme celui qui se présente ici, de la faute ou de la complicité, non seulement d'un préposé ou d'un mandataire dont la compagnie est responsable en vertu de la règle *respondeat superior*, mais d'une personne qui engage la responsabilité de la compagnie parce que son acte est l'acte de la compagnie elle-même.

Subséquentement, des déclarations de culpabilité ont été prononcées en vertu de différentes lois, dont celles qui posent comme exigence que l'on prouve l'élément de la *mens rea*. Les tribunaux ont appliqué les propos de la Chambre des lords dans l'arrêt *Lennard*, précité, pour imputer à la compagnie accusée les actes de son «âme dirigeante». Voir l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors Ltd.*, [1944] K.B. 146, aux pp. 155 et 156, où le juge en chef, le vicomte Caldecote, dit:

The offences created by the regulation are those of doing something with intent to deceive or of making a statement known to be false in a material particular. There was ample evidence, on the facts as stated in the special case, that the company, by the only people who could act or speak or think for it had done both these things, . . .

Macnaghten J., in a concurring opinion, expressed the principle in broader terms (at p. 156):

If the responsible agent of a company, acting within the scope of his authority, puts forward on its behalf a document which he knows to be false and by which he intends to deceive, I apprehend that, according to the authorities that my Lord has cited, his knowledge and intention must be imputed to the company.

See also *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, [1944] K.B. 551 to the same effect.

These general principles found application in the courts of this country in a series of cases. In *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409, the Court of Appeal of Alberta set aside an acquittal of two companies where two of its directors and officers conspired with another to defraud an insurance company by inflating the charges made by the defendant company to the insurance company for automobile repairs. Ford J.A., for the Court, found, at p. 415, that the two officers were the:

. . . acting and directing will of [the accused corporation] generally and in particular in respect of the subject-matter of the offences with which it is charged, that their culpable intention (*mens rea*) and their illegal act (*actus reus*) were the intention and the act of the company and that conspiracy to defraud and obtaining money by false pretences are offences which a corporation is capable of committing.

In so doing the Court followed the United Kingdom authorities, including *Lennard's, supra*, and found the company criminally liable stating, at p. 410:

. . . if the act complained of can be treated as that of the company, the corporation is criminally responsible for all such acts as it is capable of committing and for which

[TRADUCTION] Le règlement crée des infractions qui consistent à agir dans l'intention de tromper ou à faire sciemment une déclaration qui est fausse sur un point essentiel. Les faits énoncés dans l'exposé de cause appuient largement la conclusion que la compagnie, par l'intermédiaire des seules personnes habilitées à agir, à parler ou à penser en son nom, a accompli l'un et l'autre actes susmentionnés . . .

Le juge Macnaghten, dans un avis concordant, a formulé le principe en des termes plus généraux (à la p. 156):

[TRADUCTION] Si le fondé de pouvoir d'une compagnie, dans l'exercice légitime de son pouvoir, produit au nom de ladite compagnie, avec l'intention d'induire en erreur, un document dont il connaît la fausseté, j'estime que, suivant la jurisprudence citée par mon collègue, la connaissance et l'intention du fondé de pouvoir doivent être imputées à la compagnie.

Voir aussi la décision *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, [1944] K.B. 551, qui va dans le même sens.

Les tribunaux canadiens ont appliqué ces principes généraux dans une série de décisions. Dans l'arrêt *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé l'acquiescement de deux compagnies dont deux administrateurs et membres de la direction avaient comploté avec un tiers en vue de frauder une compagnie d'assurances en gonflant le prix demandé par la compagnie accusée à la compagnie d'assurances pour des réparations d'automobile. Le juge Ford, qui a rédigé les motifs de la cour, conclut, à la p. 415, que les deux membres de la direction:

[TRADUCTION] . . . sont l'âme dirigeante de [la compagnie accusée] de façon générale et en particulier en ce qui concerne l'objet des infractions dont elle est accusée, que leur intention coupable (*mens rea*) et leur acte illégal (*actus reus*) sont l'intention et l'acte de la compagnie et que le complot pour frauder et obtenir de l'argent par de faux semblants sont des infractions qu'une compagnie est capable de commettre.

Suivant donc la ligne établie par la jurisprudence du Royaume-Uni, y compris l'arrêt *Lennard's*, précité, la cour a conclu à la responsabilité criminelle de la compagnie. À la page 410, la cour déclare:

[TRADUCTION] . . . si l'acte dont on se plaint peut être considéré comme celui de la compagnie, celle-ci encourt la responsabilité criminelle dans la mesure où elle est



the prescribed punishment is one which it can be made to endure.

The Court expressly avoided finding criminal liability through the doctrine of *respondeat superior*. See also the later cases: *R. v. Ash-Temple Co.* (1949), 93 C.C.C. 267 (Ont. C.A.), per Robertson C.J.O., at pp. 279-80; *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*, [1961] O.R. 265 (C.A.), per Laidlaw J.A., at p. 280; *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] Que. Q.B. 666 (Q.C.A.), at p. 667; *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, [1966] 2 O.R. 867 (H.C.), at p. 891, per Jessup J. as he then was; *R. v. St. Lawrence Corp.*, [1969] 2 O.R. 305 (C.A.), per Schroeder J.A., at p. 320; *R. v. Spot Supermarket Inc.* (1979), 50 C.C.C. (2d) 239 (Q.C.A.), per Lamer J.A., as he then was, at p. 252; and *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185 (B.C.C.A.), per Nemetz C.J.B.C., at pp. 187-88.

The transition from virtual corporate immunity from criminal liability to virtual equality with humans in like circumstances under the criminal law is traced in greater detail by Jessup J., as he then was, in *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, *supra*. Three years later Schroeder J.A., of the Court of Appeal of Ontario, in *R. v. St. Lawrence Corp.*, *supra*, at pp. 315-21, again reviewed this transition. In the end Schroeder J.A., at p. 320, adopted the same statement of the governing principle as Jessup J. had in *Beamish*, *supra*, although the earlier case is not cited:

While in cases other than criminal libel, criminal contempt of Court, public nuisance and statutory offences of strict liability criminal liability is not attached to a corporation for the criminal acts of its servants or agents upon the doctrine of *respondeat superior*, nevertheless, if the agent falls within a category which entitles the Court to hold that he is a vital organ of the body corporate and virtually its directing mind and will in the sphere of duty and responsibility assigned to him so that his action and intent are the very action and intent of the company itself, then his conduct is sufficient to render the company indictable by reason

capable de commettre ce genre d'actes et où la peine prévue peut lui être infligée.

La cour s'est délibérément abstenue de fonder sa conclusion de responsabilité criminelle sur la doctrine de *respondeat superior*. Voir aussi les décisions postérieures: *R. v. Ash-Temple Co.* (1949), 93 C.C.C. 267 (C.A. Ont.), le juge en chef Robertson, aux pp. 279 et 280; *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*, [1961] O.R. 265 (C.A.), le juge Laidlaw, à la p. 280; *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666 (C.A. Qué.), à la p. 667; *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, [1966] 2 O.R. 867 (H.C.), à la p. 891, le juge Jessup (tel était alors son titre); *R. v. St. Lawrence Corp.*, [1969] 2 O.R. 305 (C.A.), le juge Schroeder, à la p. 320; *R. v. Spot Supermarket Inc.* (1979), 50 C.C.C. (2d) 239 (C.A. Qué.), le juge Lamer (maintenant juge puîné de cette Cour), à la p. 252; et *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185 (C.A.C.-B.), le juge en chef Nemetz, aux pp. 187 et 188.

Dans la décision *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, précitée, le juge Jessup (tel était alors son titre) brosse un tableau plus détaillé de l'évolution par laquelle les compagnies ont perdu leur immunité quasi totale en droit criminel pour se trouver presque sur un pied d'égalité avec les personnes physiques dans les mêmes circonstances. Trois ans plus tard, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. St. Lawrence Corp.*, précité, aux pp. 315 à 321, a de nouveau examiné cette transition. Le juge Schroeder a fini par adopter, à la p. 320, la même formulation du principe directeur que celle adoptée par le juge Jessup dans l'affaire *Beamish*, précitée, quoique celle-ci ne soit pas mentionnée expressément:

[TRADUCTION] Bien que dans des cas autres que ceux de la diffamation criminelle, de l'outrage criminel au tribunal, de la nuisance publique et des infractions de responsabilité stricte créées par la loi, la responsabilité criminelle d'une compagnie du fait de ses employés ou de ses mandataires ne soit pas fondée sur la doctrine de *respondeat superior*, il n'en demeure pas moins que, si, en raison de la catégorie de personnes à laquelle appartient le mandataire, la cour peut conclure que, dans l'exercice de ses attributions et responsabilités, il est un organe vital de ladite compagnie et qu'il en est en réalité l'âme dirigeante, de sorte que ses actes et ses intentions

thereof. It should be added that both on principle and authority this proposition is subject to the proviso that in performing the acts in question the agent was acting within the scope of his authority either express or implied.

Counsel for MIL submitted that *St. Lawrence, supra*, does not extend to the facts here before the Court; and counsel for CD submitted that if it does so extend to the facts of this appeal, it was wrongly decided.

This rule of law was seen as a result of the removal of the officer or managerial level employee from the general class of "inferior servants or agents" for whose acts the corporate employer continued (as in the case of the human employer) to be immune from vicarious liability in criminal law. This result is generally referred to as the 'identification' theory. It produces the element of *mens rea* in the corporate entity, otherwise absent from the legal entity but present in the natural person, the directing mind. This establishes the "identity" between the directing mind and the corporation which results in the corporation being found guilty for the act of the natural person, the employee. Such is the power of legal reasoning. It is the direct descendant of Blackstone's famous theorem: "The husband and the wife in law are one and that one is the husband". It is a full brother of the *dictum* in corporate law that merging corporations cease to exist but find a continuance in the amalgamated company. In order to trigger its operation and through it corporate criminal liability for the actions of the employee (who must generally be liable himself), the actor-employee who physically committed the offence must be the "ego", the "centre" of the corporate personality, the "vital organ" of the body corporate, the "alter ego" of the employer corporation or its "directing mind". Schroeder J.A. in *St. Lawrence, supra*, for example, refers to the officer or senior management employee as the corporation's "primary representative . . . through whom the company acts, speaks and thinks" (p. 317). The terminology "primary representative" comes from, or is coincidentally used in, C.R.N. Winn., "The Criminal Responsibility of Corpora-

deviennent les actes et les intentions de la compagnie elle-même, sa conduite suffit à ce moment-là pour justifier l'inculpation de celle-ci. Ajoutons à ce propos qu'il y a un principe bien établi selon lequel cette proposition est soumise à la condition que, dans l'accomplissement des actes en question, le mandataire n'excède pas son pouvoir, conféré expressément ou implicitement.

L'avocat de MIL fait valoir que l'arrêt *St. Lawrence*, précité, ne s'applique pas aux faits de la présente affaire; l'avocat de CD, pour sa part, affirme que, s'il s'y applique, il est mal fondé.

On a estimé que cette règle de droit provient de ce que le membre de la direction ou cadre supérieur a été retiré de la catégorie générale des «employés ou mandataires subalternes» à l'égard des actes desquels la personne morale employeur (tout comme la personne physique employeur) continuait de jouir d'une immunité contre toute responsabilité du fait d'autrui en droit criminel. Il s'agit de ce qu'on appelle communément la théorie de «l'identification». L'application de cette théorie crée chez la personne morale l'élément de la *mens rea* qui, sans cela, n'existerait que chez la personne physique qui est l'âme dirigeante. Ainsi s'établit «l'identité» de l'âme dirigeante et de la compagnie, ce qui permet que celle-ci soit reconnue coupable de l'acte d'une personne physique qui est son employé. Tel est le pouvoir du raisonnement juridique. La théorie est issue directement de la célèbre maxime de Blackstone: «En droit, la personnalité du mari et la personnalité de la femme se confondent en celle du mari». Il existe un lien étroit entre cette théorie et le principe du droit des compagnies voulant que des compagnies qui se fusionnent, quoiqu'elles cessent d'exister, soient perpétuées dans la nouvelle société ainsi créée. Pour que la théorie puisse s'appliquer de manière à entraîner la responsabilité criminelle d'une compagnie par suite des actes d'un employé (qui, en règle générale, doit être lui-même responsable), l'employé en question doit être «l'incarnation», «l'organe vital», «l'alter ego» ou «l'âme dirigeante» de la compagnie employeur. Dans l'arrêt *St. Lawrence*, précité, par exemple, le juge Schroeder dit du membre de la direction ou du cadre supérieur qu'il est [TRADUCTION] «le représentant principal . . . par l'intermédiaire duquel la compagnie agit, parle et pense» (à

tions" (1929), 3 *Camb. L.J.* 398, where it is stated at p. 404:

... the conspiring minds are in fact the minds of the directors, or other primary presentatives. It is submitted that no mere conspiracy of inferior agents could affect the corporation with criminal guilt. If the guilty intention in the minds of the primary representatives is attributed to the corporation in this case where, more than anywhere, it is the vital element of the offence, it seems that it will always be proper to attribute to a corporation the guilty state of mind of its primary representatives when they do criminal acts on its behalf in the exercise of its powers.

At page 407 the learned author continues:

It is clear, on the one hand, that to seek to hold a corporation criminally liable for the acts of *all* its servants within the scope of their employment would be an innovation. The criminal law has never applied the maxim '*respondeat superior*', and to seek to ingraft from without what has not taken spontaneous growth might prove an experiment foredoomed to failure.

It is the wrongful action of the 'primary' representative which by attribution to the corporation creates 'primary' rather than 'vicarious' liability, according to the identification theory. This article is aptly described by Jessup J. in *Beamish, supra*, as "a prophetic article". Lord Reid in *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, [1972] A.C. 153 (H.L.), challenged the accuracy of the expression "*alter ego*" and so joins Viscount Haldane in the use of the expression '*ego*' of the corporation. It follows that the management officer is not guilty additionally of the offence of conspiring with the employer to commit the wrongful act in question because in the identification theory there is only one entity, the natural, and legal person having merged into one identity, and hence the basic requirement of two persons in a conspiracy is not met. See *R. v. Martin*, [1932] 3 W.W.R. 1 (Man. C.A.), *per* Dennistoun J.A., at p. 8; *R. v. McDonnell*, [1966] 1 All E.R. 193, at p. 201; Leigh, "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups" *supra*, at p. 257; and Ewaschuk, "Corporate Criminal Liability and Related Matters" (1975), 29 *C.R.N.S.* 44, at pp. 62-64; but see also

la p. 317). Le terme «représentant principal» provient d'un article de C.R.N. Winn., «The Criminal Responsibility of Corporations» (1929), 3 *Camb. L.J.* 398 (ou du moins il y est employé). L'auteur

<sup>a</sup> affirme, à la p. 404:

[TRADUCTION] ... les comploteurs sont en réalité les administrateurs ou d'autres représentants principaux. On prétend qu'un simple complot de subalternes ne pourrait rendre une compagnie coupable en droit criminel. Si l'intention coupable des représentants principaux est prêtée à la compagnie dans le cas présent où, plus que dans aucun autre cas, cette intention constitue l'élément essentiel de l'infraction, il semble qu'il sera toujours approprié d'imputer à une compagnie la culpabilité de ses représentants principaux lorsque ces derniers, dans l'exercice des pouvoirs de ladite compagnie, commettent en son nom des actes criminels.

À la page 407, le savant auteur ajoute:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est évident d'une part que ce serait une innovation que de faire endosser à une société la responsabilité criminelle des actes accomplis par *tous* ses employés dans le cadre de leur emploi. La maxime «*respondeat superior*» n'a jamais été appliquée en droit criminel et toute tentative d'y introduire un concept qui lui est étranger pourrait être vouée à l'échec.

Selon la théorie de l'identification, l'imputation à la compagnie de l'acte illégal de son représentant «principal» entraîne une responsabilité «directe» plutôt qu'une responsabilité «du fait d'autrui». Dans l'affaire *Beamish*, précitée, le juge Jessup, avec justesse, qualifie de [TRADUCTION] «prophétique» l'article précité. Dans l'arrêt *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, [1972] A.C. 153 (H.L.), lord Reid conteste l'exactitude de l'expression «*alter ego*»; il se joint donc au vicomte Haldane pour employer le terme «incarnation» de la compagnie. Il s'ensuit que l'administrateur ne se rend pas en outre coupable de l'infraction d'avoir comploté avec l'employeur en vue de la perpétration de l'acte illégal en cause parce que la théorie de l'identification ne reconnaît l'existence que d'une seule entité créée par la fusion de la personne physique et de la personne morale. Par conséquent, l'exigence fondamentale d'un complot, savoir qu'il y ait plus d'une personne, n'est pas remplie. Voir l'arrêt *R. v. Martin*, [1932] 3 W.W.R. 1 (C.A. Man.), le juge Dennistoun, à la p. 8; *R. v. McDonnell*, [1966] 1 All E.R. 193, à la p. 201; Leigh, «The Criminal Liability of Corporations and Other

*R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent, supra*, at p. 272.

The principle of attribution of criminal actions of agents to the employing corporate principal in order to find criminal liability in the corporation only operates where the directing mind is acting within the scope of his authority (*Beamish, supra*, at pp. 890 and 892, and *St. Lawrence, supra*, at p. 320), in the sense of acting in the course of the corporations' business (*Halsbury's* (4th ed.), vol. 14, p. 30, paragraph 34, *supra*). Scattered throughout the submissions on behalf of the four appellants, was a translation of the directing mind rule to a requirement that for its application the directing mind must, at all times, be acting in the scope of his employment. Conversely, the argument went, if the directing mind was acting totally outside the 'scope of that employment', the attribution of the acts of the directing mind to the corporate employer would not occur. The terminological problems arise from the fact that the concept of vicarious liability in the law of torts has been traditionally fenced in by the concept of the employee acting within 'the scope of his employment' and not, in the classic words, "on a frolic of his own". The identification theory, however, is not concerned with the scope of employment in the tortious sense. "Scope of employment" in the *St. Lawrence* judgment, *supra*, and the other discussions of that term in Canadian law have reference to the field of operations delegated to the directing mind. The charge by His Lordship to the jury makes this abundantly clear, as does the Court of Appeal in its analysis of this defence. The Court in *St. Lawrence, supra*, in describing the elements of the delegation theory, concluded by adding that attribution to the corporation occurred only so long as the directing will "was acting in the scope of his employment." The expression comes from the law of tort and agency and from master and servant law. It is not apt in relation to the identification theory. It smacks of vicarious liability and it invites the defence that criminal actions must *prima facie* be beyond the scope of an employee's duty and authority. The learned trial judge, in

Groups», précité, à la p. 257; et Ewaschuk, «Corporate Criminal Liability and Related Matters» (1975), 29 *C.R.N.S.* 44, aux pp. 62 à 64; mais voir aussi l'arrêt *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*, précité, à la p. 272.

Le principe en vertu duquel les actes criminels des mandataires sont imputés à la compagnie mandante qui est leur employeur afin que l'on puisse conclure à la responsabilité criminelle de celle-ci ne s'applique que dans les cas où l'âme dirigeante agit dans les limites de son pouvoir (*Beamish, précité*, aux pp. 890 et 892; et *St. Lawrence, précité*, à la p. 320), en ce sens que ses actes s'inscrivent dans le cadre de l'activité de la compagnie (*Halsbury's* (4th ed.), vol. 14, p. 30, paragraphe 34, précité). À plusieurs reprises dans l'argumentation présentée pour le compte des quatre appelantes, on retrouve une transformation de la règle de l'âme dirigeante en une exigence selon laquelle, pour qu'elle s'applique, l'âme dirigeante doit en tout temps agir dans le cadre de son emploi. Inversement, selon cet argument, si les actes de l'âme dirigeante dépassent complètement «le cadre de son emploi», ces actes ne sauraient être attribués à la compagnie dont elle est l'employée. Les problèmes terminologiques procèdent de ce que le concept de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle a traditionnellement connu une restriction. En effet, il faut que l'employé agisse «dans le cadre de son emploi» et non pas, pour employer l'expression bien connue, [TRADUCTION] «uniquement de son propre chef». Toutefois, la théorie de l'identification n'a rien à voir avec le cadre de l'emploi au sens délictuel. L'arrêt *St. Lawrence, précité*, et d'autres discussions de cette expression en droit canadien se réfèrent aux tâches déléguées à l'âme dirigeante. Cela ressort clairement des directives données au jury par le juge du procès et de l'analyse de ce moyen de défense faite par la Cour d'appel. Dans l'arrêt *St. Lawrence, précité*, la Cour a terminé sa description des éléments de la théorie de la délégation par l'observation que la responsabilité de la société n'était engagée que si l'âme dirigeante [TRADUCTION] «agissait dans le cadre de son emploi». Cette expression, qui dérive du droit de la responsabilité délictuelle et du mandat et du droit régissant les rapports entre employeur et employé, ne convient

directing the jury, expressed it more accurately: "... so long as he was acting within the scope of the area of the work assigned to him." In *Tesco*, *supra*, at p. 171, Lord Reid employed the phrase acting "within the scope of delegation" of the corporation's business. The essence of the test is that the identity of the directing mind and the company coincide so long as the actions of the former are performed by the manager within the sector of corporation operation assigned to him by the corporation. The sector may be functional, or geographic, or may embrace the entire undertaking of the corporation. The requirement is better stated when it is said that the act in question must be done by the directing force of the company when carrying out his assigned function in the corporation. It is no defense to the application of this doctrine that a criminal act by a corporate employee cannot be within the scope of his authority unless expressly ordered to do the act in question. Such a condition would reduce the rule to virtually nothing. Acts of the *ego* of a corporation taken within the assigned managerial area may give rise to corporate criminal responsibility, whether or not there be formal delegation; whether or not there be awareness of the activity in the board of directors or the officers of the company; and, as discussed below, whether or not there be express prohibition.

Generally the directing mind is also guilty of the criminal offence in question. Glanville Williams, in *Textbook of Criminal Law* (1978), states, at p. 947:

... the director or other controlling officer will almost always be a co-perpetrator of or accessory in the offence  
....

In *R. v. Fell* (1981), 64 C.C.C. (2d) 456, Martin J.A., for the Ontario Court of Appeal, quoted the foregoing excerpt with approval but was there

pas à la théorie de l'identification. C'est en plein la responsabilité du fait d'autrui et cela invite le recours au moyen de défense selon lequel les actes criminels doivent *prima facie* sortir du cadre des fonctions et du pouvoir d'un employé. En donnant ses directives au jury, le savant juge du procès a trouvé une expression plus juste: [TRADUCTION] «... pourvu que ses actes entrent dans le cadre du domaine de ses attributions». Dans l'arrêt *Tesco*, précité, à la p. 171, lord Reid emploie l'expression [TRADUCTION] «dans le cadre d'une délégation» faite par la compagnie. Ce critère établit essentiellement qu'il y a identité de l'âme dirigeante et de la compagnie si les actes de celle-là ont été accomplis par le directeur dans son secteur de responsabilité. Ce secteur peut être fonctionnel, géographique, ou encore il peut englober l'ensemble des opérations de la compagnie. En fait, il est plus exact de dire que l'acte en question doit être accompli par l'âme dirigeante de la compagnie dans l'exercice de ses fonctions au sein de celle-ci. On ne saurait chercher à échapper à l'application de cette doctrine en alléguant qu'un acte criminel commis par un employé de la compagnie ne peut pas relever du cadre de son autorité, à moins qu'on ne lui ait expressément ordonné de commettre l'acte en question. Admettre une telle condition serait réduire presque à néant l'effet de la règle. Les actes de l'incarnation d'une compagnie dans son secteur de compétence administrative peuvent entraîner la responsabilité criminelle de cette dernière, peu importe qu'il y ait eu ou non délégation expresse; que le conseil d'administration ou les membres de la direction de la compagnie ait été ou non au courant des activités en cause; et, point qui sera analysé plus loin, qu'il y ait eu ou non interdiction expresse.

En règle générale, l'âme dirigeante est elle aussi coupable de l'infraction criminelle en cause. Glanville Williams, dans son ouvrage intitulé *Textbook of Criminal Law* (1978), affirme à la p. 947:

[TRADUCTION] ... le directeur ou autre administrateur sera presque toujours coauteur ou complice de l'infraction ...

Dans l'arrêt *R. v. Fell* (1981), 64 C.C.C. (2d) 456, le juge Martin, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a cité cet extrait en l'approuvant, mais il

concerned with determining whether the directing mind was also guilty of the offence and not with the question as to whether or not this was a condition precedent to corporate liability. It may well be inevitable that guilt of the directing mind is a condition precedent to corporate guilt, but this has yet to be stated judicially. This discussion is directed to the corporate responsibility in criminal law where its directing mind has committed an offence.

The route which was taken in this country and in the United Kingdom is not that which has been followed by the federal courts of the United States. Criminal responsibility in the corporation has for many years, in those courts, been placed upon the basis of the doctrine of *respondeat superior*. The resultant vicarious liability seems to arise in the corporation out of the criminal acts of any employee, supervisory, menial or otherwise. The United States Supreme Court expounded this principle as far back as *New York Central and Hudson River Railway Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Although the statute there before the court specifically imposed liability in the corporation for the acts of its employees (without limitation), the courts have construed the case as establishing vicarious criminal liability in a corporation for the wrongful acts of its employees of all grades and classes. The rule was restated by the Court of Appeal of the 8th Circuit in *Egan v. United States*, 137 F.2d 369 (1943), *per* Thomas J., at p. 379:

The test of corporate responsibility for the acts of its officers and agents, whether such acts be criminal or tortious, is whether the agent or officer in doing the thing complained of was engaged in "employing the corporate powers actually authorized" for the benefit of the corporation "while acting within the scope of his employment in the business of the principal." If the act was so done it will be imputed to the corporation whether covered by the agent or officer's instructions, whether contrary to his instructions, and whether lawful or unlawful. Such acts under such circumstances are not ultra vires even though unlawful. There is no longer any distinction in essence between the civil and criminal liability of corporations, based upon the element of

devait déterminer si l'âme dirigeante était coupable de l'infraction au même titre que la compagnie et non pas si sa culpabilité conditionnait la responsabilité de la compagnie. Il se peut bien que la culpabilité de l'âme dirigeante soit inévitablement une condition préalable de la culpabilité de la société, mais les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ce point. Quant à la présente étude, elle porte sur la responsabilité d'une compagnie en droit criminel lorsque son âme dirigeante a commis une infraction.

À cet égard, les tribunaux du Canada et du Royaume-Uni ont adopté un point de vue différent de celui adopté par les cours fédérales des États-Unis. En effet, celles-ci ont depuis bien des années fondé la responsabilité criminelle d'une compagnie sur la doctrine de *respondeat superior*. Il semble en résulter que la compagnie est responsable des actes criminels de n'importe quel employé, quel que soit le poste qu'il occupe. La Cour suprême des États-Unis posait déjà ce principe dans l'arrêt *New York Central and Hudson River Railway Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Bien que la loi alors en cause prévit expressément qu'une compagnie était responsable des actes de ses employés (sans restriction), les cours ont conclu que cet arrêt établissait la responsabilité criminelle d'une compagnie par suite des actes fautifs de ses employés de tous les niveaux et de toutes les catégories. La Cour d'appel du 8<sup>e</sup> circuit a reformulé la règle dans l'arrêt *Egan v. United States*, 137 F.2d 369 (1943), le juge Thomas à la p. 379:

[TRADUCTION] Le critère de la responsabilité d'une compagnie pour les actes criminels ou délictueux des membres de sa direction et de ses mandataires est de savoir si le membre de la direction ou le mandataire, en commettant l'acte en question, «exerçait les pouvoirs qu'il était autorisé à exercer par la compagnie» au profit de celle-ci «dans le cadre de son emploi au sein de l'entreprise de son commettant». Tout acte de ce genre sera imputé à la compagnie, que cet acte soit ou non visé par les directives données au mandataire ou au membre de la direction, qu'il soit ou non contraire à ces directives et qu'il soit légal ou illégal. Un acte commis dans ces circonstances ne constitue pas un excès de pouvoir, quoiqu'il soit illégal. Il n'existe plus de distinction importante entre la responsabilité civile et la responsabilité criminelle des compagnies, fondée sur l'existence

intent or wrongful purpose. Malfeasance of their agents is not ultra vires.

These principles have been restated as recently as the judgment in *United States v. Basic Construction Co.*, 771 F.2d 570 (1983) (5th CCA).

The state courts have not as consistently pursued the course of vicarious liability of corporations in the criminal law. In *The People v. Canadian Fur Trappers Corp.*, 248 N.Y. 159 (1928), the New York Court of Appeals, Crane J., speaking for a court that included Chief Justice Cardozo, rejected vicarious liability as a basis for corporate criminal responsibility and seemed to adopt, at pp. 163 and 169, something akin to the identification theory. To the same effect is *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, 483 P.2d 687 (1971), at p. 691, where corporate liability was found only if:

... the commission of the offence was authorized, requested, commanded or performed (i) by the board of directors, or (ii) by an agent having responsibility for formation of corporate policy or (iii) by a 'high managerial agent' having supervisory responsibility over the subject matter of the offence and acting within the scope of his employment in behalf of the corporation.

*State of Louisiana v. Chapman Dodge Center Inc.*, 428 S.2d 413 (1983), at pp. 419-20, is to the same general effect. For a position midway between the *Canadian Fur Trappers*, *supra*, and these cases, see *Commonwealth of Massachusetts v. Beneficial Finance Co.*, 275 N.E.2d 33 (1971).

At the present time, therefore, the common law in the United States seems to be based, in the federal courts on the doctrine of vicarious liability, and in many of the state courts on something akin to the identification doctrine. Court decisions are not a complete guide to the state law on this matter, however, as some states have adopted the American Law Institute Model Penal Code, which at para. 2.07 attributes criminal liability to the

d'une intention ou d'un but illégal. Les actes illégaux de leurs mandataires ne constituent pas un excès de pouvoir.

Ces principes ont été confirmés récemment dans l'arrêt *United States v. Basic Construction Co.*, 771 F.2d 570 (1983) (5th CCA).

Les tribunaux des États, cependant, n'ont pas retenu d'une façon aussi systématique la notion de la responsabilité du fait d'autrui des compagnies en droit criminel. Dans l'arrêt *The People v. Canadian Fur Trappers Corp.*, 248 N.Y. 159 (1928), la Cour d'appel de New York (formation comprenant le juge en chef Cardozo), par l'intermédiaire du juge Crane, a écarté la responsabilité du fait d'autrui comme fondement de la responsabilité criminelle d'une compagnie et, aux pp. 163 et 169, a semblé adopter quelque chose d'analogue à la théorie de l'identification. La décision *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, 483 P.2d 687 (1971), va dans le même sens. À la page 691, on a conclu qu'une compagnie est responsable seulement lorsque:

[TRADUCTION] ... la perpétration de l'infraction a été autorisée, demandée, ordonnée ou commise (i) par le conseil d'administration, ou (ii) par un mandataire responsable de l'élaboration des politiques de la compagnie ou (iii) par un «mandataire qui est un cadre supérieur» de la compétence duquel relève l'objet de l'infraction et qui agit dans le cadre de son emploi pour le compte de la compagnie.

C'est aussi l'idée générale exprimée dans la décision *State of Louisiana v. Chapman Dodge Center Inc.*, 428 S.2d 413 (1983), aux pp. 419 et 420. Pour un moyen terme entre l'arrêt *Canadian Fur Trappers*, précité, et les décisions que je viens de mentionner, voir *Commonwealth of Massachusetts v. Beneficial Finance Co.*, 275 N.E.2d 33 (1971).

Il semble donc qu'à l'heure actuelle la *common law* des États-Unis soit fondée, pour les cours fédérales, sur la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui et, pour bien des tribunaux des États, sur une notion voisine de la doctrine de l'identification. On ne peut toutefois se fier entièrement à la jurisprudence comme exposé du droit des États sur cette question, car certains d'entre eux ont adopté l'American Law Institute Model Penal Code qui, à

corporation on much the same basis as did the Court in *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, *supra*. On the other hand, at least one state has by statute applied the doctrine of vicarious liability without a limitation as to the level of responsibility of the employee or agent. See *Maine Criminal Code*, 9 Maine Rev. Stats. Anno., Title 17-A, § 60.

Australian jurisprudence on the subject of corporate liability in criminal law offers little guidance in the settlement of the issues these appeals throw up. In the *Australian Commentary on Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. D, p. 31, paragraph C1379, it is stated: "With two exceptions, the law in Australia is the same as that in England." This would indicate that liability is imposed on the basis of the identification theory. However, this work goes on to state:

In the Code States (Queensland, Tasmania and Western Australia) . . . corporations are not liable for simple offences committed by their servants in the course of their duties unless it can be shown that the servant was acting under instructions from the company.

It is at least clear that criminal responsibility does not arise on the basis of vicarious liability. However, the concept that Australian courts are following the United Kingdom identification doctrine is shattered by some of the Australian law literature. The following is found in the text Howard, *Criminal Law* (4th ed. 1982), at pp. 379-80:

In Australia this problem has been solved by borrowing from the civil law the notion of scope of employment: E's actions are those of the corporation if they may reasonably be regarded as within the scope of his employment. The scope of E's employment for this purpose is not necessarily limited by what he has express authority to do, for if it were, at least in the case of junior employees, it frequently would be possible to exclude the operation of the criminal law by arguing that E had no authority to commit an unlawful act. On the contrary, it has been held that the knowledge of a junior employee may be the knowledge of the corporation even though he has been forbidden by a senior employee to act in the manner to which the knowledge relates.

son par. 2.07, fonde la responsabilité criminelle des compagnies sur presque le même principe que celui appliqué par la cour dans l'affaire *State of Idaho v. Adjustment Department Credit Bureau, Inc.*, précitée. D'autre part, au moins un État a adopté une loi appliquant la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui, sans restriction quant au niveau de responsabilité de l'employé ou du mandataire. Voir *Maine Criminal Code*, 9 Maine Rev. Stats. Anno., Title 17-A, § 60.

La jurisprudence australienne relative à la responsabilité criminelle des compagnies ne nous aide guère à trancher les questions soulevées par ces pourvois. Dans *Australian Commentary on Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. D, p. 31, paragraphe C1379, on dit: [TRADUCTION] «Sauf deux exceptions, le droit australien est identique à celui d'Angleterre.» Cela porte donc à conclure qu'il s'agit d'une responsabilité fondée sur la théorie de l'identification. Toutefois, on y ajoute:

[TRADUCTION] Aux États régis par le Code (Queensland, Tasmanie et Australie-Occidentale) . . . les compagnies ne sont pas responsables des infractions simples commises par leurs employés dans l'exercice de leurs fonctions, à moins qu'on puisse démontrer que l'employé agissait sur l'ordre de la compagnie.

Tout au moins, il est certain que la responsabilité criminelle ne résulte pas de la responsabilité du fait d'autrui. Cependant, certains écrits juridiques australiens contredisent la notion que les tribunaux de l'Australie appliquent la doctrine de l'identification du Royaume-Uni. Dans l'ouvrage de Howard intitulé *Criminal Law* (4th ed. 1982), aux pp. 379 et 380, on trouve le passage suivant:

[TRADUCTION] En Australie, on a résolu ce problème en empruntant au droit civil la notion du cadre de l'emploi: les actes de E sont ceux de la compagnie s'ils peuvent à juste titre être considérés comme des actes accomplis dans le cadre de son emploi. À cette fin, le cadre de l'emploi de E n'est pas nécessairement restreint à ce qu'il est expressément autorisé à faire, car s'il y avait une telle restriction, il serait souvent possible, du moins dans le cas d'employés subalternes, d'échapper au droit criminel en alléguant que E n'était pas autorisé à commettre un acte illégal. Au contraire, il a été conclu que la connaissance d'un employé subalterne peut aussi être la connaissance de la compagnie employeur, même si un employé supérieur a interdit au subalterne d'agir en fonction de cette connaissance.



The scope of employment doctrine has enabled the courts in a number of cases to convict corporations for the actions of quite junior employees.

Perhaps this conclusion simply illustrates the elasticity in each of these two doctrines with the result that they tend to merge, overlap and blur on application to specific sets of facts or under the wording of a particular statute. The above text finds support in the judgment of the High Court of Australia in *R. v. Australian Films Ltd.* (1921), 29 C.L.R. 195, where the Court found the accused corporation vicariously liable, relying at p. 217 on *Moussell Brothers, Ltd. v. London and North-Western Railway Co.*, [1971] 2 K.B. 836. The statute there, however, required no *mens rea* and the Court equated the corporation in that circumstance with a human employer-defendant. This uncertainty of doctrine to be applied is not cleared away by the decision in *Morgan v. Babcock and Wilcox Ltd.* (1929), 43 C.L.R. 163 (H.C. of Aus.) A passage in the judgment at pp. 173-74 appears to apply without limit the principle of vicarious liability. However, the offending agent in that case was the managing director of the corporation and at p. 182 it would appear that the Court in the end swung around to the application of the identification theory as the basis of corporate guilt. The dissent of Starke J. appears to apply both doctrines without favour in attributing the actions of the employee to the corporation. Isaacs J. concurred with the majority in the result but found a liability by reason of express authorization of the wrongful acts by the board of directors of the company. At least one commentator takes the view that these two cases leave open the issue in Australian law as to whether corporate liability is determined in criminal law on the basis of vicarious liability or as a primary liability through the identification theory: W.B. Fisse, "The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability" (1967), 41 *A.L.J.* 203, at p. 205. It would appear that some of the lower court decisions favour vicarious liability as a source of criminal responsibility in a corporation. See *Australian Stevedoring Industry Authority v. Oversea and General Stevedoring Co.* (1959), 1 F.L.R. 298. On the other hand, other judgments would appear to apply the

La doctrine du cadre de l'emploi a permis aux tribunaux dans plusieurs affaires de reconnaître des compagnies coupables des actes d'employés occupant des postes nettement subalternes.

<sup>a</sup> Peut-être cette conclusion ne fait-elle qu'illustrer l'élasticité de ces deux doctrines, élasticité qui fait qu'elles ont tendance à se fondre l'une dans l'autre, à se chevaucher et à devenir floues quand on les applique à des faits précis ou quand on tient compte d'un texte de loi donné. Le passage que nous venons de citer est approuvé par la décision *R. v. Australian Films Ltd.* (1921), 29 C.L.R. 195, dans laquelle la Haute Cour de l'Australie, s'appuyant, à la p. 217, sur la décision *Moussell Brothers, Ltd. v. London and North-Western Railway Co.*, [1971] 2 K.B. 836, a conclu que la compagnie accusée était responsable du fait d'autrui. Mais la loi alors en cause n'exigeait pas qu'il y ait *mens rea* et, tel étant le cas, la cour a assimilé la compagnie employeur à une personne physique. Cette incertitude quant à la doctrine applicable n'est nullement dissipée par la décision *Morgan v. Babcock and Wilcox Ltd.* (1929), 43 C.L.R. 163 (H. C. de l'Australie). Un passage qui figure aux pp. 173 et 174 du jugement paraît appliquer sans aucune restriction le principe de la responsabilité du fait d'autrui. Cependant, l'acte illégal dans cette affaire-là avait été commis par le directeur général de la compagnie et, à la p. 182, il semble que la cour ait finalement opté pour la théorie de l'identification comme fondement de la culpabilité de la compagnie. Le juge Starke, dissident, en imputant à la compagnie les actes de l'employé, paraît appliquer indifféremment les deux doctrines. Quant au juge Isaacs, il est arrivé à la même conclusion que celle de la majorité, mais a jugé que la responsabilité résultait de ce que le conseil d'administration de la compagnie avait expressément autorisé les actes illégaux. Au moins un commentateur a exprimé l'avis que ces deux décisions laissent entière la question de savoir si, en droit australien, la responsabilité d'une compagnie en matière criminelle est déterminée en fonction de la responsabilité du fait d'autrui ou plutôt sur la responsabilité directe fondée sur la théorie de l'identification: W.B. Fisse, «The Distinction Between Primary and Vicarious Corporate Criminal Liability» (1967), 41 *A.L.J.* 203, à la p. 205.

narrower rule of attributed acts under the identification theory. See *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, [1964] Qd.R. 98; *Lamb v. Toledo-Berkel Pty. Ltd.*, [1969] V.R. 343 at pp. 347-48; *Kehoe v. Dacol Motors Pty. Ltd.*, [1972] Qd.R. 59; *Universal Telecasters (QLD) Ltd. v. Guthrie* (1978), 32 F.L.R. 361; cf. *Trade Practices Commission v. Annand and Thompson Pty. Ltd.* (1978), 19 A.L.R. 730.

It may be that Fisse, *supra*, is correct when the learned author says, at p. 210, that the predominant overtone in the judgments to date favours the identification or primary liability doctrine over vicarious liability as the source of corporate criminal liability under Australian law, but the margin is at best narrow. See also H.A.J. Ford, *Principles of Company Law* (3rd ed. 1982), at pp. 133-138.

New Zealand has followed the same course as the courts of the United Kingdom in adopting the principle of identification to overcome problems of finding criminal liability in a corporation where the older common law doctrines of rejection of *respondeat superior* in criminal law, course of employment, and *ultra vires* combine to create a substantial corporate immunity. The law of New Zealand is reviewed by J.C. Clad in "The Criminal Liability of Companies", [1977] *N.Z.L.J.* 420, particularly at p. 424. See also *Nordik Industries Ltd. v. Regional Controller of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 194. A commentary on *Tesco Supermarkets*, *supra*, by I.A. Muir in (1973), 5 *N.Z.U.L.R.* 357, on the contrary, concludes that in New Zealand law the source of corporate criminal liability is shifting towards vicarious liability.

Or, il appert que certaines décisions de juridictions inférieures préfèrent la responsabilité du fait d'autrui comme fondement de la responsabilité criminelle d'une compagnie. Voir *Australian Stevedoring Industry Authority v. Oversea and General Stevedoring Co.* (1959), 1 F.L.R. 298. D'un autre côté, d'autres jugements paraissent appliquer la règle plus restreinte de l'imputation des actes en vertu de la théorie de l'identification. Voir *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, [1964] Qd.R. 98; *Lamb v. Toledo-Berkel Pty. Ltd.*, [1969] V.R. 343, aux pp. 347 et 348; *Kehoe v. Dacol Motors Pty. Ltd.*, [1972] Qd.R. 59; *Universal Telecasters (QLD) Ltd. v. Guthrie* (1978), 32 F.L.R. 361; cf. *Trade Practices Commission v. Annand and Thompson Pty. Ltd.* (1978), 19 A.L.R. 730.

Il se peut que Fisse, précité, ait raison lorsqu'il dit, à la p. 210, que, jusqu'à présent, la tendance dominante dans les jugements est de préférer la doctrine de l'identification ou de la responsabilité directe à la responsabilité du fait d'autrui comme source de la responsabilité criminelle d'une compagnie en droit australien; mais l'écart est pour le moins mince. Voir aussi H.A.J. Ford, *Principles of Company Law*, (3rd ed. 1982), aux pp. 133 à 138.

En Nouvelle-Zélande comme au Royaume-Uni, les cours ont adopté le principe de l'identification afin de surmonter la difficulté à établir la responsabilité criminelle d'une compagnie lorsque les vieilles doctrines de la *common law*, savoir le rejet de la notion de *respondeat superior* en droit criminel, l'exigence que l'acte en question ait été commis par l'employé dans le cadre de l'emploi et l'excès de pouvoir ont pour effet de conférer dans une grande mesure l'immunité aux compagnies. Les règles de droit applicables en Nouvelle-Zélande sont examinées par J.C. Clad dans «The Criminal Liability of Companies», [1977] *N.Z.L.J.* 420, en particulier à la p. 424. Voir aussi *Nordik Industries Ltd. v. Regional Controller of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 194. I.A. Muir par contre, commentant à (1973), 5 *N.Z.U.L.R.* 357 l'arrêt *Tesco Supermarkets*, précité, conclut qu'en droit néo-zélandais, il y a un glissement vers la responsabilité du fait d'autrui comme source de la responsabilité criminelle d'une compagnie.

In summary, therefore, the courts in this country can be said to this date to have declined generally to apply the principle of *respondeat superior* in the determination of corporate criminal responsibility. Criminal responsibility in our courts thus far has been achieved in the *mens rea* offences by the attribution to the corporation of the acts of its employees and agents on the more limited basis of the doctrine of the directing mind or identification. Corporate responsibility in both strict and absolute liability offences has been found to arise on the direct imposition of a primary duty in the corporation in the statute in question, as construed by the court. By what appears to be the same purely pragmatic reasoning, the courts of the United Kingdom find criminal liability in a corporation only by the attribution to it of the conduct of its employees and agents where those natural persons represent the core, mind and spirit of the corporation. The United States federal courts are inclined, as we have seen, to find criminal liability in the corporation by vicarious liability where any employee-agent commits, in the course of his employment, the criminal act.

The criticisms of the United States federal court doctrine are manifold. The net is flung too widely, it is said. Corporations are punished in instances where there is neither moral turpitude nor negligence. No public policy is served by punishing shareholders where the corporate governing body has been guilty of no unlawful act. The disparity between the treatment of the corporate employer and the natural employer is wide and wholly without a basis in justice or political science. The test as applied in the United States federal courts may be on the broad basis above indicated because so many of the federal statutory crimes are regulatory in nature. See Leigh, *supra*, p. 267, footnote 134.

En résumé donc, on peut dire que les tribunaux canadiens ont généralement refusé jusqu'à maintenant d'avoir recours au principe de *respondeat superior* pour déterminer la responsabilité criminelle d'une compagnie. Pour les infractions nécessitant la *mens rea* nos tribunaux ont jusqu'à présent, conclu à la responsabilité criminelle d'une compagnie en lui imputant les actes de ses employés et mandataires par l'application de la doctrine de portée plus restreinte de l'âme dirigeante ou de l'identification. En ce qui concerne les infractions de responsabilité stricte et les infractions de responsabilité absolue, il a été conclu que la responsabilité d'une compagnie résulte d'une obligation directe que la loi en question, telle qu'elle est interprétée par la cour, impose expressément à ladite compagnie. Grâce à ce qui semble être le même genre de raisonnement purement pratique, les cours du Royaume-Uni concluent à la responsabilité criminelle d'une compagnie en lui attribuant seulement les actes de ses employés et mandataires lorsque ces personnes physiques constituent le coeur et l'âme de ladite compagnie. Comme nous l'avons déjà constaté, les cours fédérales des États-Unis ont tendance à fonder la responsabilité criminelle d'une compagnie sur la responsabilité du fait d'autrui qui résulte d'un acte criminel commis par un employé mandataire dans le cadre de son emploi.

Nombreuses sont les critiques formulées à l'égard de la doctrine appliquée par les cours fédérales des États-Unis. Elle a trop d'extension, affirme-t-on. Les compagnies sont punies dans des cas où il n'y a ni turpitude ni négligence. On ne sert pas l'intérêt public en punissant des actionnaires lorsque le conseil d'administration de la compagnie n'est coupable d'aucun acte illégal. La grande différence entre la façon de traiter l'employeur compagnie et l'employeur qui est une personne physique est dénuée de tout fondement en justice ou en science politique. Comme nous l'avons déjà signalé, le critère appliqué par les cours fédérales des États-Unis est large, ce qui s'explique peut-être par le fait qu'un bon nombre de lois fédérales en matière pénale ont un but de réglementation. Voir Leigh, précité, à la p. 267, note 134.

In the criminal law, a natural person is responsible only for those crimes in which he is the primary actor either actually or by express or implied authorization. There is no vicarious liability in the pure sense in the case of the natural person. That is to say that the doctrine of *respondeat superior* is unknown in the criminal law where the defendant is an individual. Lord Diplock in *Tesco, supra*, stated at p. 199:

Save in cases of strict liability where a criminal statute, exceptionally, makes the doing of an act a crime irrespective of the state of mind in which it is done, criminal law regards a person as responsible for his own crimes only. It does not recognise the liability of a principal for the criminal acts of his agent; because it does not ascribe to him his agent's state of mind. Qui peccat per alium peccat per se is not a maxim of criminal law.

On the other hand, the corporate vehicle now occupies such a large portion of the industrial, commercial and sociological sectors that amenability of the corporation to our criminal law is as essential in the case of the corporation as in the case of the natural person.

Thus where the defendant is corporate the common law has become pragmatic, as we have seen, and a modified and limited 'vicarious liability' through the identification doctrine has emerged. In this context I use the word "vicarious" in the sense that it is defined in the principal dictionaries, including the *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), where the term is defined: "that takes or supplies the place of another thing or person; substituted instead of the proper thing or person." Lord Reid in *Tesco, supra*, distinguishes vicarious liability from the identity doctrine by wittingly or unwittingly sliding over into the merging doctrine of corporate law. In common law and in some provincial corporate legislation, two merging corporations find their continued existence in the merged or amalgamated corporation. In common law this was deemed so by operation of law or by a legal fiction. In this it is not alone. Consider the invocation of the rule of distinction between crimes of specific and crimes of general intent in order to limit and place on a

En droit criminel, une personne physique répond seulement des crimes dont elle est l'auteur principal, soit parce qu'elle les a commis elle-même, soit parce qu'elle a expressément ou implicitement autorisé leur perpétration. Dans le cas de la personne physique il n'existe pas, à proprement parler, de responsabilité du fait d'autrui. En d'autres termes, lorsque l'accusé est une personne physique la doctrine de *respondeat superior* ne s'applique pas en droit criminel. Dans l'arrêt *Tesco*, précité, à la p. 199, lord Diplock affirme:

[TRADUCTION] Sauf les cas de responsabilité stricte où, à titre exceptionnel, une loi pénale érige un acte en crime sans faire entrer en ligne de compte l'état d'esprit de son auteur, le droit criminel estime qu'une personne n'est responsable que de ses propres crimes. Le commettant ne répond pas des actes criminels de son mandataire parce que l'état d'esprit de celui-ci n'est pas attribué à celui-là. La maxime *qui peccat per alium peccat per se* est étrangère au droit criminel.

Par ailleurs, l'importance industrielle, commerciale et sociologique des compagnies est maintenant telle qu'il est essentiel qu'elles soient soumises au droit criminel au même titre que les personnes physiques.

Par conséquent, comme nous l'avons déjà vu, la *common law* a su faire preuve de pragmatisme lorsque le défendeur est une compagnie. C'est ainsi qu'a pris naissance une version modifiée et de portée plus restreinte de la «responsabilité du fait d'autrui» (*vicarious liability*) par le biais de la doctrine de l'identification. Dans ce contexte, je donne au mot anglais «*vicarious*» le sens qu'il reçoit dans les dictionnaires principaux, notamment le *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), où le terme est ainsi défini: [TRADUCTION] «qui remplace ou supplée une autre chose ou personne; substitué à la chose appropriée ou à la personne compétente». Dans l'arrêt *Tesco*, précité, lord Reid établit une distinction entre la responsabilité du fait d'autrui et la doctrine de l'identification en glissant, consciemment ou inconsciemment, vers la doctrine des fusions en droit des compagnies. En *common law* et dans les lois de certaines provinces relatives aux compagnies, deux compagnies qui fusionnent continuent d'exister dans la nouvelle entité issue de la fusion. Selon la *common*

rational basis acceptable to the community the defence of drunkenness. Also to be considered is the establishment of the doctrine of part performance in the interpretation of the *Statute of Frauds*, which includes no reference whatever to any such doctrine but which was created to prevent the *Statute of Frauds* itself being used to practice a fraud. The corporation is but a creature of statute, general or special, and none of the provincial corporation statutes and business corporations statutes, or the federal equivalents, contain any discussion of criminal liability or liability in the common law generally by reason of the doctrine of identification. It is a court-adopted principle put in place for the purpose of including the corporation in the pattern of criminal law in a rational relationship to that of the natural person. The identity doctrine merges the board of directors, the managing director, the superintendent, the manager or anyone else delegated by the board of directors to whom is delegated the governing executive authority of the corporation, and the conduct of any of the merged entities is thereby attributed to the corporation. In *St. Lawrence, supra*, and other authorities, a corporation may, by this means, have more than one directing mind. This must be particularly so in a country such as Canada where corporate operations are frequently geographically widespread. The transportation companies, for example, must of necessity operate by the delegation and sub-delegation of authority from the corporate centre; by the division and subdivision of the corporate brain; and by decentralizing by delegation the guiding forces in the corporate undertaking. The application of the identification rule in *Tesco, supra*, may not accord with the realities of life in our country, however appropriate we may find to be the enunciation of the abstract principles of law there made.

law, ce résultat était censé procéder des règles de droit elles-mêmes ou d'une fiction juridique. Mais ce n'est pas un cas isolé. Prenons par exemple la distinction établie entre les crimes d'intention spécifique et les crimes d'intention générale afin d'imposer des limites au moyen de défense de l'ivresse et de lui donner un fondement rationnel susceptible d'être accepté par la collectivité. Un autre exemple est la doctrine de l'exécution partielle établie aux fins de l'interprétation de la *Statute of Frauds*. Or, cette doctrine n'est mentionnée nulle part dans ladite loi, mais elle a été conçue pour empêcher que la *Statute of Frauds* ne serve elle-même à la perpétration d'une fraude. Une compagnie n'est qu'une entité constituée par la loi, générale ou spéciale, et ni les lois provinciales relatives aux compagnies et aux sociétés commerciales, ni les lois fédérales dans le même domaine ne parlent de la responsabilité criminelle ou de la responsabilité en *common law* en général, fondées sur la doctrine de l'identification. Cette doctrine a été conçue par les tribunaux afin qu'il y ait un rapport rationnel entre la responsabilité criminelle d'une personne morale et celle d'une personne physique. La doctrine de l'identification réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à ladite compagnie. Ainsi, selon l'arrêt *St. Lawrence*, précité, et d'autres décisions, une compagnie peut avoir plus d'une âme dirigeante. C'est particulièrement le cas dans un pays comme le Canada où les activités d'une compagnie s'exercent souvent sur une vaste étendue géographique. Les compagnies de transport, par exemple, doivent nécessairement fonctionner par la délégation et la sous-délégation du pouvoir central; par la division et la sous-division des centres nerveux; et par la décentralisation par délégation des organes directeurs de l'entreprise. Il se peut que la règle de l'identification appliquée dans l'arrêt *Tesco*, précité, ne corresponde pas à la réalité canadienne, quelque appropriés que nous puissions juger les principes abstraits de droit énoncés dans cet arrêt-là.

The corporation which set the directing mind in position to do the wrong will suffer an economic penalty. While it is true that this penalty will feed through to the stockholders, who may well be totally innocent as in the case of a large public company, it may be seen as a risk or cost associated with the privilege of operating through the corporate vehicle. In the case of personal corporations, the imposition of a criminal penalty on the corporation may be an additional penalty imposed upon the 'personal' corporate stockholder but such a result would be an acceptable part of the sentencing process as it simply reflects the economic identification, as well as the legal identification, present in such a corporation. In the case of a public corporation, the economic identification factor is absent, and in a theoretical sense there is an additional penalty for the same act which must be justified in some way other than that suggested above. This is the inevitable result of the pragmatic adoption of the attribution of the acts of its delegates to the delegating corporation in order to bring that corporation within the system of criminal justice. Whether the route taken be the doctrine of *respondeat superior* or identification, the result is the same. The corporation in reality has three elements: the legal entity, the personal shareholder (a natural person directly or indirectly), and the employee. Once the process is set in motion, the criminal penalty will extend directly or indirectly to all three which is quite unlike the situation of a natural proprietor where only two of these elements are present. All this, in my view, while not entirely logical, is a tolerable result for a community where reality dictates corporate criminal accountability in certain circumstances.

There is one threshold problem which arises before we come to the several defences advanced by the appellants. Was there, on the facts here, a "directing mind" in the case of each appellant, assuming for the purpose of answering this question only that the employee in question had not defrauded the employer corporation, had not acted

Une compagnie qui met son âme dirigeante en position de commettre un acte illégal se verra frappée d'une peine économique. Certes, cette peine finira par toucher les actionnaires qui, comme dans le cas d'une grande compagnie ouverte, peuvent être complètement innocents, mais cela constitue peut-être un risque ou un prix rattaché au privilège d'agir par l'intermédiaire d'une personne morale. Dans le cas d'une société personnelle, la peine criminelle imposée à la société peut être une peine additionnelle imposée à l'actionnaire «personnellement». Toutefois, ce résultat constituerait une partie acceptable du processus de sentence parce qu'il s'agit simplement d'une manifestation de l'identité, tant économique que juridique, de la personne morale et de la personne physique dans ce genre d'entités. Pour ce qui est de la société ouverte, cette identité économique n'existe pas et un même acte entraîne théoriquement une peine supplémentaire qui doit avoir une autre justification que celle que je viens de suggérer. Cela découle inévitablement de ce qu'on a choisi, pour des raisons d'ordre pratique, d'attribuer à la compagnie déléguante les actes de ses délégataires afin que ladite compagnie soit soumise au droit criminel. Que la doctrine appliquée soit celle de *respondeat superior* ou celle de l'identification, le résultat est le même. Une compagnie a en réalité trois composantes: l'entité juridique, l'actionnaire (une personne physique directement ou indirectement), et l'employé. Une fois le processus amorcé, les trois seront frappés directement ou indirectement par la sanction criminelle, ce qui est bien différent de la situation d'une entreprise individuelle qui ne comporte que deux de ces éléments. Selon moi, ce résultat, quoiqu'il ne soit pas parfaitement logique, est acceptable au sein d'une collectivité où la réalité impose que les compagnies soient tenues dans certaines circonstances de répondre d'actes criminels.

Avant d'aborder les différents moyens de défense invoqués par les appelantes, il y a lieu d'examiner une question préliminaire. D'après les faits en l'espèce, chacune des appelantes avait-elle une «âme dirigeante», en supposant, aux fins de cette question seulement, que l'employé en question n'a pas fraudé la compagnie qui l'employait,

in his own benefit, and had not acted in breach of instructions?

The issue (aside from the applicability of the above defences) was put to the jury by the learned trial judge in his direction. Only CD in its submissions to this Court challenged the status of its officer as a directing mind. CD argued that Schneider was not an officer or in the employ of the appellant CD during part of the period in which the alleged criminal acts took place.

The issue arose because of the complex of predecessors to the appellant CD. During the early 1960's a corporation now called Foodex Systems Ltd. (then named Canadian Dredge and Dock Co., Limited) owned all the shares of the appellant CD (then named T.C. Gorman (Nova Scotia) Limited). At that time Schneider was in charge of the dredging operations of Foodex Systems. In 1964 the shares of the appellant CD were sold by Foodex. In 1967 Foodex sold its dredging and marine assets to Bedford Construction Co. Ltd., a company now known as Albemont Ltd., but which was known from 1967 to 1972 as Canadian Dredge & Dock Ltd. Schneider moved with the dredging assets and became vice-president and general manager of Albemont. In 1969 Albemont acquired all the issued shares of the capital stock of the appellant when its name was T.C. Gorman (Nova Scotia) Limited. By a May 1971 agreement Albemont agreed to sell its dredging and marine assets to the appellant CD. By a second agreement dated October 1971 Albemont agreed to sell to the appellant CD the remaining assets of its dredging and marine construction division. Schneider later acquired a substantial block of shares in the appellant CD.

The question is whether Schneider was the directing mind of the appellant CD during the periods covered by counts 1 and 6.

qu'il n'a pas agi pour son propre avantage et qu'il n'a pas désobéi aux instructions qu'il a reçues?

Dans ses directives, le savant juge du procès a soumis cette question (indépendamment de celle de l'applicabilité des moyens de défense susmentionnés) au jury. CD a été seule à contester en cette Cour la qualité d'âme dirigeante de son dirigeant en cause. En effet, CD allègue que, pendant une partie de la période au cours de laquelle les actes criminels auraient eu lieu, Schneider n'était ni membre de sa direction ni son employé.

La question de la situation de Schneider se pose en raison de la complexité des antécédents de l'appelante CD. Vers le début des années soixante, une compagnie qui s'appelle maintenant Foodex Systems Ltd. (connue alors sous le nom de Canadian Dredge and Dock Co., Limited), possédait toutes les actions de l'appelante CD (alors nommée T.C. Gorman (Nova Scotia) Limited). À l'époque en question, Schneider était responsable des opérations de dragage de Foodex Systems. En 1964, Foodex a vendu les actions de l'appelante CD. Puis, en 1967, Foodex a vendu les éléments d'actif relatifs à ses opérations de dragage et à ses opérations maritimes à Bedford Construction Co. Ltd., qui s'appelle maintenant Albemont Ltd., mais qui était connue de 1967 à 1972 sous le nom de Canadian Dredge & Dock Ltd. Simultanément avec la vente de ces éléments d'actif Schneider est devenu vice-président et directeur général d'Albemont. En 1969, Albemont a acquis l'ensemble des actions émises du capital-actions de l'appelante dont le nom était à ce moment-là T.C. Gorman (Nova Scotia) Limited. Par un contrat intervenu en mai 1971, Albemont s'est engagée à vendre à l'appelante CD ses éléments d'actif relatifs à ses opérations de dragage et à ses opérations maritimes. Un second contrat a été signé en octobre 1971; cette fois-ci Albemont a promis de vendre à l'appelante CD ce qui restait de l'actif de sa division de dragage et de construction maritime. Par la suite, Schneider s'est porté acquéreur d'une quantité importante des actions de l'appelante CD.

La question est de savoir si Schneider était l'âme dirigeante de l'appelante CD au cours des périodes visées par les chefs d'accusation 1 et 6.

A review of the trial judge's charge to the jury reveals that he fairly put this issue to them. With respect to count 1 he charged, in part:

The Crown alleges that the time period for Count 1 falls in the time period 3, between May '71 and December '71. The Crown submits that Schneider was an officer and director of both Canadian Dredge & Dock No. 2 [Albemont] and T.C. Gorman [the appellant CD] at the time and that the Gorman Company, which still carries on business, although it has changed its name, is still responsible for the criminal acts of Schneider.

The main issue for you is whether at that time Schneider was either expressly or impliedly authorized to bid-rig or whether he was a directing mind of Gorman, now known as Canadian Dredge & Dock, the accused. If he was the company would be responsible for his bid-rigging; if he was not, the company would not be responsible.

[T]he question then was, was Schneider either authorized, expressly or impliedly, by Gorman or was he a directing mind of Gorman.

If he was, then the present Canadian Dredge and Dock would be responsible for the actions of Schneider at that time.

Exhibits filed by the Crown—you may recall certain company returns—showed Schneider was a director of Gorman as of October 1st, 1963. For the years ending April 30th, 1966, 1967, 1968 and 1969 he is not shown as an officer or director. Then the returns filed as of March 12th, 1971, and December 31st, 1971, show him as an officer and director of Gorman.

You may recall this closing date for North Traverse was June 22nd, 1971.

Counsel for the defence submits that this evidence alone does not prove that Schneider was an officer and director of Gorman as of June 22nd, 1971, when he submitted the tender on Ile d'Orleans.

Schneider signed the tender as vice-president and general manager, but the document did not state of which company.

He submitted that it is not clear whether Schneider was authorized to submit a tender on behalf of Gorman and whether he was authorized to submit a false tender.

Un examen des directives du juge du procès révèle qu'il a soumis cette question au jury d'une façon équitable. Au sujet du chef d'accusation n° 1, il a notamment dit:

[TRADUCTION] Le ministère public allègue que l'infraction visée par le premier chef d'accusation a été commise dans la troisième période, entre mai 1971 et décembre 1971. Il fait valoir que Schneider était à l'époque en question membre de la direction et administrateur de Canadian Dredge & Dock n° 2 [Albemont] et de T.C. Gorman [l'appelante CD] et que Gorman Company, qui existe encore, quoique sous un nom différent, demeure responsable des actes criminels de Schneider.

Il vous incombe principalement de décider si, à cette époque, Schneider a été expressément ou implicitement autorisé à truquer les soumissions ou s'il était une âme dirigeante de Gorman, maintenant Canadian Dredge & Dock, l'accusée en l'espèce. Dans l'affirmative, la société doit répondre du truquage des soumissions; dans l'hypothèse contraire, elle n'en serait pas responsable.

La question était alors de savoir si Schneider a reçu une autorisation expresse ou implicite de Gorman ou s'il était l'âme dirigeante de celle-ci.

Dans l'affirmative, l'actuelle Canadian Dredge and Dock est responsable des actes commis par Schneider à l'époque en cause.

Les pièces produites par le ministère public—vous vous souvenez peut-être de certaines déclarations d'impôt sur le revenu de la compagnie en question—, révèlent que Schneider était un administrateur de Gorman à partir du 1<sup>er</sup> octobre 1963. Pour les années se terminant le 30 avril 1966, 1967, 1968 et 1969 il n'est mentionné ni comme administrateur ni comme membre de la direction. Mais les déclarations produites le 12 mars 1971 et le 31 décembre 1971 indiquent qu'il était administrateur et un membre de la direction de Gorman.

Je vous rappelle que dans le cas de North Traverse la date limite était le 22 juin 1971.

L'avocat de la défense fait valoir que ces éléments de preuve ne suffisent pas pour établir que Schneider était administrateur et membre de la direction de Gorman lorsqu'il a présenté la soumission relative à l'Île d'Orléans le 22 juin 1971.

Certes, Schneider a signé la soumission en sa qualité de vice-président et de directeur général, mais le document ne dit pas de quelle compagnie.

L'avocat soutient qu'il n'est pas clair si Schneider était autorisé à soumissionner pour le compte de Gorman et s'il était autorisé à faire une soumission fautive.



Schneider's evidence in chief was he was the vice-president and general manager of Canadian Dredge and Dock number 2 [Albement] and was also an officer of Gorman.

On cross-examination he said he presumed he was vice-president and general manager of both companies, but he did not know for certain.

The equipment had been sold to Gorman, but Canadian Dredge [Albement] still exercised control.

The Crown submits the fact Schneider was a director and officer of Gorman on March 12th, 1971, signed the tender as of June 22nd, 1971, and was a director and officer of Gorman on March 31st, 1971, is evidence from which they may reasonably infer that he was an officer and director of Gorman on June 22nd, 1971.

Whether he was or not is a question of fact for you. It is for you to decide whether or not Schneider had authority, expressed or implied, or whether or not he was a directing mind of Gorman.

The charge with respect to count 6 was given in like detail. The Court of Appeal reviewed this evidence and the judge's charge to the jury and concluded at p. 446:

It is clear from these extracts that the learned trial Judge fairly put to the jury the defences to counts 1 and 6, namely, that Canadian Dredge No. 3 did not participate in bid-rigging at North Traverse or Hamilton Harbour, and that Schneider was neither authorized to bid-rig nor was he the company's directing mind.

I am in respectful agreement with the Court of Appeal that the jury must have found in the case of CD that Schneider was the directing mind of the company and that there was evidence introduced at trial in support of such a finding.

DeRome was said to be the directing mind of MIL. He died in August 1970. The contract in count 2, the only count in issue in this Court, was entered into in 1969. The Court of Appeal found that there was evidence to support the conclusion which the jury must necessarily have reached that DeRome was the directing mind of MIL. This is not challenged on appeal.

Au cours de son interrogatoire principal, Schneider a témoigné qu'il était vice-président et directeur général de Canadian Dredge and Dock numéro 2 [Albement] et qu'il était aussi membre de la direction de Gorman.

À son contre-interrogatoire, il a dit qu'il se croyait vice-président et directeur général des deux compagnies, mais qu'il n'en était pas certain.

L'équipement avait été vendu à Gorman, mais Canadian Dredge [Albement] continuait à tenir les commandes.

Selon le ministère public, puisque Schneider était administrateur et membre de la direction de Gorman le 12 mars 1971, qu'il a signé la soumission datée du 22 juin 1971 et qu'il était administrateur et membre de la direction de Gorman le 31 mars 1971, il est raisonnable de conclure qu'il l'était le 22 juin 1971.

Quant à savoir s'il l'était ou non, il s'agit là d'une question de fait que vous devez trancher. C'est à vous de décider si Schneider agissait en vertu d'une autorisation expresse ou implicite ou s'il était l'âme dirigeante de Gorman.

Les directives relatives au chef d'accusation n° 6 sont tout aussi détaillées. La Cour d'appel a passé en revue ces éléments de preuve ainsi que les directives du juge au jury et a conclu, à la p. 446:

[TRADUCTION] Il se dégage nettement de ces passages que le savant juge du procès a présenté au jury d'une façon équitable les moyens de défense opposés aux chefs d'accusation n° 1 et 6, savoir que Canadian Dredge n° 3 n'a pas participé au truquage des soumissions relatives à North Traverse ou au port de Hamilton, que Schneider n'a pas reçu l'autorisation de truquer les soumissions et qu'il n'était pas non plus l'âme dirigeante de ladite société.

Avec égards, je suis d'accord avec la Cour d'appel que le jury a dû conclure que Schneider était l'âme dirigeante de la société CD et que cette conclusion était appuyée par la preuve produite au procès.

On dit que DeRome était l'âme dirigeante de MIL. Il est mort en août 1970. Or, le contrat visé par le chef d'accusation n° 2, le seul chef d'accusation en cause en cette Cour, a été conclu en 1969. Selon la Cour d'appel, il y avait des éléments de preuve à l'appui de la conclusion que le jury a dû nécessairement tirer, c'est-à-dire que DeRome était l'âme dirigeante de MIL, conclusion qui n'est pas contestée devant nous.

In the case of the appellants Porter and Richelieu, Rindress was found by the Court of Appeal to be the directing mind of each of these appellants. This was not challenged in this Court.

I turn to the submission by the appellants that the identification theory cannot import into the criminal law a brand of vicarious liability under any of the authorities where the wrongful acts of the directing mind were done in fraud on the employer, for the benefit of the employee, or contrary to the instructions issued by the employer. Whether there be evidence to support a finding that the employee of each of these appellants acted in fraud on the employer, for his own benefit, or contrary to instructions, I set aside until after the applicability of these defences in Canadian criminal law is examined.

The third defence, acts carried out in the face of express instructions to the contrary, is susceptible to easy disposition. Neither the trial judge nor the Court of Appeal dealt squarely with this issue, although it came up obliquely on the issue of authorization. This treatment of this matter could not have affected the result. The argument that actions taken by an employee contrary to express instructions cannot be attributed to the corporate employer in order to found criminal liability, was advanced most forceably by the late Mr. Laidlaw on behalf of CD with reference to counts 3, 4 and 5 only. Martin, the President of CD, testified that he warned Schneider that bid-rigging activities were not to be undertaken on pain of dismissal. These discussions were put to the jury but only in relation to the issue of CD's criminal responsibility through the authorization of Schneider to bid-rig. Martin was acquitted, CD was convicted. It follows inexorably that the jury did not find that Schneider was authorized expressly or implicitly to rig bids. It follows in turn that the jury of necessity concluded that Schneider was the directing mind of CD. Accepting that the acquittal of Martin raises a possibility that an express prohibition was issued, the failure to charge the jury with respect to the relationship between express instructions not

Quant aux appelantes Porter et Richelieu, la Cour d'appel a conclu que Rindress était leur âme dirigeante. Ce point n'a suscité aucune contestation en cette Cour.

<sup>a</sup> Passons à l'argument des appelantes selon lequel la jurisprudence ne permet pas, par le biais de la théorie de l'identification, d'introduire dans le droit criminel une espèce de responsabilité du fait d'autrui lorsque les actes illégaux de l'âme dirigeante ont été commis de façon frauduleuse à l'égard de l'employeur, pour l'avantage de l'employé, ou contrairement aux instructions de l'employeur. Avant d'arriver à la question de savoir si la preuve justifie une conclusion qu'en l'espèce l'employé en cause de chacune des appelantes a agi frauduleusement envers son employeur, pour son propre avantage, ou contrairement aux instructions qu'il a reçues, je me propose d'étudier l'applicabilité de ces moyens de défense en droit criminel canadien.

<sup>e</sup> Le troisième moyen de défense, celui relatif aux actes commis en désobéissance à des instructions expresses, ne présente pas de difficulté. Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont abordé directement ce point, bien qu'il ait été soulevé de façon incidente relativement à la question de savoir s'il y a eu autorisation. Toutefois, cela n'a pu avoir d'incidence sur l'issue du litige. Ce n'est que relativement aux chefs d'accusation 3, 4 et 5 que feu M<sup>e</sup> Laidlaw, pour le compte de CD, a vraiment insisté sur l'argument voulant que les actes commis par un employé contrairement à des instructions expresses ne puissent être imputés à la compagnie employeur de manière à fonder une conclusion de responsabilité criminelle de celle-ci. Martin, président de CD, a témoigné avoir averti Schneider qu'il fallait, sous peine de renvoi, s'abstenir de truquer les soumissions. Les entretiens sur ce sujet ont été signalés au jury, mais seulement dans le contexte de la question de savoir si CD avait autorisé Schneider à truquer les soumissions, entraînant ainsi sa responsabilité criminelle. Martin a été acquitté alors que CD a été déclarée coupable. Il s'ensuit inexorablement que le jury n'a pas conclu que Schneider avait reçu l'autorisation expresse ou implicite de truquer les soumissions. Il s'ensuit également que le jury a dû nécessairement

to engage in illegal activity and the attraction of corporate criminal liability via the identification theory would only be of consequence if such instructions in law can affect corporate criminal liability. If the law recognized such a defence, a corporation might absolve itself from criminal consequence by the simple device of adopting and communicating to its staff a general instruction prohibiting illegal conduct and directing conformity at all times with the law. That is not to say that such an element is without relevance when considering corporate liability with reference to offences of strict liability, *supra*. Where, however, the court is concerned with those *mens rea* offences which can in law be committed by a corporation, the presence of general or specific instructions prohibiting the conduct in question is irrelevant. The corporation and its directing mind became one and the prohibition directed by the corporation to others is of no effect in law on the determination of criminal liability of either the directing mind or the corporation itself by reason of the actions of the directing mind. This accords with the result reached in other courts.

In the Australian case, *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, *supra*, at p. 105, Jeffriess J. held the company criminally liable despite the employee's breach of company instructions because the employee:

... represented the mind and will of the company ... The position would be otherwise had the purchase been made by a storeman, or some servant in a similar capacity contrary to his instructions.

The United States federal courts, operating under the vicarious liability concept, have taken

conclure que Schneider était l'âme dirigeante de CD. Si l'on admet que l'acquittement de Martin établit la possibilité qu'une interdiction expresse ait été prononcée, l'omission de donner au jury des directives concernant le rapport qui peut exister entre des instructions expresses interdisant la participation à des activités illégales et la responsabilité criminelle d'une compagnie par l'application de la théorie de l'identification ne serait importante que si, en droit, ces instructions peuvent avoir une incidence sur la responsabilité criminelle de ladite compagnie. Dans l'hypothèse où le droit reconnaîtrait un tel moyen de défense, une compagnie, pour échapper à toute responsabilité criminelle, n'aurait qu'à adopter et à communiquer à son personnel une directive générale interdisant toute conduite illégale et imposant l'obligation de toujours obéir à la loi. Mais ce n'est pas dire que cela n'est pas un élément dont on pourrait tenir compte dans un examen de la responsabilité d'une compagnie relativement aux infractions de responsabilité stricte dont nous avons déjà parlé. Toutefois, lorsque la cour doit statuer sur les infractions exigeant la *mens rea* qui, en droit, peuvent être commises par une compagnie, le fait qu'il y a eu des instructions générales ou précises interdisant la conduite en question n'est pas pertinent. La compagnie et son âme dirigeante sont devenues une seule entité et l'interdiction que ladite compagnie a pu adresser à d'autres personnes n'a, en droit, aucun effet sur la détermination de la responsabilité criminelle soit de son âme dirigeante, soit de la compagnie elle-même en raison des actes de l'âme dirigeante. Cela concorde avec la conclusion tirée par d'autres tribunaux.

Dans la décision australienne *Grain Sorghum Marketing Board v. Supastok Pty. Ltd.*, précitée, à la p. 105, le juge Jeffriess a conclu à la responsabilité criminelle d'une compagnie en dépit du fait que l'employé n'avait pas suivi les instructions de celle-ci, parce que l'employé:

[TRADUCTION] ... représentait l'âme dirigeante de la compagnie ... Il en aurait été autrement si l'achat avait été fait, contrairement aux instructions qu'il avait reçues, par un manutentionnaire ou par quelque autre employé exerçant des fonctions semblables.

Les cours fédérales des États-Unis, qui appliquent la doctrine de la responsabilité du fait d'au-

the same view. In *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (1972) (9th CCA), at pp. 1006-07, the Court balanced the general instructions given to a manager to maximize profits against directions to the manager to obey the anti-trust provisions of the *Sherman Act* and concluded that the former would in reality prevail. The view was expressed that the profits from such a violation would be realized by the corporation; the isolation of the employee directly responsible for the breach is difficult in these cases; and punishment of the business entity is both appropriate and effective. Accordingly, conviction was confirmed so long as the test in vicarious liability, that the employee was acting in the scope of his employment, was met even though the employee at the time was acting contrary to general corporate policy and express instructions. The Court added a rider that seems to leave the door open to such a defence when it said, at p. 1007:

Appellant could not gain exculpation by issuing general instructions without undertaking to enforce those instructions by means commensurate with the obvious risks.

This hints of a shade of the strict liability defence. The defence was rejected in two Canadian courts: *Upholsterers International Union of North America, Local 1 v. Hankin & Struck Furniture Ltd.* (1964), 49 W.W.R. 33 (B.C.C.A.), and *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.*, [1974] 4 W.W.R. 516 (Alta. D.C.)

The argument of express prohibition was not made by MIL and there is no evidence to support such a submission. Reference was made to such a defence in the abstract by counsel for Porter and Richelieu but no evidence was identified in support and I can find none in the record. The last part of both questions put to this Court should accordingly be answered in the negative.

The two remaining issues as to the effect, if any, of the directing mind of the corporation "acting in whole or in part in fraud on the corporation" or "wholly or partly for his own benefit" raise problems both of terminology and substance. The two questions in substance raise the same legal issues.

trui, ont exprimé le même avis. Dans l'arrêt *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (1972) (9th CCA), aux pp. 1006 et 1007, la cour a soupesé les instructions générales données à un directeur de maximiser les profits et des instructions l'engageant à obéir aux dispositions anti-trust de la *Sherman Act*, et a conclu que c'était le premier qui devait en réalité l'emporter. La cour a estimé que les profits résultant d'une violation reviendraient à la compagnie; qu'il est difficile dans ce genre de cas d'isoler l'employé directement responsable de l'infraction; et qu'il est alors approprié et efficace de punir l'entité commerciale. Par conséquent, la déclaration de culpabilité devait être confirmée, à condition qu'on satisfasse au critère de la responsabilité du fait d'autrui, savoir que l'employé a agi dans le cadre de son emploi, même si ses actes étaient contraires à la politique générale de la compagnie et à ses instructions expresses. Mais, plus loin, la cour semble laisser la porte ouverte à un tel moyen de défense, parce qu'elle dit, à la p. 1007:

[TRADUCTION] L'appelante ne pourrait se disculper en donnant des instructions générales, sans voir à leur application par des moyens proportionnés aux risques manifestes.

Voilà qui ressemble à une variante du moyen de défense de la responsabilité stricte qui a été rejeté par deux cours canadiennes: *Upholsterers International Union of North America, Local 1 v. Hankin & Struck Furniture Ltd.* (1964), 49 W.W.R. 33 (C.A.C.-B.), et *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.*, [1974] 4 W.W.R. 516 (C.D. Alb.)

MIL n'a pas invoqué l'existence d'une interdiction expresse et rien dans la preuve n'appuie un tel argument. L'avocat de Porter et de Richelieu a mentionné indirectement ce moyen de défense, mais il n'a produit aucun élément de preuve à l'appui et je n'en trouve pas au dossier. Il s'ensuit que la dernière partie des deux questions posées à cette Cour doit recevoir une réponse négative.

Les deux questions encore à résoudre, savoir que se passe-t-il si l'âme dirigeante de la compagnie «agit, en totalité ou en partie, frauduleusement à l'égard de la compagnie» ou «en totalité ou en partie pour son propre avantage» posent des problèmes de terminologie et aussi de fond. Les points

The immediate question which arises is whether or not there is, in fact and in law, any controlling difference between a directing mind acting in fraud of the corporation and a directing mind acting on behalf of the corporation as its managerial arm but doing so for his own benefit. As will be mentioned below, there are fine factual distinctions which one can make between the two concepts. In substance, however, these appeals can be more usefully analysed if the practical view is taken that the situation as between the corporation and its directing mind is the same whether the directing mind is acting in fraud of the corporation or whether he is acting against the interests of the corporation for his own benefit.

The identification theory was inspired in the common law in order to find some pragmatic, acceptable middle ground which would see a corporation under the umbrella of the criminal law of the community but which would not saddle the corporation with the criminal wrongs of all of its employees and agents. If there were to be no outer limit on the reach of the doctrine, the common law would have established criminal corporate liability by the doctrine of *respondeat superior*. What then is the appropriate outer limit of the attribution of criminal conduct of a directing mind when he undertakes activities in fraud of the corporation or for his own benefit?

Parker A.C.J.H.C. dealt with these issues in a single formula in his charge to the jury. He then adapted that formula to the circumstances as revealed in the evidence of each of the many accused including these four appellants. The general proposition of law relating to corporate criminal liability was expressed by the Associate Chief Justice, in his directions to the jury, in this way:

A company may be responsible for the criminal acts of its servant in two situations; (1) if the servant has authority, express or implied, to do the act, or (2) if the servant is virtually its directing mind in the sphere of

de droit soulevés sont essentiellement les mêmes dans les deux cas. La question qui surgit immédiatement est de savoir s'il existe en fait et en droit une différence importante entre le cas d'une âme dirigeante qui agit frauduleusement à l'égard d'une compagnie et celui d'une âme dirigeante qui, en sa qualité de directeur, agit pour le compte de la compagnie, mais pour son propre avantage. Comme nous allons le voir plus loin, on peut faire, au niveau des faits, des distinctions subtiles entre ces deux cas. Au fond, toutefois, il vaudrait mieux, aux fins de la présente analyse, adopter le point de vue pratique selon lequel les rapports entre la compagnie et son âme dirigeante restent les mêmes, que cette dernière agisse frauduleusement à l'égard de ladite compagnie, ou qu'elle agisse contrairement aux intérêts de celle-ci pour son propre avantage.

La théorie de l'identification en *common law* a été inspirée par le désir de trouver un moyen terme à la fois pratique et acceptable qui permettrait qu'une compagnie soit soumise au droit criminel général, sans pour autant qu'elle ait à répondre des actes criminels de chacun de ses employés et mandataires. Si l'intention avait été de n'imposer aucune restriction à la portée de cette doctrine, la *common law* aurait fondé la responsabilité criminelle des sociétés sur la doctrine de *respondeat superior*. Jusqu'à quel point convient-il donc d'imputer à une compagnie la conduite criminelle de son âme dirigeante lorsque celle-ci agit frauduleusement envers la compagnie ou pour son propre avantage?

Dans ses directives au jury, le juge en chef adjoint Parker a réglé ces questions dans une seule formule qu'il a ensuite adaptée aux circonstances révélées par les témoignages de chacun des nombreux accusés, y compris les quatre appelantes en cette Cour. La règle générale de droit en ce qui a trait à la responsabilité criminelle d'une compagnie est ainsi exprimée dans les directives du Juge en chef adjoint au jury:

[TRADUCTION] Il y a deux situations dans lesquelles une compagnie peut être responsable des actes criminels de son employé: (1) si l'employé a été expressément ou implicitement autorisé à commettre les actes, ou (2) si l'employé est en pratique l'âme dirigeante de cette compagnie dans le domaine de ses attributions, de sorte que

duty assigned to him so that his actions and intent are the very actions and intent of the company itself . . .

It should be noted that the appeal of each of the appellants in this Court proceeded on the basis that liability was not attracted on the first ground but on the basis of the identification theory. The Associate Chief Justice continued:

It is a question of fact for you whether or not a person was a directing mind of the company. A director may say that the company did not give authority to a particular employee to do a certain act. This may then negative express authority but leave untouched the scope of an agent's implied authority. If an agent is virtually the directing mind of the company, the failure of the directors to confer express authority on him to do the particular act is irrelevant.

The learned Associate Chief Justice applied this law to count 6, which relates to CD, as follows:

Counsel raised two more points for your consideration. He asked, "If Schneider acted without the knowledge and consent of the directors for his own benefit, not that of the company, then how can the company be responsible?"

There is no doubt Schneider was acting in his own self interest when he made a deal to take 20,000 [*sic* 200,000] in cash for 300,000 on the score sheet, but, nevertheless, he did agree to submit a fictitious high tender on behalf of Canadian Dredge and Dock. The company's tender went in and it accomplished the purpose it was intended to accomplish. J.P. Porter got the bid.

The law is that if a corporation puts an employee in a position where he is in control of a particular sphere of its operations so that he is virtually a company mind and will in the sphere of duty assigned to him, the company is responsible for his actions within that sphere. It doesn't matter that he was acting for his own benefit.

Counsel submitted that he called three directors who said that they had no knowledge; that they gave no authority to Schneider and that the by-laws required Schneider to take the direction of the board. The same

ses actes et son intention deviennent les actes et l'intention de la compagnie elle-même . . .

Signalons ici que chacune des appelantes en cette Cour a tenu pour acquis que la responsabilité était fondée non pas sur la première hypothèse, mais sur la théorie de l'identification. Le Juge en chef adjoint ajoutait:

[TRADUCTION] La question de savoir si une personne était l'âme dirigeante de la compagnie est une question de fait qu'il vous appartient de trancher. Un administrateur peut déclarer que la compagnie n'a pas autorisé tel employé à accomplir tel acte. Cela peut alors constituer une preuve de l'absence d'une autorisation expresse, mais ne prouve rien concernant la portée du pouvoir accordé implicitement à un mandataire. Si un mandataire est en pratique l'âme dirigeante de la compagnie, il est sans importance que les administrateurs de celle-ci ne l'aient pas expressément autorisé à accomplir l'acte en question.

Le savant Juge en chef adjoint a appliqué ce principe au chef d'accusation n° 6, visant CD, en ces termes:

[TRADUCTION] L'avocat a soulevé deux autres points que vous devez examiner. Il a demandé: «Si Schneider a agi à l'insu des administrateurs et sans leur consentement, à son propre avantage et non pas à celui de la compagnie, comment peut-on alors conclure à la responsabilité de celle-ci?»

Il ne fait pas de doute que Schneider a agi dans son propre intérêt en concluant un accord en vertu duquel il accepterait 20 000 \$ (*sic* 200 000 \$) en argent comptant pour les 300 000 \$ inscrits sur la feuille de pointage. Néanmoins, il s'est engagé à faire pour le compte de Canadian Dredge and Dock une soumission fictive élevée. Cette soumission a été faite et a eu l'effet souhaité: J.P. Porter s'est vu adjuger le marché.

Or, en droit, si une compagnie met un employé en position de diriger un aspect particulier de ses opérations, de sorte que, dans le domaine qui relève de sa compétence, cet employé est en pratique l'âme dirigeante de la compagnie, celle-ci est responsable des actes qu'il accomplit dans ce domaine. Que l'employé ait agi pour son propre avantage est dès lors sans importance.

L'avocat dit avoir fait témoigner trois administrateurs qui ont affirmé qu'ils n'étaient pas au courant des actes en question; qu'ils n'avaient pas autorisé Schneider à les commettre; et que, aux termes des statuts de la compagnie, Schneider était tenu de suivre les directives du conseil d'administration. La même règle de droit s'applique. Si Schneider était effectivement l'âme dirigeante de

law applies. If Schneider was a directing mind of the company, express or implied authority wouldn't matter.

The issue is, at the time of the Hamilton bid was Schneider a directing mind. Remember that the new directors had not yet been appointed. The take-over didn't occur until December the 17th. Whether or not the directors subsequently appointed knew of the bid-rigging may go to their own guilt. We are not concerned with that at this time, only the guilt or innocence of the company.

If you find that Schneider submitted a fictitious bid at Hamilton and if you find that at that time he was a directing mind of T.C. Gorman, now known as Canadian Dredge and Dock Company Limited, then that accused would be responsible even if Schneider was acting in his own self interest and without express or implied authority from the company.

On the same count the jury was charged as follows with respect to the liability of the accused Porter:

... if the company places an employee in a certain position and gives him the authority to act legally within a particular sphere so that his acts are virtually the acts of the company and he is a directing mind of the company within that sphere of operations, then the company is responsible for his criminal acts regardless of whether or not he is acting in fraud of the company.

The learned Associate Chief Justice consistently charged the jury on the same basis.

The Court of Appeal, on the general principle of corporate liability in Canadian criminal law, agreed with the learned trial judge (p. 312, *supra*). On the effect on the criminal liability of a corporate master where the employee, the directing mind, acts in fraud upon the corporation, the Court of Appeal rejected the appellants' submissions (at p. 315):

Where superior officers of the company who are its directing minds act dishonestly in the functions delegated to them, it seems consistent with public policy to hold the corporation criminally liable. The imposition of criminal liability on the corporation in these circumstances stimulates shareholders to exercise stricter

la compagnie, il n'était pas nécessaire qu'il ait reçu une autorisation, expresse ou implicite.

La question est de savoir si, au moment de la soumission relative à Hamilton, Schneider avait la qualité d'âme dirigeante. Rappelez-vous qu'on n'avait pas encore nommé les nouveaux administrateurs. L'acquisition n'a eu lieu que le 17 décembre. La connaissance du truquage des soumissions qu'ont pu avoir les administrateurs nommés par la suite peut être déterminante sur la question de leur propre culpabilité. Mais là n'est pas la question en l'espèce; seule nous intéresse ici la culpabilité ou l'innocence de la compagnie.

Si vous concluez que Schneider a fait une soumission fictive pour les travaux à Hamilton et que vous arrivez à la conclusion que, à cette époque-là, il était l'âme dirigeante de T.C. Gorman, connue maintenant sous le nom de Canadian Dredge and Dock Company Limited, alors cette accusée serait responsable, même si Schneider agissait pour son propre avantage et sans l'autorisation expresse ou implicite de la compagnie.

Sur le même chef d'accusation, le jury a reçu les directives suivantes concernant la responsabilité de l'accusée Porter:

[TRADUCTION] ... si la compagnie place un employé dans un poste déterminé, lui conférant le pouvoir d'agir légalement dans un certain domaine, de sorte que ces actes sont, en pratique, les actes de la compagnie, et que cet employé soit l'âme dirigeante de la compagnie dans les opérations qui relèvent de ce domaine, alors la compagnie est responsable des actes criminels dudit employé, que celui-ci ait ou non agi frauduleusement à son égard.

Dans chaque cas, le savant Juge en chef adjoint a donné les mêmes directives au jury.

La Cour d'appel, appliquant le principe général de la responsabilité des compagnies en droit criminel canadien, a été du même avis que le savant juge du procès (précité, à la p. 312). Sur la question de la responsabilité criminelle d'un employeur qui est une compagnie lorsqu'un employé qui est son âme dirigeante agit frauduleusement à son égard, la Cour d'appel a rejeté les arguments des appelantes (à la p. 315):

[TRADUCTION] Lorsque les cadres supérieures qui sont les âmes dirigeantes d'une compagnie agissent malhonnêtement dans l'exercice des fonctions qui leur sont déléguées, il semble conforme à l'intérêt public de conclure à la responsabilité criminelle de la compagnie. Il s'agit là d'une façon d'inciter les actionnaires à exercer

supervision and control in the selection of its directors and compels directors to be alert to the corporate practices of its senior personnel.

We would therefore not give effect to the argument that a finding of fraud perpetrated by these officers against their companies precluded a finding of criminal liability against those companies.

It has been said by many authors that no social purpose is served by convicting a corporation whose directing mind has acted throughout in fraud of that corporation and its undertaking. Similarly, where the wrongful act is conceived and designed to benefit only the directing mind and without any benefit to the corporate employer, it has been said that no social purpose is served by convicting a corporation in such a circumstance.

The leading case is *Moore v. I. Bresler, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 515. This case was decided about the same time as the judgments came down in *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, *supra*, and *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, *supra*, and brought into prominence in the criminal law the *rationale* for the identification theory established thirty years earlier in *Lennard's case*, *supra*. *Moore v. Bresler*, citing *Kent, supra*, dealt with the defence raised by the corporate accused that its agents, its officers and employees, the co-accused who actually committed the acts in question, had done so in fraud on their employer, the corporate accused. The individual accused were the corporate secretary, who was also a general manager of the company's branch in question, and the sales manager of the same branch. Acting in collusion, they sold some of the company's stock in trade and kept the proceeds without making any entry of the transaction in the corporate accounts. These sales were clearly made in fraud on the corporation and without knowledge in the board of directors or officials of the company. The two employees then filed false tax returns, no doubt reflecting only fraudulent sales made by the co-defendants. From the facts revealed in the judgments, it would

une surveillance et un contrôle plus stricts sur la sélection des administrateurs de la compagnie; en même temps, cela oblige les administrateurs à faire preuve de vigilance à l'égard des activités professionnelles de leurs cadres.

Nous rejetons donc l'argument selon lequel une conclusion que les membres de la direction des compagnies en cause ont fraudé leurs employeurs empêche de conclure à la responsabilité criminelle de ces derniers.

Bon nombre d'auteurs ont dit qu'il n'y a aucun avantage social à déclarer coupable une compagnie dont l'âme dirigeante a, à tous les égards, agi frauduleusement envers elle et son entreprise. De même, lorsque l'acte illégal est expressément conçu pour profiter uniquement à l'âme dirigeante sans aucun avantage pour la compagnie employeur, on a dit que, du point de vue social, il ne sert à rien à ce moment-là de déclarer une compagnie coupable dans ces circonstances.

C'est l'arrêt *Moore v. I. Bresler, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 515, qui fait autorité dans ce domaine. Cet arrêt, qui est à peu près contemporain des décisions *Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, précitée, et *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.*, précitée, a fait ressortir la raison d'être de la théorie de l'identification en droit criminel, théorie formulée trente ans auparavant dans l'arrêt *Lennard*, précité. L'arrêt *Moore v. Bresler*, dans lequel on a cité l'arrêt *Kent*, précité, porte sur le moyen de défense inspiré par une compagnie accusée selon lequel les mandataires, les membres de la direction et les employés, les véritables coauteurs des actes en cause, avaient agi frauduleusement à l'égard de leur employeur, la compagnie accusée. Les personnes accusées étaient le secrétaire de la compagnie, qui était également directeur général de la succursale en question de la compagnie accusée, et le directeur des ventes de la même succursale. Agissant par collusion, ils ont vendu une partie du stock de la compagnie, conservant eux-mêmes le produit sans inscrire l'opération dans les comptes de la compagnie. Les ventes en question constituaient manifestement une fraude envers la compagnie, perpétrée à l'insu de son conseil d'administration et des membres de sa direction. Les deux employés ont ensuite produit des fausses déclarations d'impôt sur le revenu qui,



appear that the purchasers from the individual defendants received good title to the merchandise wrongfully sold to them. The King's Bench Division found that the employees were the directing minds, and because they were acting in the scope of their authority in making the sales which were carried out in the performance of their responsibilities and duties to the company, the company was accordingly liable for their acts.

On appeal, Viscount Caldecote C.J. applied the 'guiding mind of the company' theory and imputed the acts of the employee-defendants to the corporate-defendant (pp. 516-17):

These two men were important officials of the company, and when they made statements and rendered returns which were proved in this case, they were clearly making those statements and giving those returns as the officers of the company, the proper officers to make the returns. Their acts, therefore, as, indeed, the Recorder seems to have been prepared to agree, were the acts of the company.

The Lord Chief Justice did not mention the defence of fraud on the company by its co-defendants, the directing minds. Birkett J., the third member of the Court, adopted the reasons of Humphreys J. who rejected this defence. Humphreys J. in his judgment stated at p. 517:

... and the sale is not less made with the authority of the master because the employee means to put into his own pocket the proceeds of the sale when he receives them. That is what the Recorder goes on to say, that those sales were made—not that the returns were made—in fraud of the respondents. That is perfectly true, but there is no authority that I am aware of, and there is a very great deal of authority to the contrary, for the proposition that because a servant does something in fraud of his master, although it is something which he is actually paid to do, such as a sales manager making a sale, that, therefore, the master is not responsible for the sale.

sans doute, faisaient uniquement mention des ventes inscrites, passant sous silence les ventes frauduleuses. D'après les faits révélés dans les jugements, les acheteurs paraissent avoir reçu des défendeurs un titre valable sur les marchandises que ces derniers leur ont vendues illégalement. La Division du Banc du Roi a conclu que les employés en question étaient les âmes dirigeantes de la compagnie et que, puisqu'ils n'avaient pas excédé leur pouvoir en faisant les ventes, les ayant effectuées dans le cadre de l'exécution de leurs devoirs et responsabilités envers la compagnie, celle-ci était responsable de leurs actes.

En appel, le juge en chef, le vicomte Caldecote, a appliqué la théorie de [TRADUCTION] «l'âme dirigeante de la compagnie», ce qui lui a permis d'imputer les actes des employés défendeurs à la compagnie défenderesse (aux pp. 516 et 517):

[TRADUCTION] Ces deux hommes étaient des membres importants de la direction de la compagnie et, quand ils faisaient des déclarations et qu'ils produisaient des déclarations d'impôt sur le revenu (et on a prouvé qu'ils l'ont fait en l'espèce), ils agissaient manifestement en leur qualité de membres de la direction de la compagnie, dûment autorisés à cet effet. Il s'ensuit que leurs actes, tel semble d'ailleurs avoir été l'avis du Recorder, étaient aussi les actes de la compagnie.

Le lord juge en chef n'a pas mentionné le moyen de défense de la fraude perpétrée contre la compagnie par ses codéfendeurs, ses âmes dirigeantes. Le juge Birkett, le troisième membre de la cour, a fait siens les motifs du juge Humphreys qui a rejeté ce moyen de défense. Le juge Humphreys écrit, à la p. 517:

[TRADUCTION] ... et ce n'est pas parce que l'employé entend empocher lui-même le produit qu'une vente n'a pas été faite avec l'autorisation de l'employeur. C'est ce que souligne d'ailleurs le Recorder: que ces ventes constituaient une fraude envers l'intimée, et non qu'il s'agissait de déclarations frauduleuses d'impôt sur le revenu. Cela est bien vrai, mais je ne connais aucune décision (tandis qu'il y a une jurisprudence abondante qui va dans le sens contraire) qui établit que, lorsqu'un employé agit frauduleusement envers son employeur, même si l'acte en question entre dans ses attributions (comme c'est le cas d'un directeur des ventes qui effectue une vente), l'employeur n'est pas responsable de cet acte.

Thus all members of the Court found the criminal actions of the co-defendant directing minds were in law imputed to the company and two members expressly rejected the defence that the corporate defendant, wholly unaware of these acts, could not be criminally responsible therefor because they were done by its employees wholly in fraud on the company. The Lord Chief Justice, by implication, also rejected this defence but apparently on the ground that the fraudulent conduct above would not take the co-defendants out of the scope of their employment and hence the corporate defendant would be criminally responsible. That result seems to be a blend of the vicarious liability and the directing mind theories. As has been seen, the term "course of employment" has a different meaning with reference to the directing mind concept than in the tracing of tortious liability in a corporation or any other master.

This is the case upon which the Court of Appeal below relied, as did the respondent in this Court, for the denial of the defence advanced by all four appellants of fraud on the company and the related defence that the actions in question were taken entirely for the benefit of the individual employees, the directing minds of the appellants. This case has been mentioned in a few subsequent judgments of the courts of the United Kingdom and this country but has never been applied in the Court of Appeal or the House of Lords in England or in this Court. The judgment has been decried by several authors: S.M. Waddams, "Alter Ego and the Criminal Liability of Corporations" (1966), 24 *U.T. Fac. L.R.* 145, at pp. 148-149; R.S. Welsh, "The Criminal Liability of Corporations" (1946), 62 *L.Q.R.* 345, at p. 359; John Andrews, "Reform in the Law of Corporate Liability," [1973] *Crim. L.R.* 91; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), at p. 520; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983) at p. 973; C.M. Fien "Corporate Responsibility under Criminal Law" (1973), 5 *Man. L.J.* 421, at p. 427; *Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (41st ed.

Donc, tous les membres de la cour ont été unanimes à conclure que les actes criminels des codéfendeurs qui avaient la qualité d'âme dirigeante étaient en droit imputables à la compagnie. Deux juges ont expressément rejeté le moyen de défense selon lequel la compagnie défenderesse, qui ne savait absolument rien de ces actes, ne pouvait pas en porter la responsabilité criminelle parce qu'ils avaient été commis par ses employés qui avaient agi d'une façon entièrement frauduleuse à son égard. Le lord juge en chef a lui aussi implicitement repoussé ce moyen de défense, mais apparemment pour le motif que la conduite frauduleuse susmentionnée ne faisait pas sortir les codéfendeurs du cadre de leur emploi; par conséquent, la compagnie défenderesse était responsable en droit criminel. Cette conclusion semble résulter d'un mélange de la théorie de la responsabilité du fait d'autrui et de celle de l'âme dirigeante. Comme nous l'avons déjà constaté, le sens de l'expression «cadre de l'emploi» varie selon qu'il s'agit d'appliquer le principe de l'âme dirigeante ou d'établir la responsabilité délictuelle d'une compagnie ou d'un autre employeur.

C'est sur cet arrêt que la Cour d'appel s'est fondée, tout comme l'intimée en cette Cour, pour faire échec au moyen de défense invoqué par chacune des quatre appelantes en l'espèce, savoir qu'elles avaient été victimes de fraude, et le moyen de défense connexe que les actes en cause avaient été commis uniquement pour l'avantage des employés individuels, les âmes dirigeantes des appelantes. Bien que cet arrêt soit mentionné dans certaines décisions des cours du Royaume-Uni et de ce pays, ni la Cour d'appel ni la Chambre des lords d'Angleterre ni cette Cour ne l'ont jamais appliqué. Il a d'ailleurs suscité les critiques de plusieurs auteurs: S.M. Waddams, «Alter Ego and the Criminal Liability of Corporations» (1966), 24 *U.T. Fac. L.R.* 145, aux pp. 148 et 149; R.S. Welsh, «The Criminal Liability of Corporations» (1946), 62 *L.Q.R.* 345, à la p. 359; John Andrews, «Reform in the Law of Corporate Liability,» [1973] *Crim. L.R.* 91; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), à la p. 520; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), à la p. 973; C.M. Fien, «Corporate Responsibility under Criminal Law» (1973), 5 *Man. L.J.* 421, à la p.

1982), at p. 995; cf.: Harvey Yarosky, "The Criminal Liability of Corporations" (1964), 10 *McGill L.J.* 142, at p. 148.

Critical comments have been founded largely on the basis that acts of employees taken wholly in fraud of the corporation, done in circumstances wherein no awareness arose in the corporation of the planning and perpetration of the wrongful acts, and not occurring by reason of any failure on the part of the corporation to supervise its operations in accordance with accepted management standards of the day, should not be imputed to the corporation for the purpose of investing criminal liability. No purpose, it is said, could be served by so doing and the community would be no better protected by such a principle. See M.W. Caroline, "Corporate Criminality and the Courts: Where are they Going?" (1985), 27 *C.L.Q.* 237, at pp. 245-46.

The question arises as to whether on the facts and charge of *Moore v. Bresler* there is a defence in respect of either a fraud charge or the *Tax Act* charge in the corporation by reason of the fact that the dishonest act was committed by the directing mind but in fraud on the company or wholly or partly for the benefit of the dishonest employee. Were the charge in question a charge of fraud, there would clearly be no benefit to the corporation, and indeed the design of the dishonest employee was aimed squarely at reducing the financial stature of the employer. It can hardly be said with any reality that a person designing and executing such a scheme could be, while doing so, the directing mind and the *ego* of the company itself. That being so, no longer would we be faced with the logical conundrum that a person however dishonest cannot defraud himself. Once the *ego* is split into its original two parts that problem disappears. The employee would be guilty of fraud and the victim of that fraud would be the company. The victim would, in all logic, have a defence against a charge that it too had committed fraud in its own right. Were the criminal law otherwise, it would not provide protection of any interest in the community. Punishment of the corporation for such acts of its employee would not advantage

427; *Archbold's Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (41st ed. 1982), à la p. 995; cf.: Harvey Yarosky, «The Criminal Liability of Corporations» (1964), 10 *McGill L.J.* 142, à la p. 148.

<sup>a</sup> Les critiques se fondent principalement sur ce que, aux fins de l'attribution de la responsabilité criminelle, il ne faut pas imputer à une compagnie les actes que ses employés ont pu commettre de façon entièrement frauduleuse à son égard, dans des circonstances où elle n'était au courant ni du dessein de commettre les actes illégaux ni de leur perpétuation, lorsque ces actes ne résultent pas de l'omission de la compagnie de surveiller ses activités d'une manière conforme aux normes reçues en matière de gestion. On prétend qu'il ne servirait rien d'imputer les actes en question à la compagnie et que la collectivité n'en serait pas mieux protégée. Voir M.W. Caroline, «Corporate Criminality and the Courts: Where are they Going?» (1985), 27 *C.L.Q.* 237, aux pp. 245 et 246.

<sup>e</sup> On peut se demander si, compte tenu des faits de l'affaire *Moore v. Bresler*, la compagnie en cause pouvait opposer à une accusation de fraude ou à l'accusation fondée sur la loi fiscale le fait que l'acte malhonnête avait été commis par l'âme dirigeante, mais d'une façon frauduleuse envers la compagnie, ou qu'il avait été commis en totalité ou en partie pour l'avantage de l'employé malhonnête. Si on s'était trouvé en présence d'une accusation de fraude, la compagnie n'aurait manifestement pas reçu de bénéfice; d'ailleurs, l'employé malhonnête visait carrément à causer un tort financier à son employeur. Il ne peut pas être réaliste de prétendre que la personne qui conçoit et exécute un tel plan puisse être ce faisant l'âme dirigeante et l'incarnation de la compagnie. Ceci étant, cela écarte un problème fort épineux, parce qu'une personne, si malhonnête soit-elle, ne peut se frauder elle-même. Lorsqu'on sépare la compagnie d'avec son âme dirigeante, le problème est réglé. <sup>i</sup> L'employé serait alors coupable d'une fraude dont la victime aurait été la compagnie employeur. Dans ce cas, la victime aurait, selon toute logique, un moyen de défense contre une accusation qu'elle aussi était l'auteur d'une fraude. Si le droit criminel était différent, il ne protégerait aucun intérêt de la collectivité. Ce n'est pas en punissant une

society by advancing law and order. It is otherwise, however, where there is benefit to the corporation, in whole or in part, from the unlawful acts of its directing mind. The charge with reference to the tax returns raises different considerations.

The Court in *Moore v. Bresler* was dealing with a charge under the taxing statute, not fraud charges relating to the wrongful sales. If the Court had been dealing with a fraud charge, the effect of some of the dicta would be much clearer. In this transaction, the employees were doing two things. Firstly, they filed the tax return in order to comply with a statutory requirement for annual filing and by so doing they also sought to cover their tracks so that they would not be prosecuted for theft, fraud, embezzlement, etc. at the behest of their employer. At the same time as they were furthering their dishonest scheme, they were also filing a tax return which entitled the corporation to a lower tax payment than would be the case if the total revenue, real and constructive, of the company were revealed to the revenue collector. The sales were a fraud on the company but the false tax returns were not. They were a fraud on the community through the government department administering the *Tax Act*. The dishonest directing minds continued to act in the course of their assigned managerial duties when filing the tax returns. Thus, in a perverse way, it may be said that the company enjoyed a benefit in that the risk not only of suffering loss of revenue through embezzlement but also that the company would be taxed on the lost revenue, was somewhat reduced by the dishonest tax return. As it turned out, the company was exposed by the revenue collector to the actuality of the higher taxation. Once the dishonest employees are found to have been the directing minds of the company and once it is found that they were at the time of the commission of the dishonest acts acting in the course of their employment, in the sense that they were carrying out the enterprise and policies of the corporate employer, then their dishonest actions are attributed to the company whose liability in criminal law follows. The rule in *Moore v. Bresler*, if it is as broad as some have stated, may not be one which

compagnie quand un de ses employés commet un acte de ce genre qu'on favorisera l'ordre public. Toutefois, la situation est différente lorsque les actes illégaux de l'âme dirigeante profitent en totalité ou en partie à la compagnie employeur. L'accusation relative aux déclarations d'impôt sur le revenu soulève des considérations différentes.

Dans l'affaire *Moore v. Bresler*, la cour était appelée à se prononcer non pas sur des accusations de fraude relative aux ventes illégales, mais sur une accusation portée en vertu de la loi fiscale. S'il s'était agi d'une accusation de fraude, l'effet de certaines opinions qui y sont exprimées serait plus clair. Dans l'affaire en question, les employés ont fait deux choses. Premièrement, ils ont produit une déclaration d'impôt sur le revenu pour respecter les exigences de la loi qu'une déclaration soit produite annuellement. Ils ont essayé par ce même moyen de se protéger contre d'éventuelles poursuites pour vol, fraude, détournement de fonds, etc. intentées par leur employeur. La déclaration d'impôt qu'ils ont produite, tout en avançant leur dessein malhonnête, allégeait le fardeau fiscal de la compagnie par rapport à ce qu'elle aurait eu à payer si son revenu total, réel et présumé, avait été divulgué au fisc. Les ventes constituaient une fraude envers la compagnie, mais les fausses déclarations de l'impôt sur le revenu ne l'étaient pas. Il s'agissait plutôt d'une fraude contre la collectivité par le biais du service gouvernemental chargé de l'application de la loi fiscale. En produisant les déclarations d'impôt sur le revenu, les âmes dirigeantes malhonnêtes agissaient dans le cadre de leurs fonctions de gestion. Par conséquent, si illogique que cela puisse paraître, on peut dire que la compagnie a reçu un avantage en ce sens que la fausse déclaration d'impôt sur le revenu a dans une certaine mesure diminué la perte de revenus résultant du détournement de fonds, et aussi le risque d'avoir à payer l'impôt sur les revenus perdus. Or, il est arrivé que le fisc a tout de même frappé la compagnie d'un impôt plus élevé. Du moment qu'il est établi que les employés malhonnêtes étaient les âmes dirigeantes de la compagnie et que, au moment de la perpétration des actes illégaux, ils agissaient dans le cadre de leur emploi, en ce sens qu'ils s'occupaient des affaires de la compagnie employeur et qu'ils mettaient en œuvre les politi-

has its factual and theoretical roots in a transaction where a defence arises by reason of a total lack of benefit in the victim.

In *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37. Hughes J., sitting in the High Court of Justice, while not citing *Moore v. Bresler*, *supra*, (except indirectly through a reference to *Tesco*, *supra*) "reluctantly" applied the identification theory to attribute to the accused employer corporation the wrongful activities of its directing mind. In the *Parker* case, the company received no benefit by reason of the wrongful conduct of the directing mind and, in fact, was deprived of moneys it otherwise would have received. In the result, the corporation was convicted under the *Tax Act* and apparently assessed under that Act as well with reference to moneys wrongfully paid out by it through the illegal actions of its directing mind. The corporation was found criminally liable notwithstanding the resultant position of loss not only of the moneys taken from its treasury by its employee, but also the taxes payable by the corporation in excess of that which would otherwise have been payable. For a comment on this case see "A Feature of Corporate Criminal Liability or Why the Brains of a Corporation Are Not Necessarily Its 'Intimate Friends'" (1977-78), 2 *Can. Bus. L.J.* 474, by Dean Peter Burns.

*Bresler*, *supra*, finds a parallel in U.S. law in *Old Monastery Co. v. United States* 147 F.2d 905 (1945) (4th CCA). The defence of the corporate accused was that the acts of conspiracy in price fixing committed by its directing officers were not of benefit to the corporation, nor were they intended to benefit the corporation. Consequently it was argued that criminal liability could not result from the attribution of such acts to the corporation. The Court found criminal liability in the corporate defendant on the basis of the doctrine of vicarious

ques de celle-ci, leurs actes malhonnêtes sont imputés à la compagnie qui est alors responsable en droit criminel. Si la règle posée dans l'arrêt *Moore v. Bresler* a la vaste portée que lui prêtent certains, il se peut qu'elle ne tire son origine ni en fait ni en théorie du cas où il y a un moyen de défense fondé sur l'absence de tout avantage pour la victime.

Dans la décision *R. v. Parker Car Wash Systems Ltd.* (1977), 35 C.C.C. (2d) 37, le juge Hughes de la Haute Cour de Justice, bien qu'il n'ait pas mentionné l'arrêt *Moore v. Bresler*, précité (sauf indirectement par un renvoi à l'arrêt *Tesco*, précité), a appliqué, mais [TRADUCTION] «avec répugnance», la théorie de l'identification pour imputer à l'accusée, la compagnie employeur, les actes illégaux de son âme dirigeante. Dans l'affaire *Parker*, la compagnie n'a profité d'aucune façon de la conduite illégale de son âme dirigeante; au contraire, elle a été privée de fonds qu'elle aurait normalement reçus. En définitive, la compagnie a été déclarée coupable en vertu de la loi fiscale. De plus, elle a apparemment été, en vertu de la même loi, assujettie à l'impôt relativement aux sommes qu'elle a illégalement versées par suite des actes illégaux de son âme dirigeante. On a conclu à la responsabilité criminelle de la compagnie malgré les pertes qu'elle a subies par suite du détournement de fonds commis par son employé et par suite de l'obligation de payer de l'impôt en sus de ce qu'elle aurait normalement dû payer. Voir le commentaire du doyen Peter Burns, «A Feature of Corporate Criminal Liability or Why the Brains of a Corporation Are Not Necessarily Its 'Intimate Friends'» (1977-78), 2 *Can. Bus. L.J.* 474.

L'arrêt *Bresler*, précité, correspond à l'arrêt *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905 (1945) (4th CCA) en droit américain. La compagnie accusée a invoqué comme moyen de défense que les actes commis par les membres de sa direction dans le cadre d'un complot en vue de la fixation des prix ne lui ont apporté aucun avantage ni n'étaient censés avoir cet effet. On a donc fait valoir que l'attribution de ces actes à la compagnie ne pourrait entraîner sa responsabilité criminelle. Toutefois, appliquant la doctrine de la responsabi-

liability and specifically rejected the defence of "no benefit".

We do not accept benefit as a touchstone of corporate criminal liability; benefit, at best, is an evidential, not an operative, fact.

(*Per* Dobie J., at p. 908.)

The result is simple and direct vicarious liability of an otherwise innocent employer corporation.

In *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (1949) (7th CCA), at p. 20 corporate liability was attracted despite the fact that the corporation employer received no benefit from the actions of its agent. However, the Court did not need to decide whether an intention on the part of the wrongdoing employee to benefit the employer corporation by his unlawful activities was required in order to infect the corporation with criminal liability.

These two cases were followed by *Standard Oil Co. of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (1962) (5th CCA). In that case, the Court found the corporate employer innocent because the rule of vicarious liability did not attribute to the employer the dishonest actions of its employees where those employees intended that the corporation would receive no benefit from their dishonest activities. This result was achieved by simply concluding that such acts by an employee took him outside of the scope of his employment:

Of course the defendants do not contend, nor could they, that criminal accountability and actual benefit are equated. There have been many cases, and there may well be others in the future, in which the corporation is criminally liable even though no benefit has been received in fact. But while benefit is not essential in terms of result, the purpose to benefit the corporation is decisive in terms of equating the agent's action with that of the corporation. For it is an elementary principle of agency that "an act of a servant is not within the scope of employment if it is done with no intention to perform

lité du fait d'autrui, la cour a conclu à la responsabilité criminelle de la compagnie défenderesse et a formellement rejeté le moyen de défense de «l'absence d'avantage».

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Nous rejetons l'avantage comme critère de la responsabilité criminelle d'une compagnie; tout au plus, l'avantage est un fait probatoire et non pas substantiel.

<sup>b</sup> (Le juge Dobie, à la p. 908.)

Il en résulte que la responsabilité d'une compagnie employeur par ailleurs innocente est engagée par le fait d'autrui.

<sup>c</sup> Dans l'arrêt *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (1949) (17th CCA), à la p. 20), la compagnie employeur a été déclarée responsable même si elle n'avait reçu aucun avantage des actes de son mandataire. La cour n'avait toutefois pas à statuer sur la question de savoir si, pour entraîner la responsabilité criminelle de la compagnie employeur, il était nécessaire que l'employé, en perpétrant l'acte illégal, ait eu l'intention de lui <sup>d</sup> procurer un avantage quelconque.

Ces deux arrêts ont été suivis de l'arrêt *Standard Oil Co. of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (1962) (5th CCA). Dans cette affaire, la cour a conclu à l'innocence de la compagnie employeur parce que la règle de la responsabilité du fait d'autrui ne prêtait pas à l'employeur les actes malhonnêtes de ses employés lorsque l'intention de ces derniers a été de n'apporter aucun avantage à <sup>e</sup> la compagnie par leurs activités malhonnêtes. Cette conclusion reposait simplement sur ce que l'employé qui commet de tels actes n'agit pas dans le cadre de son emploi:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Bien entendu, les défendeurs ne soutiennent pas, ils seraient d'ailleurs irrecevables à le faire, que la responsabilité criminelle est directement fonction de l'avantage réellement reçu. Il y a eu beaucoup de cas, et il se peut bien qu'il y en ait d'autres encore, dans <sup>g</sup> lesquels une compagnie a été déclarée responsable en droit criminel sans pour autant avoir reçu d'avantage réel. Toutefois, quoiqu'il ne soit pas indispensable du point de vue de l'issue du litige d'avoir reçu un avantage, l'existence d'une intention de procurer un avantage à la compagnie est déterminante sur la question de savoir s'il y a lieu d'imputer à la compagnie l'acte de son mandataire. Car il est un principe fondamental du mandat

it as a part of or incident to a service on account of which he is employed.”

(*Per Brown J.*, at p. 128.)

Although the Court cited *Old Monastery, supra*, and did not say that it was being reversed, the clear and undeniable result is that it was reversed. There have been many similar decisions in the United States federal courts:

*United States v. Carter*, 311 F.2d 934 (1963) (6th CCA), at p. 942;

*United States v. Ridglea State Bank*, 357 F.2d 495 (1966) (5th CCA);

*United States v. Hilton Hotels Corp.*, *supra*, at p. 1006*n*;

*United States v. Basic Construction Co.*, *supra*, at p. 573;

*United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (1979) (9th CCA), at pp. 877-78;

*United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1982) (1st CCA), at pp. 241-42;

*United States v. Richmond*, 700 F.2d 1183 (1983) (8th CCA), at p. 1195*n*.

In all these United States Federal Court decisions the courts were determining the issue on the basis of the doctrine of vicarious liability and not on the identification theory and this is fundamental to an understanding of the treatment accorded the defences of fraud on the company for employee benefit.

The courts of New Zealand in *Nordik, supra*, were called upon to deal with almost the same factual situation as in *Bresler, supra*. The Court attributed to the corporation the fraudulent acts of its managing director who was virtually the sole shareholder. The tax returns in question were made properly by the company accountant from company records but because of the managing director's fraudulent conduct the company accounts did not reflect the cash receipts which had been diverted to the managing director upon his fraudulent sale of company assets. The Court

«[qu']un employé n'agit pas dans le cadre de son emploi lorsque, en accomplissant un acte, son intention n'est pas de fournir, directement ou accessoirement, un service requis par son emploi».

<sup>a</sup> (Le juge Brown, à la p. 128.)

La cour a cité l'arrêt *Old Monastery*, précité, et, bien qu'elle n'ait pas dit qu'il était infirmé, tel est clairement et incontestablement le résultat. Les cours fédérales des États-Unis ont rendu un bon nombre de décisions qui vont dans le même sens:

*United States v. Carter*, 311 F.2d 934 (1963) (6th CCA), à la p. 942;

<sup>c</sup> *United States v. Ridglea State Bank*, 357 F.2d 495 (1966) (5th CCA);

*United States v. Hilton Hotels Corp.*, précité, à la p. 1006*n*;

<sup>d</sup> *United States v. Basic Construction Co.*, précité, à la p. 573;

*United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (1979) (9th CCA), aux pp. 877 et 878;

*United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1982) (1st CCA), aux pp. 241 et 242;

<sup>f</sup> *United States v. Richmond*, 700 F.2d 1183 (1983) (8th CCA), à la p. 1195*n*.

La décision dans chacune de ces affaires a été fondée sur la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui et non pas sur la théorie de l'identification, fait qui est fondamental si l'on veut comprendre l'attitude des cours face aux moyens de défense fondés sur la fraude perpétrée contre une compagnie dans l'intérêt d'un employé.

<sup>h</sup> Dans l'affaire *Nordik*, précitée, les tribunaux néo-zélandais se trouvaient en présence de faits presque identiques à ceux dans l'affaire *Bresler*, précitée. La cour a imputé à la compagnie les actes frauduleux de son directeur général qui était en pratique le seul actionnaire. Le comptable de la compagnie a dûment établi les déclarations d'impôt sur le revenu en se fondant sur les registres de la compagnie. Mais les recettes en argent, détournées par le directeur général à la suite de sa vente frauduleuse de biens appartenant à la compagnie, n'avaient pas été portées aux comptes de celle-ci.

appears to apply the identity doctrine attributing this conduct to the corporation to establish its guilt, but does not purport to follow *Bresler* because the learned justices interpreted that case (in the light of *Tesco*, *supra*) as apparently being decided upon the basis of vicarious liability. Despite a reluctance "to impose the rather clumsy sanction of criminal liability on corporations where no blame could fairly be imputed to those truly responsible for the affairs of the corporation", the Court found corporate liability. At the conclusion of his judgment Cooke J. foreclosed any defence of fraud on the company (at p. 202):

... once identification has been made out, it must follow, I think, that for the purposes of the criminal law in a case of the present kind the question of fraud on the company becomes irrelevant and indeed meaningless. A person cannot defraud himself. The essence of the doctrine of identification is that the individual is treated as the company's self. They are one and the same.

This case, in the result, follows the popular interpretation of *Bresler* on the issue of the defence of fraud on the company by the directing mind by denying such a defence at least in the circumstances of that case. It must be noted that because *Nordik* is a case where the directing mind owned over eighty per cent of the shares, it is less than a telling comment when the Court said that a person cannot defraud himself for the purposes of the identification doctrine. Where there are several directing minds, and there is no economic identity between the directing minds and the shareholders, it is less realistic to extend the fiction of identity. The dishonest directing mind is in fact cheating the company and thereby its shareholders and not himself.

In my view, the outer limit of the delegation doctrine is reached and exceeded when the directing mind ceases completely to act, in fact or in

La cour paraît avoir appliqué la doctrine de l'identification, prêtant cette conduite frauduleuse à la compagnie de manière à pouvoir la déclarer coupable. Elle ne suit apparemment pas l'arrêt *Bresler* <sup>a</sup> puisque, selon l'interprétation des savants juges (à la lumière de l'arrêt *Tesco*, précité), il reposait sur la responsabilité du fait d'autrui. Malgré sa répugnance à [TRADUCTION] «imposer à une compagnie la sanction plutôt gauche de la responsabilité criminelle dans un cas où on ne peut, en toute justice, imputer de faute aux véritables responsables des affaires de cette compagnie», la cour a conclu à la responsabilité de la compagnie en cause. À la fin de ses motifs de jugement, le juge <sup>b</sup> Cooke écarte toute possibilité d'un moyen de défense de fraude perpétrée contre la compagnie (à la p. 202):

[TRADUCTION] ... selon moi, une fois l'identification établie, il s'ensuit inévitablement que, aux fins du droit criminel, dans un cas comme celui qui nous intéresse <sup>d</sup> présentement, la question de savoir s'il y a eu fraude contre la compagnie n'est plus pertinente et, en fait, ne se pose même pas. Une personne ne peut se frauder elle-même. L'essence de la doctrine de l'identification <sup>e</sup> est que l'individu est assimilé à la compagnie. Ils forment une seule et même entité.

En définitive, du moins dans des circonstances <sup>f</sup> comme celles qui se présentent dans l'arrêt *Bresler*, l'arrêt *Nordik* rejette le moyen de défense fondé sur la fraude perpétrée contre une compagnie par son âme dirigeante, suivant en cela, l'interprétation populaire de l'arrêt *Bresler*. Il faut <sup>g</sup> souligner toutefois que, parce que dans l'arrêt *Nordik*, l'âme dirigeante possédait plus de quatre-vingts pour cent des actions, le fait que la cour a dit que, aux fins de la doctrine de l'identification, une personne ne peut se frauder elle-même ne <sup>h</sup> revêt pas une très grande importance. Mais, il est moins réaliste d'appliquer la fiction de l'identité lorsqu'il y a plusieurs âmes dirigeantes et que, sur le plan économique, il n'y a pas identité des âmes <sup>i</sup> dirigeantes et des actionnaires. L'âme dirigeante qui agit malhonnêtement commet en réalité une fraude contre la compagnie et, partant, contre ses actionnaires, et non pas contre elle-même.

<sup>j</sup> Selon moi, les limites de l'applicabilité de la doctrine de la délégation sont atteintes et dépassées lorsque l'âme dirigeante cesse complètement



substance, in the interests of the corporation. Where this entails fraudulent action, nothing is gained from speaking of fraud in whole or in part because fraud is fraud. What I take to be the distinction raised by the question is where all of the activities of the directing mind are directed against the interests of the corporation with a view to damaging that corporation, whether or not the result is beneficial economically to the directing mind, that may be said to be fraud on the corporation. Similarly, but not so importantly, a benefit to the directing mind in single transactions or in a minor part of the activities of the directing mind is in reality quite different from benefit in the sense that the directing mind intended that the corporation should not benefit from any of its activities in its undertaking. A benefit of course can, unlike fraud, be in whole or in part, but the better standard in my view is established when benefit is associated with fraud. The same test then applies. Where the directing mind conceives and designs a plan and then executes it whereby the corporation is intentionally defrauded, and when this is the substantial part of the regular activities of the directing mind in his office, then it is unrealistic in the extreme to consider that the manager is the directing mind of the corporation. His entire energies are, in such a case, directed to the destruction of the undertaking of the corporation. When he crosses that line he ceases to be the directing mind and the doctrine of identification ceases to operate. The same reasoning and terminology can be applied to the concept of benefits.

Where the criminal act is totally in fraud of the corporate employer and where the act is intended to and does result in benefit exclusively to the employee-manager, the employee-directing mind, from the outset of the design and execution of the criminal plan, ceases to be a directing mind of the corporation and consequently his acts could not be attributed to the corporation under the identification doctrine. This might be true as well on the American approach through *respondeat superior*. Whether this is so or not, in my view the identification doctrine only operates where the Crown demonstrates that the action taken by the directing

d'agir, en fait ou pour l'essentiel, dans l'intérêt de la compagnie. Lorsque cela entraîne un acte frauduleux, il ne sert à rien de qualifier cet acte de frauduleux en totalité ou en partie parce qu'une fraude est une fraude. À mon avis, la question vise la situation où toutes les activités de l'âme dirigeante ont pour but de nuire aux intérêts de la compagnie pour lui causer un préjudice, peu importe que l'âme dirigeante en retire ou non un avantage économique; on peut dire alors qu'il y a fraude contre la compagnie. Dans le même ordre d'idées, bien que ce facteur soit moins important, si l'âme dirigeante obtient un avantage par suite d'opérations isolées ou dans l'exercice de ses fonctions secondaires, cela est en réalité bien différent du cas où l'âme dirigeante vise à priver la compagnie d'un avantage relié à l'exploitation de son entreprise commerciale. Bien entendu, un avantage est différent d'une fraude en ce sens qu'il peut être partiel, mais, à mon avis, la norme la plus appropriée est établie quand on associe l'avantage à la fraude. C'est alors le même critère qui s'applique. Lorsque l'âme dirigeante d'une compagnie conçoit, élabore et exécute un plan visant à frauder intentionnellement ladite compagnie et que l'acte constitue une partie importante des activités normales de l'âme dirigeante, il est à ce moment-là très irréaliste de conclure que le directeur agit en sa qualité d'âme dirigeante de la compagnie. En pareil cas, ses efforts ont pour but la destruction de l'entreprise de la compagnie. Du moment qu'il commence à agir de la sorte, il cesse d'être l'âme dirigeante et la doctrine de l'identification ne s'applique plus. Le raisonnement et la terminologie sont les mêmes pour le concept de l'avantage.

Lorsque l'acte criminel est complètement frauduleux envers la compagnie employeur, que cet acte était censé profiter exclusivement au directeur employé qui l'a commis et que tel a été le résultat, l'employé, âme dirigeante, dès la conception et l'exécution de son plan criminel, cesse d'être l'âme dirigeante de la compagnie. Par conséquent, ses actes ne peuvent être imputés à la compagnie en vertu de la doctrine de l'identification. Peut-être aussi que le principe de *respondeat superior* appliqué par les tribunaux des États-Unis permettrait d'arriver au même résultat. Quoi qu'il en soit, j'estime que la doctrine de l'identification ne joue

mind (a) was within the field of operation assigned to him; (b) was not totally in fraud of the corporation; and (c) was by design or result partly for the benefit of the company.

The factual basis for these 'defences' to corporate criminal liability raised by the appellants must now be examined. The second question in this appeal explicitly raises the issue of evidentiary support for these three defences. CD advanced the submission that the issue was also raised, at least by inference, in the first question. MIL takes the approach that the issue as to whether the directing mind of MIL acted wholly or partly in fraud of MIL or wholly or partly for his own benefit should have been left to the jury, but it was not. In essence, therefore, the submission is that there was evidence to support the position that DeRome, the directing mind of MIL, acted wholly in fraud of MIL and wholly for his own benefit, and consequently there should not be any attribution of his acts to MIL so as to raise liability in MIL for the criminal acts of its directing mind. Under the second question with reference to the appellants Porter and Richelieu, the issue as to whether there is any evidence that Rindress, their directing mind, was acting wholly or partly in fraud of these appellants or wholly or partly for his own benefit, is squarely raised.

It is possible, and indeed convenient, to discuss the defences of fraud and benefit in connection with all four appellants at the same time. It is evident from the record that as a result of the illegal machinations of their respective directing minds, all four appellants received contracts, subcontracts, or other benefits. In the case of CD, for example, the corporation received a subcontract under the Toronto Harbour contract, which was the subject of count 4. This was received by CD in return for its submission of an accommodation bid. In the case of MIL, it was awarded the contract at Beauport Banks, the subject of count 2, as the low

que lorsque le ministère public établit que l'acte de l'âme dirigeante a) entrainait dans le domaine d'attribution de ses fonctions; b) n'était pas complètement frauduleux envers la compagnie; et c) avait en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la compagnie.

Nous devons maintenant examiner les faits sur lesquels reposent ces «moyens de défense» invoqués par les compagnies appelantes pour contester leur responsabilité criminelle. La seconde question posée dans ce pourvoi demande explicitement s'il existe des éléments de preuve à l'appui de ces trois moyens de défense. CD fait valoir que ce même point est soulevé, du moins implicitement, par la première question. MIL pour sa part allègue que la question de savoir si son âme dirigeante a agi, en totalité ou en partie, d'une façon frauduleuse à son égard ou en totalité ou en partie pour son propre avantage aurait dû être soumise au jury, ce qui n'a pas été fait. On soutient donc, en résumé, qu'il y a des éléments de preuve à l'appui du point de vue selon lequel DeRome, l'âme dirigeante de MIL, a agi d'une manière entièrement frauduleuse envers elle et entièrement pour son propre avantage et que, en conséquence, les actes de DeRome ne devraient pas être imputés à MIL de manière à entraîner sa responsabilité pour les actes criminels de son âme dirigeante. La seconde question concernant les appelantes Porter et Richelieu soulève directement le problème de l'existence d'éléments de preuve indiquant que Rindress, leur âme dirigeante, a agi, en totalité ou en partie, frauduleusement envers elles ou en totalité ou en partie pour son propre avantage.

Il est possible, la commodité l'exige d'ailleurs, dans notre examen des moyens de défense fondés sur la fraude et sur l'avantage, de parler des quatre appelantes en même temps. Le dossier révèle clairement que, par suite des machinations illégales de leurs âmes dirigeantes respectives, chacune des appelantes a obtenu des contrats, des sous-traitances ou d'autres avantages. Dans le cas de CD, par exemple, on lui a sous-traité des travaux en vertu du contrat relatif au port de Toronto, contrat visé par le chef d'accusation n° 4. C'est ce que CD a reçu en contrepartie de la soumission fictive qu'elle avait faite. Quant à MIL, grâce à des accords

bidder as the result of arrangements made by the directing mind of MIL for two accommodation bids. The "price" paid for these accommodation bids was a thirty per cent subcontract to one high bidder and a "royalty" on quantities excavated, to the other high bidder. The law does not require that the courts conduct a detailed inquiry into the *minutiae* of inter-conspirators' accounts in order to ascertain whether the contracts and subcontracts were profitable to the member of the conspiracy in question. Similarly, Richelieu participated in the performance of the contract which is the subject of count 1 and secured the contract in count 3. These contracts were awarded as the result of tenders made by the directing minds of the respective corporate participants. The evidence is overwhelming that as a result of the system developed by their respective directing minds, the appellants received benefits in the form of contracts and subcontracts, direct payouts and other benefits. It is also evident that the directing minds who committed this wrongful conduct benefited themselves in a variety of ways including cash receipts, share positions in participating companies, and other arrangements. It was in fact a 'share the wealth' project for the benefit of all concerned except the public authorities who awarded the dredging contracts. It is, therefore, impossible to come to any conclusion other than that reached by the trial judge and the Court of Appeal that in these activities the directing minds were acting partly for the benefit of the employing appellant and partly for their own benefit. Accordingly the factual basis for a corporate defence of lack of intended and received corporate benefit is not present in these appeals.

Evidence of the same nature leading to the same result is found in connection with the defence of fraud by the directing minds of the appellants. There was an elaborate array of evidence which

conclus par son âme dirigeante en exécution desquels deux soumissions fictives ont été présentées, elle s'est vue adjuger le contrat relatif à la Côte de Beauport, dont il est question au chef d'accusation n° 2. Trente pour cent des travaux ont été soustraits à l'un des faux soumissionnaires tandis que l'autre a reçu une «redevance» sur les quantités de matière retirées par suite des travaux de dragage, ce qui constituait le «prix» de ces soumissions fictives. Les cours ne sont pas tenues en droit de mener une enquête poussée sur les moindres détails des comptes des conspirateurs afin de déterminer si les contrats et les sous-traitances ont été profitables pour tel ou tel membre du complot en question. Richelieu pour sa part a participé à l'exécution du contrat visé par le premier chef d'accusation et a été l'adjudicataire du contrat dont il s'agit au chef d'accusation n° 3. Ces contrats ont été adjugés par suite de soumissions faites par les âmes dirigeantes respectives des compagnies participantes. La preuve établit de façon incontestable que, grâce au système conçu par leurs âmes dirigeantes respectives, les appelantes ont reçu des avantages qui comprenaient notamment des contrats, des sous-traitances et des paiements directs et autres. De plus, il est évident que les âmes dirigeantes, auteurs de cette conduite illégale en ont bénéficié elles-mêmes de différentes façons; notamment elles ont reçu des paiements en argent, des actions des compagnies participantes et d'autres avantages. Il s'agissait en fait d'un plan qui profitait à tous les intéressés à la seule exception des autorités publiques qui ont adjugé les contrats de dragage. Cela étant, on ne peut arriver à une autre conclusion que celle tirée par le juge du procès et la Cour d'appel, savoir quelles âmes dirigeantes agissaient en partie pour l'avantage de leurs employeurs respectifs (les appelantes en l'espèce) et en partie pour leur propre avantage. Par conséquent, dans ces pourvois, il n'existe pas de faits qui permettraient aux compagnies en cause de plaider comme moyen de défense qu'elles n'ont reçu aucun avantage et qu'elles n'étaient pas censées en recevoir.

Des éléments de preuve de même nature conduisent à la même conclusion relativement au moyen de défense fondé sur la fraude commise par les âmes dirigeantes des appelantes. Il y a une quan-

revealed that some of the directing minds had acquired, or otherwise put in place, corporate entities to act as fronts for them in receiving benefits from the price-rigging schemes.

The appellants, Porter and Richelieu in particular, pressed the argument that Rindress acted in fraud on these appellants when he diverted score sheet credits of Richelieu and Porter to the account or credit of other conspirators. This falls short of forming the base for a defence of fraud on the employer by its directing mind. Fundamental to the big-rigging schemes was the agreement amongst participants in the conspiracy to enhance the lowest bid, which was designed to be the successful bid, by an amount at least equal to the cost of compensation to be paid by the successful bidder to the accommodation bidders, and sometimes to other conspirators who did not participate in the bidding then in question. The "score sheet" was the inter-conspirator accounting document on which was recorded the entitlement in these moneys to be wrongfully recovered from the contracting party, usually a public authority. In short, the moneys fraudulently recovered from the property owner were divided up amongst the conspirators as their share of the ill-gotten gains. Whatever property there is in a thief in the product of his theft, or whatever his ability to maintain his title against the world, a corporation cannot be said to have been defrauded in the sense herein employed when the only thing of which it is deprived in part, or indeed all, of the product of the crime of which it is charged. In the transactions now before the Court, one conspirator could not successfully recover from another conspirator the claimant's share in the proceeds of the fraud. Remarkably this was attempted indirectly by two of the conspirators, as the evidence revealed, but the matter was settled out of court and the only real result of that litigation was the use of the pleadings by the Crown as evidence of guilt here. The appellant Porter, for example, could not sue CD for funds diverted from the score sheet credit of Porter to CD. Consequently, the directing mind Rindress could not act in fraud of Porter by depriving Porter of its share of the overpricing in a dredging contract. The same applies as between Rindress

tité impressionnante de preuves détaillées qui révèlent que certaines des âmes dirigeantes avaient acquis ou créé des compagnies qui devaient recevoir les bénéfices provenant du truquage des soumissions.

Les appelantes Porter et Richelieu en particulier ont insisté sur l'argument selon lequel Rindress avait agi frauduleusement à leur égard en créditant à d'autres conspirateurs des montants portés à leur crédit sur les feuilles de pointage. Or, cela ne peut servir de fondement à un moyen de défense de fraude perpétrée par l'âme dirigeante contre son employeur. Les plans de truquage de soumissions comportaient comme élément essentiel un accord en vertu duquel les participants au complot ont augmenté le montant de la soumission la plus avantageuse, celle qui était conçue pour être acceptée, d'une somme au moins égale à la valeur de la compensation que l'adjudicataire devait verser aux autres soumissionnaires et, dans certains cas, à d'autres conspirateurs qui n'avaient pas soumissionné dans le cadre de l'appel d'offres en question. C'est sur la «feuille de pointage» que les comploteurs inscrivaient leurs parts respectives dans les sommes frauduleusement obtenues du maître de l'ouvrage, habituellement un organisme public. En bref, les conspirateurs se partageaient les sommes frauduleusement recouvrées du propriétaire, à titre de part dans les gains malhonnêtes. Quelque droit qu'un voleur ait dans le produit de son vol, ou quelque possibilité qu'il ait de faire valoir son titre face au monde, une compagnie ne peut dire qu'elle a été victime d'une fraude lorsque la seule chose dont elle est privée est une partie, ou d'ailleurs la totalité, du produit du crime dont elle est accusée. Pour ce qui est des opérations présentement en cause, un comploteur ne pouvait réclamer à un autre comploteur une part des recettes obtenues par la fraude. Toutefois, si étonnant que cela puisse paraître, il ressort de la preuve que deux des conspirateurs ont tenté indirectement de le faire. Or, un règlement est intervenu et la seule conséquence véritable du litige a été l'utilisation des actes de procédure par le ministère public pour prouver la culpabilité en l'espèce. L'appelante Porter, par exemple, ne pouvait poursuivre CD en paiement des fonds retirés de son crédit sur la feuille de pointage et versés à CD. Il s'ensuit que

and Richelieu and as between any of the directing minds and the other appellants, their respective employers.

Accordingly, I answer both questions in this way: all four appellants were the victims of specific instances of fraud practised by the respective directing minds who, in the course of their criminal activities, derived personal benefits therefrom. There is no evidence, however, that the directing minds in these affairs acted wholly for their own benefit, nor did any of them act wholly in fraud of their employer in the sense of designing and executing a scheme to deprive their respective employer corporations of any and all dredging business or benefit therefrom. Here the voluminous evidence paints a clear picture of a design conceived by a group of conspiratorial directing minds which was not aimed at the destruction of the respective corporate employers but rather was calculated to ensure their existence at a level of profits sustained by fraudulently enhanced prices for the work and services of the corporations. The bid-rigging scheme was indeed essentially a plan to ensure the survival of the weakest, and probably to ensure their continuance in business in much the same relative size. There is no evidence in these records of any plan amongst the directing minds or of a plan held by a single directing mind which involved the destruction of the undertaking of the appellants, or indeed which involves the undermining of the fiscal health of the appellants. That is not to say that the record does not reveal any plan amongst the conspiring directing minds to enhance their own financial and economic positions. The facts are quite to the contrary. However, the twin goals were accommodated in the plan because the bid-riggers rewarded both the appellant corporations and themselves at the expense of the contracting public agencies.

I therefore would answer both questions as they relate to the defences of "acting wholly or partly in

Rindress, l'âme dirigeante de Porter, ne pouvait pas agir frauduleusement à son égard en la privant de sa part de l'excédent du prix payé dans un contrat de dragage. Il en va de même de Rindress <sup>a</sup> et de Richelieu; c'est le cas aussi des autres âmes dirigeantes et des compagnies appelantes dont elles sont respectivement les employées.

Par conséquent, je donne aux deux questions la <sup>b</sup> réponse suivante: les quatre appelantes ont toutes été victimes de cas précis de fraude pratiquée par leurs âmes dirigeantes respectives qui ont bénéficié personnellement de leurs actes criminels. La <sup>c</sup> preuve n'établit toutefois pas que, dans les opérations en cause, les âmes dirigeantes ont agi entièrement pour leur propre avantage ou d'une façon entièrement frauduleuse envers leurs employeurs en ce sens qu'elles ont élaboré et exécuté un plan <sup>d</sup> visant à priver ces derniers de certains ou de tous les contrats de dragage ou de bénéfices en découlant. Au contraire, il y a une preuve abondante qui peint un tableau clair d'un plan conçu par un groupe d'âmes dirigeantes conspiratrices qui, loin <sup>e</sup> de viser la destruction des compagnies employeurs, avait pour but de garantir leur existence à un niveau de profits soutenu par une augmentation frauduleuse des prix des travaux et des services fournis par lesdites compagnies. En fait, le plan de <sup>f</sup> truquage des soumissions a été conçu essentiellement pour permettre la survie des plus faibles et probablement pour permettre aux compagnies en question de continuer à fonctionner en gardant à <sup>g</sup> peu près la même taille relative. Le dossier en l'espèce ne contient aucune indication d'un plan élaboré par l'ensemble des âmes dirigeantes ou par <sup>h</sup> l'une d'entre elles en vue de détruire l'entreprise des appelantes ou de leur nuire sur le plan fiscal. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il ressort du <sup>i</sup> dossier que les âmes dirigeantes conspiratrices n'avaient pas de plan pour l'amélioration de leur propre situation financière et économique. C'est tout le contraire. Il y avait un plan qui a réalisé deux objectifs parce que les auteurs des soumissions truquées se sont procuré un avantage à eux-mêmes et aux compagnies appelantes aux dépens des organismes publics qui ont adjugé les contrats.

<sup>j</sup> Par conséquent, pour autant que les deux questions posées dans ce pourvoi se rapportent aux

fraud of the corporation”, and “in whole or in part for the benefit of the directing mind”, as follows:

1. On the evidence in these records, the respective directing minds of the appellants did not act wholly in fraud of their respective corporate employers;
2. Neither did the four directing minds act wholly for their own benefit in the sense that no benefit from their actions would accrue to the appellants; and in any event the record clearly reveals an intention on their part to benefit their respective corporations;
3. Express or implied instructions prohibiting the unlawful acts specifically, or unlawful conduct generally, is not a defence whether the corporate liability springs from authorization of the acts of an agent or the unlawful acts of a directing mind. In any case, only in the record relating to CD is there any evidence of any such prohibition.

There can be no complete rationalization of corporate criminal liability in the criminal law whether the attempt be made under the banner of vicarious liability or the identification theory or otherwise. The corporation does not have, in the human sense of the term, a mind capable of reaching the state identified in criminal law as *mens rea*. The criminal law does not recognize in *mens rea* offences criminal liability in the proprietor employer for the unlawful actions of the proprietor's employees save in the case of authorization, express or implied. A corporation, however, is found liable in some countries, as we have seen, on vicarious liability, and in other jurisdictions on the basis of the identification theory. Both doctrines are the product of judicial necessity brought on by the realities of the modern community. Our law, which in this field commenced, as we have seen, in *Fane Robinson Ltd.*, *supra*, and evolved through

moyens de défense fondés sur le fait d'avoir «agi, en totalité ou en partie, de façon frauduleuse envers la compagnie» et d'avoir agi «en totalité ou en partie pour l'avantage de l'âme dirigeante», j'y  
 a donne les réponses suivantes:

1. D'après la preuve produite en l'espèce, les âmes dirigeantes respectives des appelantes n'ont pas agi d'une manière entièrement frauduleuse envers ces dernières qui étaient leurs employeurs respectifs;
2. Les quatre âmes dirigeantes n'ont pas non plus agi exclusivement pour leur propre avantage en ce sens que leurs actes ne profiteraient aucunement aux appelantes; et, de toute façon, le dossier révèle clairement qu'elles avaient l'intention de procurer un avantage à leurs employeurs respectifs;
3. Des instructions expresses ou implicites interdisant les actes illégaux précis ou toute conduite illégale en général ne constituent pas un moyen de défense, peu importe que la responsabilité de la compagnie découle d'une autorisation des actes d'un mandataire ou des actes illégaux d'une âme dirigeante. En tout état de cause, ce n'est que relativement à CD que le dossier contient des éléments de preuve tendant à établir l'existence d'une telle interdiction.

Ni la notion de la responsabilité du fait d'autrui, ni la théorie de l'identification ni aucune autre doctrine ne permet de rationaliser complètement la responsabilité criminelle d'une compagnie. À la différence des personnes physiques, une compagnie n'a pas d'esprit et ne peut donc avoir ce qui est appelé en droit criminel la *mens rea*. Pour les infractions exigeant la *mens rea*, le droit criminel ne considère pas le propriétaire employeur comme responsable des actes illégaux de ses employés, à moins qu'il n'y ait eu autorisation expresse ou implicite. Dans certains pays, cependant, comme nous l'avons déjà vu, la responsabilité criminelle d'une compagnie est fondée sur la responsabilité du fait d'autrui tandis que dans d'autres ressorts elle repose sur la théorie de l'identification. L'une et l'autre doctrines procèdent de la nécessité juridique créée par les réalités de la vie moderne. Le droit canadien dans ce domaine a évolué en com-

*St. Lawrence, supra*, has not yet been required to settle the outer limit of the identification theory. The identification theory, however, loses its basis in rationality when it is applied to condemn a corporation under the criminal law for the conduct of its manager when that manager is acting not in any real sense as its directing mind but rather as its arch enemy. On the facts before the jury in this case in these proceedings, as the Court of Appeal has pointed out, the directing minds were acting partly for their own benefit and partly for the benefit of the corporation, and not wholly in fraud of the employer corporation. Consequently, it is unnecessary, technically, for this Court to define the limits in our law of the so-called *Moore v. Bresler* rule. The case was, however, argued extensively at all levels on the basis that this rule either did not apply, or if it did it had no application where the employee in question was acting wholly in fraud of the company and wholly for his own benefit. This problem, as we have seen, has of course reared its head in the United States where the vicarious liability doctrine has been limited on occasion when the employee has acted in this extreme way. That is but another illustration of the courts adapting the common law rules of law to the changing realities of the community. In my view, the very pragmatic origins of the identification rule militate against its extension to the situation which would have existed here had one or more of the directing minds acted entirely for his own benefit and directed his principal efforts to defrauding the company. Where the corporation benefited or was intended to be benefited from the fraudulent and criminal activities of the directing mind, the *rationale* of the identification rule holds. Where the delegate of the corporation has turned against his principal, the *rationale* fades away.

I would therefore dismiss all four appeals.

mençant, répétons-le, par l'arrêt *Fane Robinson Ltd.*, précité, et en passant par l'arrêt *St. Lawrence*, précité, mais les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu à fixer de limites à la théorie de l'identification. Il reste néanmoins que, appliquée pour déclarer une compagnie coupable en droit criminel de la conduite de son directeur lorsque celui-ci agit non pas en sa qualité d'âme dirigeante mais plutôt comme son ennemi juré, la théorie de l'identification n'a plus de fondement rationnel. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, d'après les faits soumis au jury dans la présente affaire, les âmes dirigeantes agissaient en partie pour leur propre avantage et en partie pour celui des compagnies qui les employaient et leurs actes n'étaient pas entièrement frauduleux envers ces dernières. Par conséquent, il n'est pas strictement nécessaire que cette Cour définisse les limites dans notre droit de la règle dite de l'arrêt *Moore v. Bresler*. Toutefois, on a présenté devant toutes les juridictions des arguments très poussés portant que la règle ne s'applique pas du tout ou, à tout le moins, qu'elle est inapplicable lorsque l'employé en question a agi de façon entièrement frauduleuse envers la compagnie et entièrement pour son propre avantage. Bien sûr, ce problème, rappelons-le, s'est présenté aux États-Unis où les tribunaux ont parfois donné à la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui une portée plus restreinte lorsque la conduite de l'employé a été à ce point excessive. Ce n'est là qu'un exemple parmi tant d'autres d'un cas où les tribunaux ont adapté les règles de la *common law* à l'évolution sociale. Selon moi, les origines très pragmatiques de la règle de l'identification militent contre son extension de façon qu'elle s'applique à la situation qui se serait présentée en l'espèce si l'une ou plusieurs des âmes dirigeantes avaient agi entièrement dans son propre intérêt et avait visé principalement à frauder la compagnie qui était son employeur. Lorsque la compagnie en question a bénéficié ou était censée bénéficier des activités frauduleuses et criminelles de son âme dirigeante, l'application de la règle de l'identification est justifiée. Cependant, dans un cas où le mandataire s'est retourné contre la compagnie mandante, la règle n'a plus de raison d'être.

Je suis donc d'avis de rejeter les quatre pourvois.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellant Canadian Dredge & Dock Company, Limited: McCarthy and McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Marine Industries Limited: Clark, Woods & Partners, Montréal.*

*Solicitors for the appellants The J.P. Porter Company Limited and Richelieu Dredging Corporation Inc.: Blain, Piché, Emery & Associates, Montréal.*

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

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs de l'appelante Canadian Dredge & Dock Company, Limited: McCarthy and McCarthy, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante Marine Industries Limited: Clark, Woods & Associés, Montréal.*

*Procureurs des appelantes The J.P. Porter Company Limited et Richelieu Dredging Corporation Inc.: Blain, Piché, Emery & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Ministère du procureur général de l'Ontario, Toronto.*



**IN THE MATTER OF** Section 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended;

**AND IN THE MATTER OF** a Reference by the Governor in Council concerning certain language rights under Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and Section 133 of the *Constitution Act, 1867* and set out in Order-in-Council P.C. 1984-1136 dated the 5th day of April 1984

File No.: 18606.

1984: June 11, 12, 13; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

*Constitutional law — Language guarantees — Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French — Whether or not s. 23 of Manitoba Act, 1870 mandatory or directory — Whether or not statutes, current, repealed or spent, valid if constitutional linguistic requirements not met — Extent of force or effect, if any, if statutes invalid — Whether or not Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes valid and of force or effect — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, s. 23 — Constitution Act, 1867, s. 133 — Constitution Act, 1982, s. 52 — An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), c. 14 — Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1980 (Man.), c. 3.*

The Governor General in Council by Order in Council P.C. 1984-1136 dated April 5, 1984, in accordance with s. 55 of the *Supreme Court Act*, referred to this Court four questions. The questions and this Court's answers are:

Question 1—Are the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* respecting the use of both the English and French languages in

- (a) the Records and Journals of the Houses of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba, and

**DANS L'AFFAIRE** de l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et ses modifications;

**ET DANS L'AFFAIRE** d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de certains droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984

N° du greffe: 18606.

1984: 11, 12, 13 juin; 1985: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

RENVOI ADRESSÉ PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

*Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba — L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba est-il impératif ou directif? — Les lois actuelles, abrogées ou périmées sont-elles valides si les exigences en matière linguistique n'ont pas été respectées? — Si les lois sont invalides, dans quelle mesure sont-elles opérantes? — La Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs est-elle valide et opérante? — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, art. 23 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), chap. 14 — Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1980 (Man.), chap. 3.*

Le gouverneur général en conseil a, par le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, soumis à cette Cour les questions constitutionnelles suivantes. La Cour répond ainsi à ces questions:

Question n° 1—Les obligations imposées par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, relativement à l'usage du français et de l'anglais dans:

- a) les archives, procès-verbaux et journaux des chambres du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba, et

(b) the Acts of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba

mandatory?

Answer— Yes.

Question 2—Are those statutes and regulations of the Province of Manitoba that were not printed and published in both the English and French languages invalid by reason of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*?

Answer— Yes, but, for the reasons given by the Court, the invalid current Acts of the Legislature will be deemed temporarily valid for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

Question 3—If the answer to question 2 is affirmative, do those enactments that were not printed and published in English and French have any legal force and effect, and if so, to what extent and under what conditions?

Answer— The Acts of the Legislature that were not enacted, printed and published in English and French have no legal force and effect because they are invalid, but, for the reasons given by the Court, the current Acts of the Legislature will be deemed to have temporary force and effect for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

Question 4—Are any of the provisions of *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, enacted by S.M. 1980, Ch. 3, inconsistent with the provisions of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and if so are such provisions, to the extent of such inconsistency, invalid and of no legal force and effect?

Answer— If *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, enacted by S.M. 1980, Ch. 3, was not enacted, printed and published in

b) les actes du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba

sont-elles impératives?

<sup>a</sup> Réponse— Oui.

Question n° 2—Est-ce que les dispositions de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* rendent invalides les lois et les règlements de la province du Manitoba qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française?

<sup>b</sup> Réponse— Oui, mais pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature qui sont invalides seront réputées temporairement valides pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

<sup>c</sup> Question n° 3—Dans l'hypothèse où il a été répondu par l'affirmative à la question n° 2, les textes législatifs qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française sont-ils opérants et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et à quelles conditions?

<sup>d</sup> Réponse— Les lois de la Législature qui n'ont pas été adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais sont inopérantes pour cause d'invalidité mais, pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature seront réputées temporairement opérantes pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

<sup>e</sup> Question n° 4—Est-ce que l'une ou l'autre des dispositions de la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, constituant le chapitre 3 des Statuts du Manitoba de 1980, sont incompatibles avec les dispositions de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et, dans l'affirmative, est-ce que les dispositions considérées sont, dans la mesure de l'incompatibilité, invalides et inopérantes?

<sup>f</sup> Réponse— Si la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, promulguée à S.M. 1980, chap. 3, n'a pas été adoptée, imprimée

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

both official languages, then it is invalid and of no force and effect in its entirety.

If it was enacted, printed and published in both official languages, then ss. 1 to 5 are invalid and of no force and effect. <sup>a</sup>

## I

*Question 1:*

The requirement that both English and French be used in the Records, Journals and Acts of Canada, Quebec and Manitoba, in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, is mandatory. The history and language of these sections indicate that the guarantee they entrench must be obeyed.

## II

*Questions 2 and 3:*

The words "Acts of the Legislature" in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* encompass all statutes, regulations, and delegated legislation of the Manitoba Legislature, enacted since 1890, which are covered by this Court's judgments in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, and *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312.

All of the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba are, and always have been, invalid and of no force or effect. Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* entrenches a mandatory requirement to enact, print and publish all Acts of the Legislature in both official languages and, thus, establishes a constitutional duty on the Manitoba Legislature with respect to the manner and form of enactment of legislation. This duty protects the substantive rights of all Manitobans to equal access to the law in either French or English.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not alter the principles which have provided the foundation for judicial review over the years. In a case where constitutional manner and form requirements have not been complied with, the consequence of such non-compliance continues to be invalidity. The words "of no force or effect" mean that a law thus inconsistent with the Constitution has no force or effect because it is invalid.

et publiée dans les deux langues officielles, alors elle est totalement invalide et inopérante.

Si la Loi a été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles, alors les art. 1 à 5 sont invalides et inopérants.

## I

<sup>b</sup> *Question n° 1:*

L'exigence que les deux langues française et anglaise soient utilisées dans les archives, les procès-verbaux, les journaux et les lois du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba, imposée par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, est impérative. Il ressort de l'historique et des termes de ces articles que la garantie qui y est enchâssée doit être observée. <sup>c</sup>

<sup>d</sup>

## II

*Questions nos 2 et 3:*

L'expression «actes de la législature», que l'on trouve à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, vise toutes les lois, tous les règlements et toute la législation déléguée adoptés par la législature du Manitoba depuis 1890, auxquels s'appliquent les arrêts dans cette Cour *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, et *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312. <sup>e</sup>

Toutes les lois unilingues de la législature du Manitoba sont et ont toujours été invalides et inopérantes. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* enchâsse une exigence impérative d'adopter, d'imprimer et de publier dans les deux langues officielles toutes les lois de la Législature et impose ainsi à la législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l'adoption de ses lois. Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise. <sup>f</sup>

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot «inopérantes» signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité. <sup>g</sup>

The unilingual enactments of the Manitoba Legislature are inconsistent with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and are invalid and of no force or effect because the constitutionally required manner and form for their enactment has not been followed.

The Court must declare the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba to be invalid and of no force and effect. This declaration, however, without more, would create a legal vacuum with consequent legal chaos in the Province of Manitoba. The Manitoba Legislature has, since 1890, enacted nearly all of its laws in English only. The conclusion that all unilingual Acts of the Legislature of Manitoba are invalid and of no force or effect means that the positive legal order which has purportedly regulated the affairs of the citizens of Manitoba since 1890 is destroyed and the rights, obligations and any other effects arising under these laws are invalid and unenforceable. From the date of this judgment, the Province of Manitoba has an invalid and therefore ineffectual legal system until the Legislature is able to translate, re-enact, print and publish its current laws in both official languages.

The constitutional principle of the rule of law would be violated by these consequences. The principle of rule of law, recognized in the *Constitution Acts* of 1867 and 1982, has always been a fundamental principle of the Canadian constitutional order. The rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws to govern society. Law and order are indispensable elements of civilized life. This Court must recognize both the unconstitutionality of Manitoba's unilingual laws and the Legislature's duty to comply with the supreme law of this country, while avoiding a legal vacuum in Manitoba and ensuring the continuity of the rule of law.

There will be a period of time during which it would not be possible for the Manitoba Legislature to comply with its constitutional duty under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. It is therefore necessary, in order to preserve the rule of law, to deem temporarily valid and effective the Acts of the Manitoba Legislature, which would be currently in force were it not for their constitutional defect. The period of temporary validity will run from the date of this judgment to the expiry of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing.

With respect to rights, obligations and any other effects which have purportedly arisen under repealed,

Les textes législatifs adoptés dans une seule langue par la législature du Manitoba sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et ils sont invalides et inopérants pour le motif que les exigences constitutionnelles quant aux modalités et à la forme de leur adoption n'ont pas été respectées.

La Cour se doit de déclarer invalides et inopérantes les lois unilingues de la législature du Manitoba. Cette déclaration, sans plus, créerait un vide juridique suivi du chaos en la matière dans la province du Manitoba. Depuis 1890, la législature du Manitoba a adopté presque toutes ses lois en anglais seulement. La conclusion que toutes les lois unilingues de la législature du Manitoba sont invalides et inopérantes signifie que l'ordre de droit positif qui est censé avoir réglementé les affaires des citoyens du Manitoba depuis 1890 se trouvera détruit et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces règles de droit sont invalides et non exécutoires. À compter de la date du présent jugement, le système juridique de la province du Manitoba sera invalide et donc inefficace jusqu'à ce que la Législature soit en mesure de traduire, d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier ses lois actuelles dans les deux langues officielles.

Ces conséquences iraient à l'encontre du principe constitutionnel de la primauté du droit. La primauté du droit, reconnue dans les *Lois constitutionnelles* de 1867 et de 1982, a toujours été un principe fondamental de la structure constitutionnelle canadienne. La primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif régissant la société. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée. Cette Cour se doit de reconnaître à la fois l'inconstitutionnalité des lois unilingues du Manitoba et le devoir de la Législature de se conformer à la loi suprême de notre pays, tout en évitant de créer un vide juridique au Manitoba et en assurant le maintien de la primauté du droit.

Il y aura une période pendant laquelle il ne sera pas possible à la législature du Manitoba de se conformer à l'obligation constitutionnelle qui lui incombe en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Il est donc nécessaire, afin de préserver la primauté du droit, de considérer comme temporairement valides et opérantes les lois de la législature du Manitoba qui, n'était-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, seraient actuellement en vigueur. La période de validité temporaire commencera à courir à compter de la date du présent jugement et prendra fin à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier ces lois.

Quant aux droits, obligations et autres effets qui sont censés avoir découlé des lois unilingues abrogées, péri-

spent or current unilingual Acts of the Manitoba Legislature, some will be enforceable and forever beyond challenge by the operation of legal doctrines such as the *de facto* doctrine, *res judicata* and mistake of law. Those rights, obligations and other effects not saved by the operation of these doctrines are deemed temporarily to have been, and to continue to be, valid, enforceable and beyond challenge until the expiry of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of the Acts of the Legislature of Manitoba under which they arose. At the termination of the minimum period, these rights, obligations and other effects will cease to have temporary validity and enforceability, unless the Acts under which they arose have been translated, re-enacted, printed and published in both languages. As a consequence, to ensure the continuing validity and enforceability of rights, obligations and other effects not saved by the *de facto* or other doctrines, the repealed or spent Acts of the Legislature, under which these rights, obligations and other effects have purportedly arisen, may need to be re-enacted, printed and published, and then again repealed, in both official languages.

Temporary validity, however, will not apply to unilingual Acts of the Legislature passed after the date of this judgment. From the date of judgment, laws not enacted, printed and published in both languages will be invalid and of no force or effect *ab initio*.

The Court, as presently equipped, is unable to determine the period during which it would not be possible for the Manitoba Legislature to comply with its constitutional duty. Following a request for determination from the Attorney General of Canada or the Attorney General of Manitoba, made within one hundred and twenty days of the date of judgment, the Court will set a special hearing, accept submissions from the Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba as well as the other interveners, and make a determination of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of the Acts of the Manitoba Legislature.

## III

*Question 4:*

*An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1980 (Man.), c. 3, is invalid and of no force and effect in its entirety if it was not enacted, printed and published in both official*

mées ou actuelles de la législature du Manitoba, certains seront exécutoires et à tout jamais incontestables par application de principes juridiques comme ceux de la validité *de facto*, de la chose jugée et de l'erreur de droit. Les droits, obligations et autres effets non sauvés par l'application de ces principes sont temporairement réputés avoir été valides, exécutoires et incontestables et continuer de l'être jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois de la législature du Manitoba dont ils découlent. À l'expiration du délai minimum, ces droits, obligations et autres effets cesseront d'être temporairement valides et exécutoires à moins que les lois dont ils découlent n'aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues. En conséquence, afin d'assurer que les droits, obligations et autres effets, qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou d'autres principes, demeurent valides et exécutoires, il se peut qu'il faille adopter de nouveau, imprimer et publier, pour ensuite abroger, dans les deux langues officielles, les lois abrogées ou périmées de la Législature dont ces droits, obligations et autres effets sont censés avoir découlé.

Toutefois, la validité temporaire ne s'appliquera pas aux lois adoptées dans une seule langue par la Législature après la date du présent jugement. À compter de la date du présent jugement, les règles de droit qui ne seront pas adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues seront invalides et inopérantes dès le départ.

Compte tenu de la documentation dont elle dispose actuellement, la Cour est incapable de déterminer le délai pendant lequel il serait impossible à la législature du Manitoba de se conformer à son obligation constitutionnelle. Lorsque le procureur général du Canada ou le procureur général du Manitoba lui aura demandé de statuer sur ce point, demande qui devra être faite dans les cent vingt jours de la date du présent jugement, la Cour fixera une audition spéciale, invitera le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et les autres intervenants à soumettre des mémoires et fixera le délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois de la législature du Manitoba.

## i

## III

*Question n° 4:*

*La Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1980 (Man.), chap. 3, est totalement invalide et inopérante si elle n'a pas été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues*

languages. In any event, ss. 1 to 5 are invalid and of no force or effect because they violate the rights guaranteed in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

officielles. De toute façon, les art. 1 à 5 sont invalides et inopérants pour le motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

#### Cases Cited

*Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, affirming [1978] C.A. 351, 95 D.L.R. (3d) 42, affirming [1978] C.S. 37, 85 D.L.R. (3d) 252; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, followed; *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Special Reference No. 1 of 1955*, P.L.R. 1956 W.P. 598, considered; *Pellant v. Hebert*, St. Boniface Co. Ct., March 9, 1892, reported at (1981), 12 R.G.D. 242; *Bertrand v. Dussault*, St. Boniface Co. Ct., January 30, 1909, reported at 77 D.L.R. (3d) 458; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *R. v. Forest* (1976), 74 D.L.R. (3d) 704; *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Société Asbestos Ltée v. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Howard v. Bodington* (1877), 2 P. 203; *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172; *Amox Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Procureur général du Québec v. Collier*, [1983] C.S. 366; *Procureur général du Québec v. Brunet*, J.E. 83-510, rev'd on other grounds, J.E. 84-62 (S.C.); *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] S.C.R. 71; *Abbé de Fontaine's Case* (1431), Y.B. 9 H. VI, fol. 32; *Scadding v. Lorant* (1851), 3 H.L.C. 418, 10 E.R. 164; *R. v. Slythe* (1827), 6 B. & C. 240, 108 E.R. 441; *Margate Pier Co. v. Hannam* (1819), 3 B. & Ald. 266, 106 E.R. 661; *O'Neil v. Attorney-General of Canada* (1896), 26 S.C.R. 122; *Turtle v. Township of Euphemia* (1900), 31 O.R. 404; *R. v. Gibson* (1896), 29 N.S.R. 4; *R. v. Corporation of Bedford Level* (1805), 6 East 356, 102 E.R. 1323; *Parker v. Kett* (1702), 1 Ld. Raym. 658, 91 E.R. 1338; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1868); *Horn v. Lockhart*, 84 U.S. 570 (1873); *United States v. Insurance Companies*, 89 U.S. 99 (1874); *Baldy v. Hunter*, 171 U.S. 388 (1898); *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645; *Federation of Pakistan v. Tamizuddin Khan*, P.L.R. 1956 W.P. 306; *In re*

#### <sup>a</sup> Jurisprudence

Arrêts suivis: *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, confirmant [1978] C.A. 351, 95 D.L.R. (3d) 42, confirmant [1978] C.S. 37, 85 D.L.R. (3d) 252; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; arrêts examinés: *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Special Reference No. 1 of 1955*, P.L.R. 1956 W.P. 598; arrêts mentionnés: *Pellant v. Hebert*, Cour de comté de St-Boniface, le 9 mars 1892, reproduit dans (1981), 12 R.G.D. 242; *Bertrand v. Dussault*, Cour de comté de St-Boniface, le 30 janvier 1909, reproduit dans 77 D.L.R. (3d) 458; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *R. v. Forest* (1976), 74 D.L.R. (3d) 704; *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Howard v. Bodington* (1877), 2 P. 203; *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172; *Amox Potash Ltd. v. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Procureur général du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366; *Procureur général du Québec c. Brunet*, J.E. 83-510, infirmé pour d'autres motifs, J.E. 84-62 (C.S.); *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] R.C.S. 71; *Abbé de Fontaine's Case* (1431), Y.B. 9 H. VI, fol. 32; *Scadding v. Lorant* (1851), 3 H.L.C. 418, 10 E.R. 164; *R. v. Slythe* (1827), 6 B. & C. 240, 108 E.R. 441; *Margate Pier Co. v. Hannam* (1819), 3 B. & Ald. 266, 106 E.R. 661; *O'Neil v. Attorney-General of Canada* (1896), 26 R.C.S. 122; *Turtle v. Township of Euphemia* (1900), 31 O.R. 404; *R. v. Gibson* (1896), 29 N.S.R. 4; *R. v. Corporation of Bedford Level* (1805), 6 East 356, 102 E.R. 1323; *Parker v. Kett* (1702), 1 Ld. Raym. 658, 91 E.R. 1338; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573; *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1868); *Horn v. Lockhart*, 84 U.S. 570 (1873); *United States v. Insurance Companies*, 89 U.S. 99 (1874); *Baldy v. Hunter*, 171 U.S. 388 (1898); *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645; *Federation of*

*Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, referred to.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting a judgment rendered in the Supreme Court of Canada on 13 December 1979 on the language of the legislature and the courts in Québec*, 1979 (Que.), c. 61.

*Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, 1980 (Man.), c. 3.

*Act to amend an Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, 1982 (Man.), c. 3, s. 1.

*Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, 1890 (Man.), c. 14.

*Colonial Laws Validity Act*, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.

*Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 55, 57, 90, 92, 92A [en. *Constitution Act, 1982*, s. 50], 93, 95, 133.

*Constitution Act, 1982*, preamble, ss. 18(1), 41(a), 43, 52.

*Interpretation Act*, 1867 (Can.), 31 Vict., c. 1, s. 6(3).

*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 "shall".

*Manitoba Act, 1870*, R.S.C. 1970, App. II, ss. 2, 14, 17, 23.

*Statute of Westminster*, 1931 (U.K.), 22 Geo. V, c. 4.

*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 55.

### Authors Cited

Constantineau, A. *The De Facto Doctrine*, Toronto, Canada Law Book Co., 1910.

Dicey, A.V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co. Ltd., 1959.

Honore, A.M. "Reflections on Revolutions" (1967), 2 *Irish Jurist* 268.

Jennings, W.I. *The Law and the Constitution*, 5th ed., London, University of London Press, 1959.

*Odgers' Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed. by G. Dworkin, London, Sweet & Maxwell, 1967.

Raz, J. *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Stavsky, M.M. "The Doctrine of State Necessity in Pakistan" (1983), 16 *Cornell Int. L.J.* 341.

Wade, E.C.S. and G.G. Phillips. *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed., by A.W. Bradley, London, Longman, 1977.

*Pakistan v. Tamizuddin Khan*, P.L.R. 1956 W.P. 306; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503.

### <sup>a</sup> Lois et règlements cités

*Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, 1890 (Man.), chap. 14.

<sup>b</sup> *Acte d'Interprétation*, 1867 (Can.), 31 Vict. chap. 1, art. 6(3).

*Colonial Laws Validity Act*, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 2.

<sup>c</sup> *Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec*, 1979 (Qué.), chap. 61.

*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 55, 57, 90, 92, 92A [aj. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 50], 93, 95, 133.

<sup>d</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préambule, art. 18(1), 41(a), 43, 52.

*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28 «doit ou devra».

*Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app. II, art. 2, 14, 17, 23.

<sup>e</sup> *Loi modifiant la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, 1982 (Man.), chap. 3, art. 1.

*Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, 1980 (Man.), chap. 3.

<sup>f</sup> *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 55.

*Statut de Westminster*, 1931 (R.-U.), 22 Geo. V, chap. 4.

### <sup>g</sup> Doctrine citée

Constantineau, A. *The De Facto Doctrine*, Toronto, Canada Law Book Co., 1910.

Dicey, A.V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co. Ltd., 1959.

<sup>h</sup> Honore, A.M. «Reflections on Revolutions» (1967), 2 *Irish Jurist* 268.

Jennings, W.I. *The Law and the Constitution*, 5th ed., London, University of London Press, 1959.

*Odgers' Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed. by G. Dworkin, London, Sweet & Maxwell, 1967.

<sup>i</sup> Raz, J. *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Stavsky, M.M. «The Doctrine of State Necessity in Pakistan» (1983), 16 *Cornell Int. L.J.* 341.

<sup>j</sup> Wade, E.C.S. et G.G. Phillips. *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed., by A.W. Bradley, London, Longman, 1977.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, concerning certain language rights under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

*Pierre Genest, Q.C., Edward R. Sojonky, Q.C., and Peter W. Hogg, Q.C.*, for the Attorney General of Canada.

*Joseph Eliot Magnet*, for the Société franco-manitobaine.

*Gérald-A. Beaudoin, Q.C.*, for the Fédération des francophones hors Québec.

*Jean-K. Samson et André Binette*, for the Attorney General of Quebec.

*Vaughan L. Baird, Q.C.*, for Roger Bilodeau.

*Stephen A. Scott and Warren J. Newman*, for Alliance Québec.

*Walter J. Roustan*, for the Freedom of Choice Movement.

*A. Kerr Twaddle, Q.C., and William S. Gange*, for the Attorney General of Manitoba.

*D. C. H. McCaffrey, Q.C., Colin J. Gillespie and J. F. Reeh Taylor, Q.C.*, for Douglas L. Campbell, James A. Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz and Patricia Maltman.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I

The Reference

This Reference combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity with political questions of great sensitivity. The proceedings were initiated by Order in Council, P.C. 1984-1136 dated April 5, 1984, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19. The Order in Council reads:

WHEREAS the Minister of Justice reports;

1. That it is important to resolve as expeditiously as possible legal issues relating to certain language rights

RENVOI adressé par le gouverneur général en conseil, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, au sujet de certains droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

*Pierre Genest, c.r., Edward R. Sojonky, c.r., et Peter W. Hogg, c.r.*, pour le procureur général du Canada.

*Joseph Eliot Magnet*, pour la Société franco-manitobaine.

*Gérald-A. Beaudoin, c.r.*, pour la Fédération des francophones hors Québec.

*Jean-K. Samson et André Binette*, pour le procureur général du Québec.

*Vaughan L. Baird, c.r.*, pour Roger Bilodeau.

*Stephen A. Scott et Warren J. Newman*, pour Alliance Québec.

*Walter J. Roustan*, pour le Mouvement de la liberté de choix.

*A. Kerr Twaddle, c.r., et William S. Gange*, pour le procureur général du Manitoba.

*D. C. H. McCaffrey, c.r., Colin J. Gillespie et J. F. Reeh Taylor, c.r.*, pour Douglas L. Campbell, James A. Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz et Patricia Maltman.

Version française du jugement rendu par

LA COUR

I

Le renvoi

Le présent renvoi allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et complexes à des questions politiques très délicates. Les procédures ont été engagées par le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19. Ce décret dispose:

Vu que le ministre de la Justice estime:

1. Qu'il importe de trancher dans les meilleurs délais possibles divers problèmes juridiques que soulèvent cer-



under section 23 of the Manitoba Act, 1870 and section 133 of the Constitution Act, 1867.

2. That in order that such legal issues be addressed without delay, it is considered necessary that the opinion of the Supreme Court of Canada be obtained in relation to the following questions, namely:

Question #1

Are the requirements of section 133 of the Constitution Act, 1867 and of section 23 of the Manitoba Act, 1870 respecting the use of both the English and French languages in

- (a) the Records and Journals of the Houses of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba, and
- (b) the Acts of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba

mandatory?

Question #2

Are those statutes and regulations of the Province of Manitoba that were not printed and published in both the English and French languages invalid by reason of section 23 of the Manitoba Act, 1870?

Question #3

If the answer to question 2 is affirmative, do those enactments that were not printed and published in English and French have any legal force and effect, and if so, to what extent and under what conditions?

Question #4

Are any of the provisions of An Act Respecting the Operation of section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, enacted by S.M. 1980, Ch. 3, inconsistent with the provisions of section 23 of the Manitoba Act, 1870, and if so are such provisions, to the extent of such inconsistency, invalid and of no legal force and effect?

THEREFORE, HIS EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Minister of Justice, pursuant to section 55 of the Supreme Court Act, is pleased hereby to refer the questions immediately above set forth to the Supreme Court of Canada for hearing and consideration.

An order of this Court dated April 10, 1984 directed that the Attorney General of Canada have carriage of the Reference. Leave to intervene

tains droits linguistiques garantis par l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et par l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867.

2. Qu'il importe, pour régler rapidement les problèmes juridiques en question, d'obtenir l'avis de la Cour suprême du Canada sur les questions suivantes:

Question n° 1

Les obligations imposées par l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et par l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, relativement à l'usage du français et de l'anglais dans:

- a) les archives, procès-verbaux et journaux des chambres du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba, et
- b) les actes du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba

sont-elles impératives?

Question n° 2

Est-ce que les dispositions de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba rendent invalides les lois et les règlements de la province du Manitoba qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française?

Question n° 3

Dans l'hypothèse où il a été répondu par l'affirmative à la question n° 2, les textes législatifs qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française sont-ils opérants et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et à quelles conditions?

Question n° 4

Est-ce que l'une ou l'autre des dispositions de la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, constituant le chapitre 3 des Statuts du Manitoba de 1980, sont incompatibles avec les dispositions de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et, dans l'affirmative, est-ce que les dispositions considérées sont, dans la mesure de l'incompatibilité, invalides et inopérantes?

À ces causes, sur avis conforme du ministre de la Justice et en vertu de l'article 55 de la Loi sur la Cour suprême, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de soumettre à la Cour suprême du Canada, pour audition et pour examen, les questions énoncées ci-dessus.

Par ordonnance en date du 10 avril 1984, cette Cour a confié au procureur général du Canada la charge du renvoi. Ont été autorisés à intervenir: les

was granted to: the Attorneys General of the Provinces of Manitoba and Quebec; Société franco-manitobaine; Alliance Québec, Alliance for Language Communities in Québec (formerly Positive Action Committee); Fédération des francophones hors Québec; the Freedom of Choice Movement; Roger Joseph Albert Bilodeau; Douglas L. Campbell, James A. Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz, and Patricia Maltman, residents of Manitoba and persons interested in the questions before the Court.

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* provides:

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

The provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are virtually identical to those of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Section 133 provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec be printed and published in both those Languages.

procureurs généraux des provinces du Manitoba et de Québec; la Société franco-manitobaine; Alliance Québec, l'Alliance pour les communautés linguistiques au Québec (autrefois Positive Action Committee); la Fédération des francophones hors Québec; le Mouvement de la liberté de choix; Roger Joseph Albert Bilodeau; Douglas L. Campbell, James A. Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz et Patricia Maltman, résidents du Manitoba et personnes intéressées aux questions soumises à la Cour.

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* dispose:

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

Les dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont pratiquement identiques à celles de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. L'article 133 dispose:

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité du présent acte, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les actes du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues.

## II

Manitoba's Language Legislation

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* was the culmination of many years of co-existence and struggle between the English, the French, and the Metis in Red River Colony, the predecessor to the present day Province of Manitoba. Though the region was originally claimed by the English Hudson's Bay Company in 1670 under its Royal Charter, for much of its pre-confederation history, Red River Colony was inhabited by anglophones and francophones in roughly equal proportions. On November 19, 1869 the Hudson's Bay Company issued a deed of surrender to transfer the North-West Territories, which included the Red River Colony, to Canada. The transfer of title took effect on July 15, 1870.

Between November 19, 1869 and July 15, 1870, the provisional government of Red River Colony attempted to unite the various segments of the Red River colony and drew up a "Bill of Rights" to be used in negotiations with Canada. A Convention of Delegates was elected in January, 1870 to prepare the terms upon which Red River Colony would join the Confederation. The Convention was made up of equal numbers of anglophones and francophones elected from the various French and English parishes.

The final version of the Bill of Rights which was used by the Convention delegates in their negotiations with Ottawa, contained these provisions:

That the English and French languages be common in the Legislature, and in the courts, and that all public documents, as well as all Acts of the Legislature, be published in both languages.

That the Judge of the Superior Court speak the English and French languages.

These clauses were re-drafted by the Crown lawyers in Ottawa and included in a Bill to be introduced in Parliament. The Bill passed through Parliament with no opposition from either side of the House, resulting in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. In 1871 this Act was entrenched in the

## II

Législation du Manitoba en matière linguistique

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fut l'aboutissement de nombreuses années de coexistence et de luttes entre les Anglais, les Français et les Métis dans la colonie de la rivière Rouge qui est à l'origine de la province actuelle du Manitoba. Même si cette région fut d'abord revendiquée, en 1670, par la Compagnie anglaise de la Baie d'Hudson en vertu de sa charte royale, la colonie de la rivière Rouge fut, pendant une bonne partie de ses années d'existence avant la Confédération, habitée dans des proportions à peu près égales par des anglophones et des francophones. Le 19 novembre 1869, la Compagnie de la Baie d'Hudson transféra au Canada, par un acte de cession, les territoires du Nord-Ouest qui comprenaient la colonie de la rivière Rouge. Le transfert du titre entra en vigueur le 15 juillet 1870.

Entre le 19 novembre 1869 et le 15 juillet 1870, le gouvernement provisoire de la colonie de la rivière Rouge tenta d'unir les divers groupes de la colonie et rédigea une «Liste des droits» qui devait servir dans les négociations avec le Canada. Une convention de délégués choisie en janvier 1870 fut chargée de rédiger les conditions auxquelles la colonie de la rivière Rouge se joindrait à la Confédération. La convention comptait autant d'anglophones que de francophones élus dans les diverses paroisses anglaises et françaises.

La version finale de la Liste des droits qui fut utilisée par la convention de délégués dans leurs négociations avec Ottawa, contenait les dispositions suivantes:

Que les langues française et anglaise soient communes dans la législature et les cours, et que tous les documents publics, ainsi que les actes de la Législature, soient publiés dans les deux langues.

Que le Juge de la Cour Suprême parle le français et l'anglais.

Ces clauses furent remaniées par les conseillers juridiques de Sa Majesté à Ottawa et incluses dans un projet de loi déposé au Parlement. Le projet de loi fut adopté par le Parlement sans opposition ni d'un côté ni de l'autre de la Chambre. Ces clauses sont devenues l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le*

*British North America Act, 1871* (renamed *Constitution Act, 1871* in the *Constitution Act, 1982*, s. 53). The *Manitoba Act, 1870* is now entrenched in the Constitution of Canada by virtue of s. 52(2)(b) of the *Constitution Act, 1982*.

In 1890 *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, 1890 (Man.), c. 14 (hereinafter the *Official Language Act, 1890*), was enacted by the Manitoba Legislature. This Act provides:

1 Any statute or law to the contrary notwithstanding, the English language only shall be used in the records and journals of the House of Assembly for the Province of Manitoba, and in any pleadings or process in or issuing from any court in the Province of Manitoba. The Acts of the Legislature of the Province of Manitoba need only be printed and published in the English language.

2 This Act shall only apply so far as this Legislature has jurisdiction so to enact, and shall come into force on the day it is assented to.

Upon enactment of the *Official Language Act, 1890* the Province of Manitoba ceased publication of the French version of Legislative Records, Journals and Acts.

### III

#### Legal Challenges to Manitoba's Language Legislation

The *Official Language Act, 1890* was challenged before the Manitoba courts soon after it was enacted. It was ruled *ultra vires* in 1892 by Judge Prud'homme of the County Court of St. Boniface, who stated: [TRANSLATION] "I am therefore of the view that c. 14, 53 Vict. is *ultra vires* the Legislature of Manitoba and that section 23 of the *Manitoba Act* cannot be changed and even less repealed by the Legislature of that province": *Pellant v. Hebert*, first published in *Le Manitoba* (a French language newspaper), March 9, 1892, reported in (1981), 12 *R.G.D.* 242. This ruling was not followed by the Legislature or the Government of Manitoba. The *Official Language*

*Manitoba*. En 1871, cette loi fut enchâssée dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (rebaptisé *Loi constitutionnelle de 1871* dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 53). La *Loi de 1870 sur le Manitoba* est maintenant enchâssée dans la Constitution du Canada en vertu de l'al. 52(2)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En 1890, *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, 1890 (Man.), chap. 14 (ci-après l'*Official Language Act, 1890*), fut adoptée par la législature du Manitoba. Cette loi prévoyait:

[TRANSLATION] 1 Nonobstant toute loi ou disposition contraire, seule la langue anglaise sera utilisée dans les archives, procès-verbaux et journaux de l'assemblée législative du Manitoba ainsi que dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux de la province du Manitoba ou émanant de ces tribunaux. Dans l'impression et la publication des lois de la législature du Manitoba, l'usage de la langue anglaise suffira.

2 La présente loi ne s'appliquera que dans la mesure où elle relève de la compétence législative de la Législature et entrera en vigueur le jour de sa sanction.

Dès l'adoption de l'*Official Language Act, 1890*, la province du Manitoba a cessé de publier les versions françaises des lois ainsi que des archives, procès-verbaux et journaux de l'Assemblée législative.

### III

#### Contestations judiciaires de la législation du Manitoba en matière linguistique

Peu après son adoption, l'*Official Language Act, 1890* fut contestée devant les tribunaux du Manitoba. En 1892, elle était déclarée inconstitutionnelle par le juge Prud'homme de la Cour de comté de St-Boniface, qui a dit: «Je suis donc d'opinion que le c. 14, 53 Vict. est *ultra vires* de la législature du Manitoba et que la clause 23, de l'*Acte de Manitoba*, ne peut pas être changée et encore moins abrogée par la législature de cette province»: *Pellant v. Hebert*, décision publiée à l'origine dans *Le Manitoba* (un quotidien de langue française) le 9 mars 1892 et publiée dans (1981), 12 *R.G.D.* 242. Ce jugement ne fut suivi ni par la législature ni par le gouvernement du Manitoba. L'*Official*

*Act, 1890* remained in successive revisions of the *Statutes of Manitoba*; the Government did not resume bilingual publication of Legislative Records, Journals or Acts.

In 1909, the *Official Language Act, 1890* was again challenged in Manitoba Courts and again ruled unconstitutional: *Bertrand v. Dussault*, January 30, 1909, County Court of St. Boniface (unreported), reproduced in *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at pp. 458-62. According to Monnin J.A. in *Re Forest, supra*, at p. 458, "This latter decision, not reported, appears to have been unknown or ignored".

In 1976, a third attack was mounted against the *Official Language Act, 1890* and the Act was ruled unconstitutional: *R. v. Forest* (1976), 74 D.L.R. (3d) 704 (Man. Co. Ct.) Nonetheless, the *Official Language Act, 1890* remained on the Manitoba statute books; bilingual enactment, printing and publication of Acts of the Manitoba Legislature was not resumed.

In 1979, the constitutionality of the *Official Language Act, 1890* was tested before this Court. On December 13, 1979, in *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032, this Court, in unanimous reasons, held that the provisions of Manitoba's *Official Language Act, 1890* were in conflict with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and unconstitutional.

On July 9, 1980, after the decision of this Court in *Forest*, the Legislature of Manitoba enacted *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, 1980 (Man.), c. 3. The validity of this Act is the subject of question 4 of this Reference.

In the fourth session (1980) and the fifth session (1980-1981) of the thirty-first Legislature of Manitoba, the vast majority of the Acts of the Legislature of Manitoba were enacted, printed and published in English only.

*Language Act, 1890* est demeurée la même dans les refontes successives des *Statutes of Manitoba*; le gouvernement n'a pas recommencé à publier dans les deux langues les archives, procès-verbaux et journaux de l'Assemblée législative, ni les lois.

En 1909, l'*Official Language Act, 1890* fut contestée de nouveau devant les tribunaux du Manitoba et à nouveau déclarée inconstitutionnelle: *Bertrand v. Dussault*, le 30 janvier 1909, Cour de comté de St-Boniface (non publiée), reproduite dans *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), aux pp. 458 à 462. Selon le juge Monnin dans l'arrêt *Re Forest*, précité, à la p. 458, [TRADUCTION] « Cette dernière décision, non publiée, semble être passée inaperçue ou avoir été ignorée ».

En 1976, l'*Official Language Act, 1890* fut attaquée pour une troisième fois et déclarée inconstitutionnelle: *R. v. Forest* (1976), 74 D.L.R. (3d) 704 (C. de comté Man.). Néanmoins, l'*Official Language Act, 1890* est restée dans les recueils de lois du Manitoba; l'adoption, l'impression et la publication dans les deux langues des lois de l'assemblée législative du Manitoba n'ont pas été reprises.

En 1979, la question de la constitutionnalité de l'*Official Language Act, 1890* a été soumise à cette Cour. Le 13 décembre 1979, dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, la Cour, dans des motifs unanimes, a déclaré que les dispositions de l'*Official Language Act, 1890* du Manitoba, précitée, étaient incompatibles avec l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et inconstitutionnelles.

Le 9 juillet 1980, après l'arrêt *Forest* de cette Cour, l'assemblée législative du Manitoba a adopté la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, 1980 (Man.), chap. 3. La validité de cette loi fait l'objet de la question n° 4 du présent renvoi.

Au cours de la quatrième session (1980) et de la cinquième session (1980-1981) de la trente et unième législature du Manitoba, la majeure partie des lois de la législature du Manitoba ont été adoptées, imprimées et publiées en langue anglaise seulement.

Since the first session of the thirty-second Legislature of Manitoba (1982), the Acts of the Legislature of Manitoba have been enacted, printed and published in both English and French. However, those Acts that only amend Acts that were enacted, printed and published in English only, and private Acts, have in most instances been enacted in English only.

In *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393, the Manitoba Court of Appeal held that Manitoba's *Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, c. H60, and *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, c. S230, although enacted in English only, were valid. This decision is under appeal to this Court\*.

On July 4, 1983, the Attorney General of Manitoba introduced into the Legislative Assembly of Manitoba a resolution to initiate a constitutional amendment under s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. The purpose of the resolution was to amend the language provisions of the *Manitoba Act, 1870*. The second session of the thirty-second Legislature was prorogued on February 27, 1984, without the resolution having been adopted.

It might also be mentioned that on December 13, 1979, in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*), this Court held that the provisions of Quebec's *Charter of the French language* (Bill 101), enacted in 1977, were in conflict with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The *Charter* purported to provide for the introduction of Bills in the legislature in French only, and for the enactment of statutes in French only. The day after the decision of this Court in *Blaikie No. 1*, the Legislature of Quebec re-enacted in both languages all those Quebec statutes that had been enacted in French only. See: *An Act respecting a judgment rendered in the Supreme Court of Canada on 13 December*

\* Judgment in *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba* will be delivered at the time of delivery of judgment in *MacDonald v. City of Montreal*.

Depuis la première session de la trente-deuxième législature du Manitoba (1982), les lois de la législature du Manitoba sont adoptées, imprimées et publiées à la fois en langue française et en langue anglaise. Toutefois, les lois qui ne font que modifier les lois adoptées, imprimées et publiées en langue anglaise seulement et les lois d'intérêt privé sont, dans la plupart des cas, adoptées en langue anglaise seulement.

Dans l'arrêt *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que *The Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, chap. H60, et *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, chap. S230, étaient valides même si elles avaient été adoptées en langue anglaise seulement. Cet arrêt fait présentement l'objet d'un pourvoi devant cette Cour\*.

Le 4 juillet 1983, le procureur général du Manitoba a déposé devant l'assemblée législative du Manitoba une résolution visant à introduire une modification constitutionnelle en vertu de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette résolution avait pour objet de modifier les dispositions en matière linguistique contenues dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La deuxième session de la trente-deuxième législature du Manitoba a été prorogée le 27 février 1984 sans que cette résolution ait été adoptée.

On pourrait également mentionner que, le 13 décembre 1979, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), cette Cour a statué que la *Charte de la langue française* du Québec (Loi 101) adoptée en 1977 était contraire à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *Charte* prévoyait le dépôt des projets de loi en langue française seulement à l'Assemblée nationale et l'adoption des lois en langue française seulement. Le lendemain de l'arrêt *Blaikie n° 1* de cette Cour, l'assemblée nationale du Québec a adopté de nouveau dans les deux langues toutes les lois du Québec qui avaient été adoptées en langue française seulement. Voir: *Loi concernant un jugement rendu par la Cour*

\* Le jugement dans l'affaire *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba* sera rendu en même temps que celui dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*.

1979 on the language of the legislature and the courts in Québec, 1979 (Qué.), c. 61.

The implication of this Court's holdings in *Blaikie No. 1*, *supra*, and *Forest*, *supra*, was that provincial legislation passed in accordance with the *ultra vires* statutes, *i.e.* enacted in one language only, was itself in derogation of the constitutionally entrenched language provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Manitoba Act, 1870*, and therefore invalid. In *Société Asbestos Ltée v. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342, the Quebec Court of Appeal held, in a judgment also rendered December 13, 1979, that this was indeed the consequence of unilingual enactment and struck down two statutes that had not been enacted in English.

In *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*), this Court elaborated its earlier decision in *Blaikie No. 1* by holding that regulations adopted by or subject to the approval of the Government of Quebec and Rules of Court were subject to the requirements of s. 133. However, regulations adopted by subordinate bodies, outside the Government of Quebec, and not subject to the approval of the Government of Quebec, as well as municipal by-laws and school board by-laws, were not subject to the requirements of s. 133.

The Manitoba Court of Appeal, in *Bilodeau*, *supra*, was faced with a similar challenge to unilingually enacted legislation. That Court held that the unilingual legislation of the Manitoba Legislature was not invalid. The majority (*per* Freedman C.J.M.) held that the requirement for bilingual enactment was *directory* rather than *mandatory* and that therefore the consequence of disobedience was not invalidity. Monnin J.A. thought that s. 23 was mandatory but would have applied the doctrine of state necessity (of which more anon) to prevent invalidity.

*suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec, 1979 (Qué.), chap. 61.*

<sup>a</sup> Il découlait des arrêts de cette Cour *Blaikie n° 1* et *Forest*, précités, que la législation provinciale adoptée conformément à ces lois inconstitutionnelles, c.-à-d. unilingue seulement, constituait elle-même une dérogation aux dispositions en matière linguistique enchâssées dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et était, par conséquent, invalide. Dans l'arrêt *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342, également rendu le 13 décembre 1979, la Cour d'appel du Québec a déclaré que telle était la conséquence de l'adoption unilingue et a annulé deux lois qui n'avaient pas été adoptées en anglais.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), cette Cour a explicité la décision rendue dans l'arrêt *Blaikie n° 1* en statuant que les exigences de l'art. 133 s'appliquent aux règlements adoptés par le gouvernement du Québec ou soumis à son approbation, et aux règles des tribunaux. Elle a toutefois ajouté que les exigences de l'art. 133 ne s'appliquent pas aux règlements adoptés par des organismes de compétence secondaire non gouvernementaux et non soumis à l'approbation du gouvernement du Québec, ni aux règlements des organismes municipaux ou scolaires.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *Bilodeau*, précité, la Cour d'appel du Manitoba était saisie d'une contestation semblable d'une législation adoptée en une seule langue. Cette cour a décidé que la législation adoptée en une seule langue par la législature du Manitoba n'était pas invalide. Le juge en chef Freedman, au nom de la majorité, a statué que l'exigence de l'adoption dans les deux langues est *directive* plutôt qu'*impérative* et que, par conséquent, y contrevenir n'entraîne pas l'invalidité. Le juge Monnin a pour sa part exprimé l'avis que l'art. 23 est impératif, mais aurait appliqué le principe de l'état de nécessité (sur lequel nous reviendrons) pour ne pas prononcer l'invalidité de la législation.

## IV

Question 1

*The Mandatory Nature of s. 133 of the Constitution Act, 1867 and s. 23 of the Manitoba Act, 1870* <sup>a</sup>

Question No. 1 of this Reference asks whether the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, respecting the use of both English and French in the Records, Journals and Acts of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba, are "mandatory".

The Attorney General of Manitoba responds to this question in his written argument with the plain assertion that:

Since the decisions of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 and *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032 it is beyond dispute that statutes of the Parliament of Canada, of the National Assembly of Quebec and of the Legislature of Manitoba are required to be enacted in both the English and the French languages. The requirement is imperative, rather than permissive, in the sense that the legislative bodies have no option in the matter.

and later:

Obviously it was intended that the requirement of enactment in both languages be observed. The relevant question is: What is the consequence of non-observance?

The consequence of non-observance will be addressed when questions 2 and 3 are under consideration.

For present purposes, it seems clear that the bilingual record-keeping and the printing and publication requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are mandatory in the sense that they were meant to be obeyed. <sup>i</sup>

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, provides that both English and French "shall be used in the . . . Records and Journals" of the Manitoba Legislature. It further provides that "[t]he Acts of the Legislature shall be printed and published in both

## IV

Question n° 1

*Le caractère impératif de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba*

La question n° 1 du présent renvoi est de savoir si les exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* portant sur l'usage du français et de l'anglais dans les archives, les procès-verbaux, les journaux et les lois du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba sont «impératives». <sup>c</sup>

Dans ses observations écrites, le procureur général du Manitoba répond simplement à cette question que:

[TRADUCTION] Depuis les arrêts de cette Cour *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, il est incontestable que les lois du Parlement du Canada, de l'assemblée nationale du Québec et de la législature du Manitoba doivent être adoptées à la fois en langue française et en langue anglaise. Cette exigence est impérative plutôt que facultative, en ce sens que les corps législatifs n'ont pas le choix en la matière.

<sup>f</sup> Et plus loin:

[TRADUCTION] Manifestement, on voulait que cette exigence de l'adoption dans les deux langues soit observée. La question qui se pose est la suivante: Quelle est la conséquence du défaut de s'y conformer? <sup>g</sup>

La conséquence du défaut de se conformer à cette exigence sera abordée lors de l'examen des questions n°s 2 et 3.

<sup>h</sup> Aux fins des présentes, il semble évident que l'exigence, qu'imposent l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de rédiger, d'imprimer et de publier dans les deux langues est impérative en ce sens que l'on entendait qu'elle soit respectée.

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* dispose que l'usage du français et de l'anglais «sera obligatoire» dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux de la législature du Manitoba. Il dispose en outre que «[l]es actes de la législature



those languages". Section 133 of the *Constitution Act, 1867*, is strikingly similar. It provides that both English and French "shall be used in the respective Records and Journals" of Parliament and the Legislature of Quebec. It also provides that "[t]he Acts of the Parliament of Canada and the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages".

As used in its normal grammatical sense, the word "shall" is presumptively imperative. See *Odgers' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967) at p. 377; *The Interpretation Act, 1867* (Can.), 31 Vict., c. 1, s. 6(3); *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 ("shall is to be construed as imperative"). It is therefore incumbent upon this Court to conclude that Parliament, when it used the word "shall" in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, intended that those sections be construed as mandatory or imperative, in the sense that they must be obeyed, unless such an interpretation of the word "shall" would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. See, e.g. *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, p. 317 (Alta. S.C.)

There is nothing in the history or the language of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* or s. 133 of the *Constitution Act, 1867* to indicate that "shall" was not used in its normal imperative sense. On the contrary, the evidence points ineluctably to the conclusion that the word "shall" was deliberately and carefully chosen by Parliament for the express purpose of making the bilingual record-keeping and printing and publication requirements of those sections obligatory. In particular, Parliament's use of the presumptively imperative word "shall" twice in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and twice in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* contrasts starkly with its use of the presumptively permissive word "may" twice in the same sections. Section 23 provides that either English or French "may be

seront imprimés et publiés dans ces deux langues». L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* lui ressemble d'une manière frappante. Il dispose que «l'usage de ces deux langues [anglaise et française] sera obligatoire» dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs du Parlement et de la législature du Québec. Il dispose en outre que «[l]es actes du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues».

Employé dans son sens grammatical ordinaire, le terme anglais «shall» [«doit»] est, par présomption, impératif. Voir *Odgers' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967), à la p. 377; *Acte d'Interprétation, 1867* (Can.), 31 Vict., chap. 1, par. 6(3); *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28 («doit» ou «devra», devant un infinitif, exprime une obligation). Il incombe donc à cette Cour de conclure que le Parlement, lorsqu'il a employé le terme «shall» dans la version anglaise de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voulait que ces articles soient interprétés comme étant impératifs, en ce sens qu'ils doivent être respectés, à moins que cette interprétation du terme «shall» ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Voir, par exemple, *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, à la p. 317 (C.S. Alb.)

Rien dans l'historique ou le texte de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'indique que le mot «shall» n'a pas été employé dans son sens impératif ordinaire. Au contraire, la preuve amène inéluctablement à la conclusion que c'est délibérément et avec soin que le Parlement a choisi le terme «shall» dans le but exprès de rendre obligatoires les exigences de ces articles relatives à la rédaction, à l'impression et à la publication dans les deux langues. En particulier, le fait que le Parlement emploie deux fois à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et deux fois à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* le mot «shall» qui est, par présomption, impératif, contraste fortement avec l'emploi qu'il fait à deux reprises dans

used” by anyone in the debates of the Manitoba Legislature and that either language “may be used” by anyone in the Manitoba courts. Similarly, s. 133 provides that either English or French “may be used” by anyone in the debates of Parliament and the Legislature of Quebec, and in the courts of Canada and Quebec.

The French versions of both sections leave no doubt that the choice of these contrasting terms was deliberate. In the French version of s. 23, “shall” appears as “*sera obligatoire*” and “*seront*”, while “may” appears as “*sera facultatif*” and “*pourra être . . . à faculté*”. Similarly, in the French version of s. 133, “shall” is expressed as “*sera obligatoire*” at one point, and as “*devront être*” at another, while “may” is expressed as “*sera facultatif*” in the first clause in which it appears and as “*pourra être . . . à faculté*” in the second.

In *Blaikie v. Attorney General of Quebec* (1978), 85 D.L.R. (3d) 252 (Que. S.C.), at p. 260, Deschênes C.J.S.C. had this to say about the may/shall dichotomy in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*:

The Imperial Parliament has passed s. 133 with, from all evidence, extreme care and even the most mildly attentive observer cannot help but be struck by the alternation of the means of expression that are found in considering the use of the two languages: first part, ‘Either . . . may’; second part, ‘Both . . . shall’; third part, ‘Either . . . may’; fourth part, ‘Shall . . . both’.

The Court is totally incapable of finding in the second part of s. 133 justification for the alternates or the sequence of the languages that the Attorney-General of Quebec suggests can be read there: this is not one or the other language as a choice, but the two at the same time which must be used in the records and journals of the Legislature.

(Emphasis added.)

See also *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, at pp. 192-93.

ces mêmes articles du mot «*may*» qui, par présomption, exprime une faculté. L’article 23 dispose, dans sa version anglaise, que l’anglais ou le français «*may be used*» [«*sera facultatif*»] dans les débats de la législature du Manitoba et que l’une ou l’autre de ces langues «*may be used*» [«*il pourra être fait . . . usage, à faculté*»] devant les tribunaux du Manitoba. De même, l’art. 133 dispose que l’anglais ou le français «*may be used*» [«*sera facultatif*»] dans les débats du Parlement et de la législature du Québec, ainsi que devant les tribunaux du Canada et du Québec.

Les versions françaises de ces deux articles ne laissent aucun doute que le choix de ces termes distincts était intentionnel. Dans la version française de l’art. 23, «*shall*» est rendu par «*sera obligatoire*» et «*seront*», alors que «*may*» est rendu par «*sera facultatif*» et «*pourra être . . . à faculté*». De même, dans la version française de l’art. 133, «*shall*» est rendu par «*sera obligatoire*» à un endroit et par «*devront être*» à un autre, alors que «*may*» est rendu par «*sera facultatif*» dans le premier segment de l’article et par «*pourra être . . . à faculté*» dans le second segment.

Dans *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1978] C.S. 37, à la p. 44, le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure dit ce qui suit concernant la dichotomie «*may*» et «*shall*» à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

Le Parlement impérial a rédigé l’article 133 avec, de toute évidence, un soin extrême et l’observateur le moins attentif ne peut qu’être frappé par l’alternance des modes d’expression qu’on y trouve au sujet de l’emploi des deux langues: Première partie: *Either . . . may*; Deuxième partie: *Both . . . shall*; Troisième partie: *Either . . . may*; Quatrième partie: *Shall . . . both*.

La Cour est tout à fait incapable de trouver dans la deuxième partie de l’article 133 la permission d’alternance ou de succession des langues que le Procureur général du Québec suggère d’y lire: ce n’est pas l’une ou l’autre langue au choix, mais les deux à la fois qui doivent être employées dans les *Records and Journals* de la Législature.

(C’est nous qui soulignons.)

Voir également *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, aux pp. 192 et 193.

If more evidence of Parliament's intent is needed, it is necessary only to have regard to the purpose of both s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which was to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for francophones and anglophones alike. The fundamental guarantees contained in the sections in question are constitutionally entrenched and are beyond the power of the provinces of Quebec or Manitoba to amend unilaterally: *Blaikie No. 1, supra*; *Attorney General of Manitoba v. Forest, supra*. Those guarantees would be meaningless and their entrenchment a futile exercise were they not obligatory.

That this was recognized by the drafters of s. 133, after which s. 23 was modeled, is clear from the former section's legislative history. Early drafts of s. 133 used the permissive word "may". This generated considerable concern and comment during the Confederation Debates, and in the third draft of s. 133 in February 1867 the word "may" was replaced by the word "shall" in the provision regarding the use of both languages in the records and journals of Parliament and the Legislature of Quebec. In the final draft of s. 133 of the *British North America Act, 1867* (as it was then called) the provision for printing and publication of all laws in both languages was added, the word "shall" again being used.

The conclusion seems inescapable that the drafters of the *Constitution Act, 1867* deliberately selected the imperative term "shall" in preference to the permissive term "may" because they intended s. 133's language guarantees to be just that—*guarantees*. And the use by Parliament only three years later of nearly identical language in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* is strong evidence of a similar intendment with regard to the language provisions of that Act. The requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* respecting the use of both English and French in the Records, Journals and Acts of Parliament and the Legislatures of Quebec and Manitoba are "mandatory" in the normally

S'il faut ajouter à la preuve de l'intention du Parlement, il suffit simplement de considérer l'objet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux. Les garanties fondamentales contenues dans les articles en question sont enchâssées dans la Constitution et les provinces de Québec et du Manitoba n'ont pas le pouvoir de les modifier unilatéralement: *Blaikie n° 1* et *Procureur général du Manitoba c. Forest*, précités. Si ces garanties n'étaient pas obligatoires, elles seraient vides de sens et leur enchâssement serait futile.

L'historique de l'adoption de l'art. 133, duquel s'inspire l'art. 23, indique clairement que c'est ce qu'ont reconnu ses auteurs. Les premières ébauches du texte anglais de l'art. 133 employaient le terme facultatif «*may*». Cela a suscité beaucoup de préoccupations et de commentaires dans les débats sur la Confédération, et dans la troisième ébauche de l'art. 133, au mois de février 1867, le terme «*may*» a été remplacé par le terme «*shall*» dans la disposition concernant l'usage des deux langues dans les archives, procès-verbaux et journaux du Parlement et de la législature du Québec. Dans la version finale de l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (comme on l'appelait alors), on a ajouté la disposition relative à l'impression et à la publication de toutes les lois dans les deux langues, en employant là encore le terme «*shall*».

Il semble impossible d'échapper à la conclusion que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont choisi délibérément le terme impératif «*shall*» dans la version anglaise, et les termes «*sera*» et «*devront*» dans la version française, de préférence aux termes facultatifs «*may*» et «*sera facultatif*» ou «*pourra . . . à faculté*», parce qu'ils voulaient que les garanties linguistiques de l'art. 133 soient exactement cela, des *garanties*. Et l'emploi par le Parlement, seulement trois ans plus tard, d'un langage presque identique dans l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* établit clairement une intention semblable à l'égard des dispositions en matière linguistique contenues dans cette loi. Les exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et

accepted sense of that term. That is, they are obligatory. They must be observed.

Nonetheless, it has been argued by the Attorney General of Manitoba that, though the words of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are mandatory in the common grammatical sense, they are only directory in the legal sense and, thus, laws in violation of these provisions will not necessarily be invalid. He states in his factum:

The Courts have drawn a distinction between requirements which are said to be "directory" and those which are said to be "mandatory". The terminology used has not always been consistent and mandatory requirements have been referred to as "imperative" or "obligatory". Non-compliance with a directory requirement does not result in what was done having no effect whereas if a mandatory requirement is not complied with all of what is done is a nullity.

The Attorney General goes on to argue that the requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, are directory rather than mandatory.

A distinction between statutory provisions that are mandatory in the sense that failure to comply with them will lead to invalidity of the act in question, and directory, in the sense that failure to comply will not necessarily lead to such invalidity, is one that is found in Anglo-Canadian law. The most commonly cited formulation is Sir Arthur Channell's in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), at pp. 174-75:

The question whether provisions in a statute are directory or imperative has very frequently arisen in this country, but it has been said that no general rule can be laid down and that in every case the object of the statute must be looked at . . . . 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

de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* concernant l'usage de l'anglais et du français dans les archives, procès-verbaux et journaux du Parlement et des législatures du Québec et du Manitoba sont «impératives» au sens normalement reconnu de ce terme. Autrement dit, elles sont obligatoires; elles doivent être observées.

Le procureur général du Manitoba a néanmoins fait valoir que, même si les termes de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont impératifs au sens grammatical ordinaire, ils ne sont que directives au sens juridique et, ainsi, les lois qui contreviennent à ces dispositions ne seront pas nécessairement invalides. Dans son mémoire, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont établi une distinction entre les exigences dites «directives» et celles dites «impératives». La terminologie employée n'a pas toujours été uniforme et des exigences impératives ont été qualifiées d'«absolues» ou d'«obligatoires». Le non-respect d'une exigence directive n'entraîne pas la nullité de ce qui a été fait alors que, si une exigence impérative n'est pas respectée, tout ce qui a été fait est nul et sans effet.

Le procureur général fait ensuite valoir que les exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont directives plutôt qu'impératives.

On trouve en droit anglo-canadien une distinction entre les dispositions législatives impératives qui entraînent l'invalidité de l'acte en question si elles ne sont pas respectées, et les dispositions directives qui n'entraînent pas nécessairement l'invalidité si elles ne sont pas respectées. La formulation que l'on cite le plus souvent est celle de Sir Arthur Channell dans l'arrêt *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), aux pp. 174 et 175:

[TRADUCTION] La question de savoir si les dispositions d'une loi sont directives ou impératives a très souvent été soulevée dans notre pays, mais on a dit qu'il n'est pas possible d'établir une règle générale et que, dans chaque cas, il faut considérer l'objet de la loi . . . . Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait pour des personnes qui n'ont aucun

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, the neglect of them, though punishable, not affecting the validity of the acts done.

See also *Howard v. Bodington* (1877), 2 P. 203 at p. 210.

The doctrinal basis of the mandatory/directory distinction is difficult to ascertain. The "serious general inconvenience or injustice" of which Sir Arthur Channell speaks in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, *supra*, appears to lie at the root of the distinction as it is applied by the courts. In Russel J.'s words (*R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), at p. 130):

I do not profess to be able to draw the distinction between what is directory and what is imperative, and I find that I am not alone in suspecting that, under the authorities, a provision may become directory if it is very desirable that compliance with it should not have been omitted, when that same provision would have been held to be imperative if the necessity had not arisen for the opposite ruling.

The temptation is very great, where the consequences of holding a statute to be imperative are seriously inconvenient, to strain a point in favor of the contention that it is mere directory . . . .

There is no authority in Canada for applying the mandatory/directory doctrine to constitutional provisions. It is our belief that the doctrine should not be applied when the constitutionality of legislation is in issue. This was the position of Monnin J.A. of the Manitoba Court of Appeal, dissenting on this point in *Bilodeau*, *supra*, at pp. 405-07:

I see no necessity to import into this argument the notion of directory legislation as opposed to mandatory legislation. Unfortunately, this court raised it in *A.G. Man. v. Forest*, *supra*, at p. 247, but I am certain that this theory has been put to rest by the two decisions of the Supreme Court of Canada on the matter, especially in *Blaikie*, *supra*. The Supreme Court of Canada did not call to its assistance such theories, and declared that in

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 et que leur non-respect, bien qu'il puisse entraîner des sanctions, ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis.

Voir également *Howard v. Bodington* (1877), 2 P. 203, à la p. 210.

Il est difficile de vérifier le fondement doctrinal de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif. L'«injustice ou [les] inconvénients généraux graves» dont parle sir Arthur Channell dans l'arrêt *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, précité, semblent servir de fondement à la distinction appliquée par les tribunaux. Comme l'affirme le juge Russel (*R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), à la p. 130):

[TRADUCTION] Je ne prétends pas être capable de faire la distinction entre ce qui est directif et ce qui est impératif, et je conclus que je ne suis pas le seul à avoir le sentiment que, selon la jurisprudence, une disposition peut devenir directive s'il est très souhaitable qu'on n'y ait pas dérogé, alors que la même disposition aurait été déclarée impérative s'il n'avait pas été nécessaire de conclure en sens contraire.

Lorsque la conclusion qu'une loi est impérative entraîne des inconvénients graves, on est grandement tenté de faire une exception en faveur de la prétention qu'elle est simplement directive . . . .

Nulle jurisprudence canadienne ne permet d'appliquer à des dispositions constitutionnelles la théorie de la distinction entre ce qui est impératif ou directif. Nous sommes d'avis que cette théorie ne doit pas être appliquée lorsque la constitutionnalité d'une loi est en jeu. Il s'agit là de la position adoptée par le juge Monnin de la Cour d'appel du Manitoba, dissident sur ce point dans l'arrêt *Bilodeau*, précité, aux pp. 405 à 407:

[TRADUCTION] Je ne vois pas la nécessité d'introduire dans cet argument la notion de loi directive par opposition à la loi impérative. Malheureusement, cette Cour l'a soulevée dans l'arrêt *A.G. Man. v. Forest*, précité, à la p. 247, mais je suis certain que cette théorie a été écartée par les deux arrêts de la Cour suprême du Canada sur cette question, en particulier l'arrêt *Blaikie*, précité. La Cour suprême du Canada n'a pas fait appel à

respect to the province of Quebec all statutes must be published in both languages.

... the legislation is clear, and speaks of "shall be used" and "shall be printed". There is nothing of a directory nature in that language. Furthermore, entrenched linguistic rights are by nature mandatory and never directory. If they were directory only, the risk is that they would never be enjoyed or be of any use to those to whom they were addressed. If it were merely directory it would fly in the face of entrenchment, which, but by its very nature, is mandatory. The authorities submitted by counsel on the mandatory or directory nature of legislation has [sic] no application to entrenched rights. Violence to the constitution cannot be tolerated.

(Emphasis added.)

The decisions of this Court in *Blaikie No. 1*, *supra*, and *Forest*, *supra*, referred to by Monnin J.A. in the above excerpt are not the only constitutional cases in which the mandatory/directory distinction has not been applied. In *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, for example, the Privy Council did not mention the distinction in ruling that legislation which had not been enacted in compliance with the appropriate constitutional "manner and form" requirements was invalid. Reference could also be made to the numerous decisions of American courts striking down legislation as unconstitutional, without bothering to discuss the mandatory/directory distinction, even though the distinction figures prominently in the American law on statutory construction.

More important than the lack of authority to support the application of the mandatory/directory distinction to constitutional provisions, however, is the harm that would be done to the supremacy of Canada's Constitution if such a vague and expedient principle were used to interpret it. It would do great violence to our Constitution to hold that a provision on its face mandatory, should be labelled directory on the ground that to hold otherwise would lead to inconvenience or even chaos. Where there is no textual indication that a constitutional provision is directory and where the words clearly

ces théories et a déclaré qu'en ce qui concerne la province de Québec toutes les lois doivent être publiées dans les deux langues.

... la loi est claire; elle dit «usage... sera obligatoire» et «seront imprimés». Il n'y a rien qui soit de nature directive dans ce langage. En outre, des droits linguistiques enchâssés sont par nature impératifs, jamais directifs. S'ils n'étaient que directifs, il y aurait danger que les personnes auxquelles ils s'adressent ne puissent jamais en profiter ou les exercer. Si la loi était directive, elle irait à l'encontre de l'enchâssement qui, de par sa nature même, est impératif. La jurisprudence qu'invoquent les avocats concernant la nature impérative ou directive de la législation ne s'applique pas à des droits enchâssés. Les entorses à la Constitution ne peuvent être tolérées.

(C'est nous qui soulignons.)

Les arrêts de cette Cour *Blaikie n° 1* et *Forest*, précités, que mentionne le juge Monnin dans l'extrait ci-dessus sont pas les seuls arrêts constitutionnels où l'on n'a pas appliqué la distinction entre ce qui est impératif ou directif. Par exemple, dans l'arrêt *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, le Conseil privé n'a pas mentionné cette distinction en décidant qu'une loi qui n'avait pas été adoptée suivant [TRADUCTION] «les modalités et la forme» requises en matière constitutionnelle était invalide. On pourrait également mentionner les nombreuses décisions américaines où on a invalidé des lois pour le motif qu'elles étaient inconstitutionnelles sans se donner la peine d'examiner la distinction entre ce qui est impératif ou directif, même si cette distinction occupe une place importante dans le droit américain relatif à l'interprétation des lois.

Cependant, ce qui est plus important que l'absence de jurisprudence justifiant l'application de la distinction entre ce qui est impératif ou directif aux dispositions constitutionnelles, c'est le tort qui serait causé à la suprématie de la Constitution canadienne si un principe aussi vague était utilisé comme expédient pour l'interpréter. Ce serait une entorse grave à la Constitution que de conclure qu'une disposition en apparence impérative doit être qualifiée de directive pour le motif qu'une conclusion en sens contraire entraînerait des inconvénients ou même le chaos. Lorsqu'il n'y a aucune

indicate that the provision is mandatory, there is no room for interpreting the provision as directory.

In answer to Question 1, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are mandatory.

V

### Questions 2 and 3

Question 2 asks whether the unilingual statutes and regulations of Manitoba are invalid. Question 3 asks about the force and effect of these statutes and regulations if they are found to be invalid. Before addressing the consequences of the Manitoba Legislature's failure to enact its laws in both French and English, it will be necessary to determine what is encompassed by the words "Acts of the Legislature" in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

#### A) *The Meaning of "Acts of the Legislature"*

The requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* pertain to "Acts of the Legislature". These words are, in all material respects, identical to those found in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. As we have already indicated, in *Blaikie No. 2, supra*, this Court held that s. 133 applied to regulations enacted by the Government of Quebec, a Minister of the Government or a group of Ministers and to regulations of the civil administration and of semi-public agencies which required the approval of that Government, a Minister or group of Ministers for their legal effect. It was emphasized that only those regulations which could properly be called "delegated legislation" fell within the scope of s. 133; rules or directives of internal management did not. It was also held that s. 133 applied to rules of practice enacted by courts and quasi-judicial tribunals, but that it did not apply to the by-laws of municipal bodies or the regulations of school bodies.

Given the similarity of the provisions, the range of application of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*,

indication textuelle qu'une disposition constitutionnelle est directive et lorsqu'il ressort clairement de ses termes qu'elle est impérative, il n'y a pas lieu d'interpréter cette disposition comme étant directive.

En réponse à la question n° 1, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont impératifs.

b

V

### Questions n° 2 et 3

À la question n° 2, on demande si les lois et les règlements unilingues du Manitoba sont invalides. La question n° 3 porte sur le caractère opérant de ces lois et de ces règlements dans l'hypothèse où ils seraient jugés invalides. Avant d'examiner les conséquences de l'omission de la législature du Manitoba d'adopter ses lois à la fois en français et en anglais, il sera nécessaire de déterminer ce que vise l'expression «actes de la législature» que l'on trouve à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

#### A) *Le sens de l'expression «actes de la législature»*

Les exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* concernent les «actes de la législature». Cette expression est essentiellement identique à celle qu'emploie l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme nous l'avons déjà souligné, dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, précité, cette Cour a conclu que l'art. 133 s'applique aux règlements adoptés par le gouvernement du Québec, un ministre ou un groupe de ministres ainsi qu'aux règlements de l'Administration et des organismes parapublics qui, pour entrer en vigueur, nécessitent l'approbation de ce gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres. Cette Cour a souligné que l'art. 133 vise uniquement les règlements qui constituent de la «législation déléguée» proprement dite et non pas les règles ou directives de régie interne. On a également conclu que l'art. 133 s'applique aux règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires, mais qu'il ne s'applique pas aux règlements d'organismes municipaux ou scolaires.

Vu la similitude de ces dispositions, la portée de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* doit

should parallel that of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. All types of subordinate legislation that in Quebec would be subject to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, are, in Manitoba, subject to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

In this judgment, all references to "Acts of the Legislature" are intended to encompass all statutes, regulations and delegated legislation of the Manitoba Legislature, enacted since 1890, that are covered by this Court's judgments in *Blaikie No. 1* and *Blaikie No. 2*.

B) *The Consequences of the Manitoba Legislature's Failure to Enact, Print and Publish in both Languages*

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* entrenches a mandatory requirement to enact, print, and publish all Acts of the Legislature in both official languages (see *Blaikie No. 1, supra*). It establishes a constitutional duty on the Manitoba Legislature with respect to the manner and form of enactment of its legislation. This duty protects the substantive rights of all Manitobans to equal access to the law in either the French or the English language.

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* is a specific manifestation of the general right of Franco-Manitobans to use their own language. The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The constitutional entrenchment of a duty on the Manitoba Legislature to enact, print and publish in both French and English in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* confers upon the judiciary the responsibility of protecting the correlative language rights of all Manitobans including the Fran-

correspondre à celle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute législation déléguée qui, au Québec, serait assujettie à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est, au Manitoba, assujettie à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Dans les présents motifs, toute mention des «actes de la législature» est destinée à englober toutes les lois, tous les règlements et toute la législation déléguée adoptés par la législature du Manitoba depuis 1890, auxquels s'appliquent les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2* de cette Cour.

B) *Les conséquences de l'omission de la législature du Manitoba de procéder à l'adoption, à l'impression et à la publication dans les deux langues*

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* enchâsse une exigence impérative d'adopter, d'imprimer et de publier dans les deux langues officielles toutes les lois de la Législature (voir l'arrêt *Blaikie n° 1*, précité). Il impose à la législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l'adoption de ses lois. Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise.

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue. L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

L'enchâssement constitutionnel, à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, d'une obligation pour la législature du Manitoba de procéder à l'adoption, à l'impression et à la publication dans les langues française et anglaise a pour effet d'imposer au pouvoir judiciaire la responsabilité de



co-Manitoban minority. The judiciary is the institution charged with the duty of ensuring that the government complies with the Constitution. We must protect those whose constitutional rights have been violated, whomever they may be, and whatever the reasons for the violation.

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and unsuffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails.

As this Court said in *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590:

A state, it is said, is sovereign and it is not for the Courts to pass upon the policy or wisdom of legislative will. As a broad statement of principle that is undoubtedly correct, but the general principle must yield to the requisites of the constitution in a federal state. By its bounds of sovereignty are defined and supremacy circumscribed. The Courts will not question the wisdom of enactments which, by the terms of the Canadian Constitution are within the competence of the Legislatures, but it is the high duty of this Court to insure that the legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power.

(Emphasis added.)

See also *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (the *Patriation Reference*), at pp. 841, 848, 877.

Since April 17, 1982, the mandate of the judiciary to protect the Constitution has been embodied

protéger les droits corrélatifs que possèdent en matière linguistique tous les Manitobains, y compris la minorité franco-manitobaine. C'est au pouvoir judiciaire qu'il incombe d'assurer que le gouvernement observe la Constitution. Nous devons protéger les personnes dont les droits constitutionnels sont violés, quelles que soient ces personnes et quelles que soient les raisons de cette violation.

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance.

Comme l'affirme cette Cour dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, à la p. 590:

On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs.

(C'est nous qui soulignons.)

Voir également *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (ci-après le *Renvoi sur le rapatriement*), aux pp. 841, 848 et 877.

Depuis le 17 avril 1982, le mandat du pouvoir judiciaire de protéger la Constitution est enchâssé

in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This section reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Prior to enactment of the *Constitution Act, 1982*, the governing provision was, pursuant to the *Statute of Westminster, 1931*, s. 2 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, which provides:

2. Any Colonial Law which is or shall be in any respect repugnant to the Provisions of any Act of Parliament extending to the Colony to which such Law may relate, or repugnant to any Order or Regulation made under Authority of such Act of Parliament, or having in the Colony the Force and Effect of such Act, shall be read subject to such Act, Order, or Regulation, and shall, to the Extent of such Repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

(Emphasis added.)

The constitutional jurisprudence, developed under the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, was based on the invalidity doctrine. If Parliament or a provincial legislature was *ultra vires* its constitutionally allocated powers in enacting a certain Act, then the repugnancy of that Act with the provisions of the *British North America Act, 1867* would mean that the Act was “absolutely void and inoperative”.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not alter the principles which have provided the foundation for judicial review over the years. In a case where constitutional manner and form requirements have not been complied with, the consequence of such non-compliance continues to be invalidity. The words “of no force or effect” mean that a law thus inconsistent with the Constitution has no force or effect because it is invalid.

Canadian courts have been unanimous in finding that failure to respect mandatory requirements to enact, print and publish statutes and regulations in both official languages leads to inconsistency

à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui se lit ainsi:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la disposition applicable était, conformément au *Statut de Westminster, 1931*, l'art. 2 de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., chap. 63, lequel dispose:

[TRADUCTION] 2. Toute loi coloniale qui est ou sera de quelque façon incompatible avec les dispositions d'une loi du Parlement applicable à la Colonie d'où provient cette loi, ou incompatible avec une ordonnance ou un règlement adopté en vertu de ladite loi du Parlement, ou ayant dans la Colonie l'effet de ladite loi, doit s'interpréter sous réserve desdits loi, ordonnance ou règlement et sera absolument nulle et inopérante, mais seulement dans la mesure de cette incompatibilité.

(C'est nous qui soulignons.)

La théorie juridique en matière constitutionnelle, établie sous le régime de la *Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies*, était fondée sur le principe de l'invalidité. Si le Parlement ou une législature provinciale outrepassait les pouvoirs que lui conférait la Constitution en adoptant une loi donnée, alors l'incompatibilité de cette loi avec les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* faisait en sorte que la loi en question était «absolument nulle et inopérante».

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot «inopérantes» signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité.

Les tribunaux canadiens sont unanimes à conclure que l'omission de se conformer aux exigences impératives de l'adoption, de l'impression et de la publication des lois et règlements dans les deux

and thus invalidity. See, *Société Asbestos Ltée v. Société nationale de l'amiante*, *supra*; *Procureur général du Québec v. Collier*, [1983] C.S. 366; *Procureur général du Québec v. Brunet*, J.E. 83-510, reversed on other grounds, J.E. 84-62 (S.C.) These cases accord with the general principle that failure to comply with constitutional provisions dealing with the manner and form of the enactment of legislation will result in inconsistency and thus invalidity. See *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, *supra*.

In the present case the unilingual enactments of the Manitoba Legislature are inconsistent with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* since the constitutionally required manner and form for their enactment has not been followed. Thus they are invalid and of no force or effect.

### C) *The Rule of Law*

#### 1. The Principle

The difficulty with the fact that the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba must be declared invalid and of no force or effect is that, without going further, a legal vacuum will be created with consequent legal chaos in the Province of Manitoba. The Manitoba Legislature has, since 1890, enacted nearly all of its laws in English only. Thus, to find that the unilingual laws of Manitoba are invalid and of no force or effect would mean that only laws enacted in both French and English *before 1890*, would continue to be valid, and would still be in force even if the law had purportedly been repealed or amended by a post-1890 unilingual statute; matters that were not regulated by laws enacted before 1890 would now be unregulated by law, unless a pre-confederation law or the common law provided a rule.

The situation of the various institutions of provincial government would be as follows: the courts, administrative tribunals, public officials, municipal corporations, school boards, professional governing bodies, and all other bodies created by law, to the extent that they derive their existence from

langues officielles entraîne l'incompatibilité et ainsi l'invalidité. Voir *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, précité; *Procureur général du Québec c. Collier*, [1983] C.S. 366; *Procureur général du Québec c. Brunet*, J.E. 83-510, infirmé pour d'autres motifs, J.E. 84-62 (C.S.) Ces affaires s'accordent avec le principe général portant que l'omission d'observer les dispositions constitutionnelles relatives aux modalités et à la forme de l'adoption des lois entraîne l'incompatibilité et ainsi l'invalidité. Voir l'arrêt *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, précité.

En l'espèce, les textes législatifs adoptés dans une seule langue par la législature du Manitoba sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étant donné que les exigences constitutionnelles quant aux modalités et à la forme de leur adoption n'ont pas été respectées. Ils sont donc invalides et inopérants.

### C) *La primauté du droit*

#### 1. Le principe

Le problème que pose le fait que les lois unilingues de la législature du Manitoba doivent être déclarées invalides et inopérantes est, sans plus, le vide juridique que cela engendrera et le chaos qui s'ensuivra en la matière dans la province du Manitoba. Depuis 1890, la législature du Manitoba a adopté presque toutes ses lois en anglais seulement. Donc, conclure que les lois unilingues du Manitoba sont invalides et inopérantes signifierait que seules les lois adoptées dans les langues française et anglaise *avant 1890* demeureraient valides et seraient toujours opérantes même si elles sont censées avoir été abrogées ou modifiées par une loi unilingue postérieure à 1890. Les matières qui n'ont pas été abordées par des lois adoptées avant 1890 ne seraient désormais régies par aucune loi à moins qu'une règle ne soit prévue par une loi antérieure à la Confédération ou par la *common law*.

La situation des diverses institutions du gouvernement provincial serait la suivante: les tribunaux administratifs ou judiciaires, les officiers publics, les municipalités, les commissions scolaires, les corps professionnels et tous les autres organismes créés par la loi, dans la mesure où ils doivent leur

or purport to exercise powers conferred by Manitoba laws enacted since 1890 in English only, would be acting without legal authority.

Questions as to the validity of the present composition of the Manitoba Legislature might also be raised. Under the *Manitoba Act, 1870*, the Legislative Assembly was to be composed of 24 members (s. 14), and voters were to be male and over 21 (s. 17). By laws enacted after 1890 in English only, the size of the Legislative Assembly was increased to 57 members, and all persons, both women and men, over 18 were granted the right to vote: see *Act to amend "The Manitoba Election Act"*, 1916 (Man.), c. 36; *Act to amend "The Election Act"*, 1969 (Man.), 2nd Sess., c. 7; *The Legislative Assembly Act*, R.S.M. 1970, c. L110, s. 4(1). If these laws are invalid and of no force or effect, the present composition of the Manitoba Legislature might be invalid. The invalidity of the post-1890 laws would not touch the existence of the Legislature or its powers since these are matters of federal constitutional law: *Constitution Act, 1867*, ss. 92, 92A, 93, 95; *Manitoba Act, 1870*, s. 2.

Finally, all legal rights, obligations and other effects which have purportedly arisen under all Acts of the Manitoba Legislature since 1890 would be open to challenge to the extent that their validity and enforceability depends upon a regime of unconstitutional unilingual laws.

In the present case, declaring the Acts of the Legislature of Manitoba invalid and of no force or effect would, without more, undermine the principle of the rule of law. The rule of law, a fundamental principle of our Constitution, must mean at least two things. First, that the law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power. Indeed, it is because of the supremacy of law over the government, as established in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that this Court must

existence à des lois du Manitoba adoptées après 1890 en anglais seulement ou sont censés exercer des pouvoirs conférés par ces lois, agiraient illégalement.

<sup>a</sup> On pourrait également mettre en doute la validité de la composition actuelle de la législature du Manitoba. Selon la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, l'Assemblée législative devait être composée de 24 membres (art. 14) et avaient droit de vote les personnes du sexe masculin âgées de 21 ans et plus (art. 17). En vertu de lois adoptées après 1890 en anglais seulement, le nombre des membres de l'Assemblée législative a été porté à 57, et toute personne, femme ou homme, âgée d'au moins 18 ans s'est vu accorder le droit de vote: voir *Act to amend "The Manitoba Election Act"*, 1916 (Man.), chap. 36; *Act to amend "The Election Act"*, 1969 (Man.), 2<sup>e</sup> Sess., chap. 7; *The Legislative Assembly Act*, R.S.M. 1970, chap. L110, par. 4(1). Si ces lois sont invalides et inopérantes, il se pourrait que la composition actuelle de la législature du Manitoba soit invalide. L'invalidité des lois postérieures à 1890 ne porterait pas atteinte à l'existence de la Législature ou à ses pouvoirs puisque ce sont là des questions de droit constitutionnel fédéral: *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92, 92A, 93, 95; *Loi de 1870 sur le Manitoba*, art. 2.

Enfin, tous les droits, obligations et autres effets qui sont censés avoir découlé de toutes les lois adoptées par la législature du Manitoba depuis 1890 seraient susceptibles d'être contestés dans la mesure où leur validité et leur caractère exécutoire dépendent d'un ensemble de lois unilingues inconstitutionnelles.

<sup>h</sup> En l'espèce, déclarer les lois de la législature du Manitoba invalides et inopérantes aurait pour effet, sans plus, de miner le principe de la primauté du droit. La primauté du droit, qui constitue un principe fondamental de notre Constitution, doit signifier au moins deux choses. En premier lieu, que le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire. En réalité, c'est à cause de la suprématie du droit sur le gouvernement, établie par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'art. 52 de la *Loi*

find the unconstitutional laws of Manitoba to be invalid and of no force and effect.

Second, the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order. Law and order are indispensable elements of civilized life. "The rule of law in this sense implies . . . simply the existence of public order." (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), at p. 43). As John Locke once said, "A government without laws is, I suppose, a mystery in politics, inconceivable to human capacity and inconsistent with human society" (quoted by Lord Wilberforce in *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.), at p. 577). According to Wade and Phillips, *Constitutional and Administrative Law* (9th ed. 1977), at p. 89: ". . . the rule of law expresses a preference for law and order within a community rather than anarchy, warfare and constant strife. In this sense, the rule of law is a philosophical view of society which in the Western tradition is linked with basic democratic notions".

It is this second aspect of the rule of law that is of concern in the present situation. The conclusion that the Acts of the Legislature of Manitoba are invalid and of no force or effect means that the positive legal order which has purportedly regulated the affairs of the citizens of Manitoba since 1890 will be destroyed and the rights, obligations and other effects arising under these laws will be invalid and unenforceable. As for the future, since it is reasonable to assume that it will be impossible for the Legislature of Manitoba to rectify *instantaneously* the constitutional defect, the Acts of the Manitoba Legislature will be invalid and of no force or effect until they are translated, re-enacted, printed and published in both languages.

Such results would certainly offend the rule of law. As we stated in the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 805-06:

*constitutionnelle de 1982*, que cette Cour doit conclure que les lois inconstitutionnelles du Manitoba sont invalides et inopérantes.

<sup>a</sup> En second lieu, la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée. [TRADUCTION] <sup>b</sup> «La primauté du droit en ce sens sous-tend . . . simplement l'existence de l'ordre public.» (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), à la p. 43.) Comme l'a déjà dit John Locke, [TRADUCTION] <sup>c</sup> «Un gouvernement sans lois est, je suppose, un mystère politique, inconcevable pour l'esprit humain et incompatible avec la société des hommes». (Cité par lord Wilberforce dans *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.), à la p. 577.) Selon <sup>d</sup> Wade et Phillips dans *Constitutional and Administrative Law* (9th ed. 1977), à la p. 89: [TRADUCTION] « . . . la primauté du droit exprime la préférence pour l'ordre public dans une société <sup>e</sup> plutôt que pour l'anarchie, la guerre et les luttes incessantes. En ce sens, la primauté du droit est une perception philosophique de la société qui, dans la tradition occidentale, est liée aux notions fondamentales de démocratie».

<sup>f</sup> C'est ce second aspect de la primauté du droit qui est en cause dans la présente situation. La conclusion que les lois de la législature du Manitoba sont invalides et inopérantes signifie que l'ordre de droit positif qui est censé avoir réglementé <sup>g</sup> les affaires des habitants du Manitoba depuis 1890 se trouvera détruit et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces règles de droit seront invalides et non exécutoires. Quant à l'avenir, <sup>h</sup> puisqu'il est raisonnable de présumer qu'il sera impossible à la législature du Manitoba de corriger *instantanément* ce vice d'ordre constitutionnel, les lois de la législature du Manitoba seront invalides <sup>i</sup> et inopérantes jusqu'à ce qu'elles aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues.

Une telle conséquence serait certainement contraire à la primauté du droit. Comme nous l'avons dit dans le *Renvoi sur le rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806:

The “rule of law” is a highly textured expression ... conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority.

(Emphasis added.)

Dr. Raz has said: “‘The rule of law’ means literally what it says: the rule of the law . . . . It has two aspects: (1) that people should be ruled by the law and obey it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it” (*The Authority of Law* (1979), at pp. 212-13). The rule of law simply cannot be fulfilled in a province that has no positive law.

The constitutional status of the rule of law is beyond question. The preamble to the *Constitution Act, 1982* states:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law.

(Emphasis added.)

This is explicit recognition that “the rule of law [is] a fundamental postulate of our constitutional structure” (*per* Rand J., *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142). The rule of law has always been understood as the very basis of the English Constitution characterising the political institutions of England from the time of the Norman Conquest (A.V. Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at p. 183). It becomes a postulate of our own constitutional order by way of the preamble to the *Constitution Act, 1982*, and its implicit inclusion in the preamble to the *Constitution Act, 1867* by virtue of the words “with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom”.

Additional to the inclusion of the rule of law in the preambles of the *Constitution Acts* of 1867 and 1982, the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution. The Constitution, as the Supreme Law, must be understood as a purposive ordering of social relations providing a basis upon which an actual order of positive laws can be

La «règle de droit» est une expression haute en couleur qui . . . communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale.

<sup>a</sup> (C'est nous qui soulignons.)

Monsieur Raz a affirmé: La «primauté du droit» signifie littéralement ce que l'expression dit: la primauté du droit . . . L'expression signifie deux choses: (1) que les gens doivent être régis par le droit et tenus d'y obéir et (2) que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens» (*The Authority of Law* (1979), aux pp. 212 et 213). Il ne peut y avoir de primauté du droit dans une province qui n'a aucune règle de droit positif.

Le statut constitutionnel de la primauté du droit est incontestable. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclare:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

<sup>e</sup> (C'est nous qui soulignons.)

Il y a là reconnaissance explicite que [TRADUCTION] «la primauté du droit [est] un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle» (le juge Rand, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142). La primauté du droit a toujours été considérée comme le fondement même de la Constitution anglaise qui caractérise les institutions politiques d'Angleterre depuis l'époque de la conquête normande (A.V. Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), à la p. 183). Elle devient un postulat de notre propre structure constitutionnelle en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de son inclusion implicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu des mots «avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni».

<sup>i</sup> En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des *Lois constitutionnelles* de 1867 et de 1982, le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à

brought into existence. The founders of this nation must have intended, as one of the basic principles of nation building, that Canada be a society of legal order and normative structure: one governed by rule of law. While this is not set out in a specific provision, the principle of the rule of law is clearly a principle of our Constitution.

This Court cannot take a narrow and literal approach to constitutional interpretation. The jurisprudence of the Court evidences a willingness to supplement textual analysis with historical, contextual and purposive interpretation in order to ascertain the intent of the makers of our Constitution.

The Court has in the past inferred constitutional principles from the preambles to the Constitution Acts and the general object and purpose of the Constitution. In the *Patriation Reference, supra*, the Court found the federal principle to be inherent in the Constitution in this way. At pages 905-06 the Court said:

The reason for the rule is the federal principle. Canada is a federal union. The preamble of the *B.N.A. Act* states that

... the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united ...

The federal character of the Canadian Constitution was recognized in innumerable judicial pronouncements. We will quote only one, that of Lord Watson in *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, at pp. 441-42:

The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy.

The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where the modification of provincial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities. It would indeed offend the federal principle that "a radical change to ... (the) constitution

l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative: une société soumise à la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.

Cette Cour ne peut interpréter la Constitution de façon étroite et littérale. La jurisprudence de la Cour démontre sa volonté de compléter l'analyse textuelle par une interprétation de l'historique, du contexte et de l'objet de notre Constitution dans le but de déterminer l'intention de ses auteurs.

Par le passé, la Cour a dégagé des principes constitutionnels des préambules des lois constitutionnelles et de l'objet général de la Constitution. C'est ainsi que, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, précité, la Cour a conclu que le principe fédéral est inhérent à la Constitution. La Cour affirme, aux pp. 905 et 906:

La raison d'être de la règle est le principe fédéral. Le Canada est une union fédérale. Le préambule de l'*A.A.N.B.* énonce que

... les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ...

D'innombrables déclarations judiciaires reconnaissent le caractère fédéral de la constitution canadienne. Nous n'en citerons qu'une, celle de lord Watson dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.

Le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. Il irait vraiment à l'encontre du principe fédéral qu'un changement radical de (la) constitution

(be) taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate" (Report of Dominion Provincial Conference, 1931, at p. 3).

Martland and Ritchie JJ. in their dissent stated (at p. 841):

However, on occasions, this Court has had to consider issues for which the *B.N.A. Act* offered no answer. In each case, this Court has denied the assertion of any power which would offend against the basic principles of the Constitution.

They went on to discuss a number of the more important decisions rendered by this Court and conclude with the following (at pp. 844-45):

It may be noted that the above instances of judicially developed legal principles and doctrines share several characteristics. First, none is to be found in express provisions of the *British North America Acts* or other constitutional enactments. Second, all have been perceived to represent constitutional requirements that are derived from the federal character of Canada's Constitution. Third, they have been accorded full legal force in the sense of being employed to strike down legislative enactments. Fourth, each was judicially developed in response to a particular legislative initiative in respect of which it might have been observed, as it was by Dickson J. in the *Amax (supra)* case at p. 591, that "There are no Canadian constitutional law precedents addressed directly to the present issue . . ."

(Emphasis added.)

In other words, in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada. In the case of the *Patriation Reference, supra*, this unwritten postulate was the principle of federalism. In the present case it is the principle of rule of law.

## 2) Application of the Principle of the Rule of Law

It is clear from the above that: (i) the law as stated in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* requires that the unilingual Acts of the Manitoba Legislature be declared to be invalid and of no force or effect, and

(soit) décidé à la demande d'une simple majorité des membres de la Chambre des communes et du Sénat canadiens» (Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 3).

<sup>a</sup> Dans leur opinion dissidente, les juges Martland et Ritchie affirment (à la p. 841):

Toutefois, à l'occasion, cette Cour a eu à examiner des questions pour lesquelles l'*A.A.N.B.* n'offrait aucune réponse. Dans chaque cas, elle a rejeté la revendication de pouvoir qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de la Constitution.

<sup>b</sup> Puis ils poursuivent en analysant certains des arrêts les plus importants rendus par cette Cour et concluent de la façon suivante (aux pp. 844 et 845):

On peut noter que dans les cas susmentionnés, les principes et doctrines juridiques élaborés par le judiciaire ont plusieurs points communs. Premièrement, aucun ne figure dans les dispositions expresses des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* ni dans d'autres textes constitutionnels. Deuxièmement, on a considéré qu'ils représentent tous des exigences constitutionnelles découlant du caractère fédéral de la Constitution du Canada. Troisièmement, on leur a accordé à tous un plein effet juridique, c'est-à-dire qu'on les a utilisés pour faire annuler des textes de loi. Quatrièmement, ils ont tous été élaborés par le judiciaire pour répondre à une initiative législative particulière à l'égard de laquelle on pourrait dire, comme le fait le juge Dickson dans l'affaire *Amax* (précitée) à la p. 591, que: «La jurisprudence en droit constitutionnel canadien n'a jamais traité directement de cette question . . .».

<sup>c</sup> (C'est nous qui soulignons.)

En d'autres termes, dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada. Dans le cas du *Renvoi sur le rapatriement*, précité, ce postulat non écrit était le principe du fédéralisme. Dans le cas présent, c'est le principe de la primauté du droit.

## <sup>d</sup> 2) Application du principe de la primauté du droit

Il ressort clairement de ce qui précède que (i) la règle de droit énoncée à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que les lois unilingues de la législature du Manitoba soient déclarées invalides



(ii) without more, such a result would violate the rule of law. The task the Court faces is to recognize the unconstitutionality of Manitoba's unilingual laws and the Legislature's duty to comply with the "supreme law" of this country, while avoiding a legal vacuum in Manitoba and ensuring the continuity of the rule of law.

A number of the parties and interveners have suggested that the Court declare the unilingual Acts of the Manitoba Legislature to be invalid and of no force or effect and leave it at that, relying on the legislatures to work out a constitutional amendment. This approach because it would rely on a future and uncertain event, would be inappropriate. A declaration that the laws of Manitoba are invalid and of no legal force or effect would deprive Manitoba of its legal order and cause a transgression of the rule of law. For the Court to allow such a situation to arise and fail to resolve it would be an abdication of its responsibility as protector and preserver of the Constitution.

Other solutions suggested by the parties and interveners are equally unsatisfactory. Counsel for the Attorney General of Manitoba argues that the linguistic rights guaranteed by s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* can be protected by the Lieutenant-Governor of the province, who can either withhold royal assent to a unilingual bill or reserve the bill for the signification of the Governor General's pleasure: *Constitution Act, 1867*, ss. 55, 57, 90. See also *Manitoba Act, 1870*, s. 2. Though this legal power continues to exist, it has not been exercised in recent years. See, *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] S.C.R. 71.

The fundamental difficulty with the Attorney General of Manitoba's suggestion is that it would make the executive branch of the federal government, rather than the courts, the guarantor of constitutionally entrenched language rights. It should be noted that a decision of a provincial Lieutenant-Governor as to whether to withhold assent or reserve a bill is not reviewable by the courts: *Reference re Disallowance and Reservation*

et inopérantes et que (ii), sans plus, un tel résultat irait à l'encontre de la primauté du droit. La Cour est appelée à reconnaître l'inconstitutionnalité des lois unilingues du Manitoba et le devoir de la Législature de se conformer à la «loi suprême» de notre pays, tout en évitant de créer un vide juridique au Manitoba et tout en assurant le maintien de la primauté du droit.

Un certain nombre de parties et d'intervenants ont proposé que la Cour déclare invalides et inopérantes les lois unilingues de la législature du Manitoba et en reste là, en comptant sur les législatures pour mettre au point une modification constitutionnelle. Parce qu'elle dépend d'un événement futur et incertain, cette solution serait inadéquate. Une déclaration que les lois du Manitoba sont invalides et inopérantes priverait le Manitoba de son ordre sur le plan juridique et causerait un manquement au principe de la primauté du droit. En permettant à une telle situation de survenir et en omettant d'y remédier, cette Cour renoncerait à ses fonctions de protectrice et de gardienne de la Constitution.

Les autres solutions proposées par les parties et les intervenants ne sont pas plus satisfaisantes. L'avocat du procureur général du Manitoba soutient que les droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* peuvent être protégés par le lieutenant-gouverneur de la province, qui peut soit refuser la sanction royale à un projet de loi unilingue, soit le réserver pour la signification du bon plaisir du gouverneur général: *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 55, 57 et 90. Voir aussi *Loi de 1870 sur le Manitoba*, art. 2. Bien que ce pouvoir légal existe toujours, il n'a pas été exercé au cours des dernières années. Voir *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] R.C.S. 71.

Le problème fondamental que pose la thèse du procureur général du Manitoba est qu'elle ferait de l'organe exécutif du gouvernement fédéral, plutôt que des tribunaux, le garant des droits linguistiques enchâssés dans la Constitution. Il faut souligner que la décision du lieutenant-gouverneur d'une province de refuser la sanction royale ou de réserver un projet de loi n'est pas susceptible de révision par les tribunaux: *Reference*

of *Provincial Legislation, supra*, at p. 95. The overall effect of implementing the suggestion of the Attorney General of Manitoba would be to insulate the Legislature's failure to comply with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* from judicial review. Such a result would be entirely inconsistent with the judiciary's duty to uphold the Constitution.

Similar considerations would apply to the six Manitoba citizen interveners' contention that the federal power of disallowance in the *Constitution Act, 1867* could be used as an alternative to judicial invalidation. This is not an appropriate alternative solution because it asks the Court to abdicate its responsibility to enforce the dictates of the Constitution.

The only appropriate resolution to this Reference is for the Court to fulfill its duty under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and declare all the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba to be invalid and of no force and effect and then to take such steps as will ensure the rule of law in the Province of Manitoba.

There is no question that it would be impossible for all the Acts of the Manitoba Legislature to be translated, re-enacted, printed and published overnight. There will necessarily be a period of time during which it would not be possible for the Manitoba Legislature to comply with its constitutional duty under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

The vexing question, however, is what will be the legal situation in the Province of Manitoba for the duration of this period. The difficulties faced by the Province of Manitoba are two-fold: first, all of the rights, obligations and other effects which have arisen under the repealed, spent and current Acts of the Manitoba Legislature will be open to challenge, since the laws under which they purportedly arise are invalid and of no force or effect; and, second, the Province of Manitoba has an invalid and therefore ineffectual legal system until

*re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, précité, à la p. 95. La mise en oeuvre de la proposition du procureur général du Manitoba aurait pour effet global de soustraire au contrôle judiciaire l'omission de la Législature de se conformer à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Un tel résultat serait tout à fait incompatible avec le devoir du pouvoir judiciaire de faire respecter la Constitution.

Des considérations analogues s'appliqueraient à la prétention des six citoyens intervenants du Manitoba selon laquelle le pouvoir fédéral de désaveu prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* pourrait servir de solution de rechange à l'invalidation judiciaire. Une telle solution de rechange n'est pas appropriée du fait qu'elle exige que la Cour renonce à la responsabilité qui lui incombe de faire respecter la Constitution.

Pour statuer sur le présent renvoi, la Cour ne peut que faire son devoir en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et déclarer invalides et inopérantes toutes les lois unilingues de la législature du Manitoba et prendre ensuite les mesures nécessaires pour garantir la primauté du droit dans la province du Manitoba.

Il n'y a pas de doute qu'il sera impossible de traduire, d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier toutes les lois de la législature du Manitoba du jour au lendemain. Il y aura nécessairement un intervalle au cours duquel il sera impossible à la législature du Manitoba de se conformer à l'obligation constitutionnelle qui lui incombe en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

La question épineuse qui se pose cependant est de savoir quelle sera la situation juridique de la province du Manitoba durant cet intervalle. Le problème auquel fait face la province du Manitoba est double: en premier lieu, tous les droits, obligations et autres effets découlant des lois abrogées, périmées ou actuelles de la législature du Manitoba seront susceptibles d'être contestés puisque les lois dont ils sont censés découler sont invalides et inopérantes; en second lieu, le système juridique de la province du Manitoba est invalide et donc

the Legislature is able to translate, re-enact, print and publish its current Acts.

With respect to the first of these problems, it was argued by a number of the parties and interveners that the *de facto* doctrine might be used to uphold the rights, obligations and other effects which have purportedly arisen under the unilingual Acts of the Manitoba Legislature since 1890.

The *de facto* doctrine is defined by Judge Albert Constantineau in *The De Facto Doctrine* (1910), at pp. 3-4 as follows:

The *de facto* doctrine is a rule or principle of law which, in the first place, justifies the recognition of the authority of governments established and maintained by persons who have usurped the sovereign authority of the State, and assert themselves by force and arms against the lawful government; secondly, which recognizes the existence of, and protects from collateral attack, public or private bodies corporate, which, though irregularly or illegally organized, yet, under color of law, openly exercise the powers and functions of regularly created bodies; and, thirdly, which imparts validity to the official acts of persons who, under color of right or authority, hold office under the aforementioned governments or bodies, or exercise lawfully existing offices of whatever nature, in which the public or third persons are interested, where the performance of such official acts is for the benefit of the public or third persons, and not for their own personal advantage.

That the foundation of the principle is the more fundamental principle of the rule of law is clearly stated by Constantineau in the following passage (at pp. 5-6):

Again, the doctrine is necessary to maintain the supremacy of the law and to preserve peace and order in the community at large, since any other rule would lead to such uncertainty and confusion, as to break up the order and quiet of all civil administration. Indeed, if any individual or body of individuals were permitted, at his or their pleasure, to challenge the authority of and refuse obedience to the government of the state and the numerous functionaries through whom it exercises its various powers, or refuse to recognize municipal bodies and their officers, on the ground of irregular existence or defective titles, insubordination and disorder of the

inefficace jusqu'à ce que la Législature soit en mesure de traduire, d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier ses lois actuelles.

Quant à la première de ces difficultés, un certain nombre de parties et d'intervenants ont fait valoir qu'on pourrait recourir au principe de la validité *de facto* pour maintenir les droits, obligations et autres effets qui sont censés avoir découlé des lois unilingues de la législature du Manitoba depuis 1890.

Dans l'ouvrage intitulé *The De Facto Doctrine* (1910), aux pp. 3 et 4, le juge Albert Constantineau définit ainsi le principe de la validité *de facto*:

[TRADUCTION] Le principe de la validité *de facto* est une règle ou un principe de droit qui, premièrement, justifie la reconnaissance de l'autorité des gouvernements établis et maintenus par des gens qui ont usurpé le pouvoir souverain de l'État et se sont imposés par la force et les armes contre le gouvernement légitime; qui, deuxièmement, reconnaît l'existence, les protégeant d'une contestation indirecte, des corps publics ou privés qui, bien qu'irrégulièrement ou illégalement constitués, sous apparence de légalité, exercent ouvertement les pouvoirs et fonctions des corps régulièrement constitués; et, qui troisièmement, valide les actes officiels des personnes qui, sous apparence de droit ou d'autorité, exercent une charge au sein des gouvernements ou corps précités, ou exercent une charge légitime de quelque nature que ce soit, dans laquelle le public ou des tiers sont intéressés, lorsque l'accomplissement de ces actes officiels est au profit du public ou de tiers et non pour leur propre avantage personnel.

Le juge Constantineau dit clairement que ce principe a pour fondement le principe supérieur de la primauté du droit (aux pp. 5 et 6):

[TRADUCTION] Ici encore, le principe est nécessaire au maintien de la primauté du droit et à la préservation de la paix et de l'ordre dans la société en général, car toute autre règle susciterait une incertitude et une confusion de nature à anéantir l'ordre et la tranquillité de toute administration civile. D'ailleurs, si un individu ou un groupe d'individus étaient autorisés, selon leur bon plaisir, à contester l'autorité de l'État et des divers fonctionnaires par lesquels il exerce ses nombreux pouvoirs, et à refuser de leur obéir, ou à refuser de reconnaître les corps municipaux et leurs officiers, en raison de leur existence irrégulière ou pour vice de titres, l'insubordi-

worst kind would be encouraged, which might at any time culminate in anarchy.

The *de facto* doctrine is of ancient and venerable origin. The first reported English case was the *Abbé de Fontaine's Case* (1431), Y.B. 9 H. VI., fol. 32. The doctrine's utility was even recognized by the Romans. See A.M. Honore, "Reflections on Revolutions" (1967), 2 *Irish Jurist* 268 at p. 269. See also, *Scadding v. Lorant* (1851), 3 H.L.C. 418, 10 E.R. 164 (H.L.); *R. v. Slythe* (1827), 6 B. & C. 240, 108 E.R. 441, at p. 444; *Margate Pier Co. v. Hannam* (1819), 3 B. & Ald. 266, 106 E.R. 661, at p. 663.

The *de facto* doctrine has long been accepted in Canada. In *O'Neil v. Attorney-General of Canada* (1896), 26 S.C.R. 122, at p. 130, Chief Justice Strong said: "The rule of law is that the acts of a person assuming to exercise the functions of an office to which he has no legal title are, as regards third persons, . . . legal and binding". See also *Turtle v. Township of Euphemia* (1900), 31 O.R. 404; *R. v. Gibson* (1896), 29 N.S.R. 4; see generally cases collected in Constantineau, *supra*, at p. 20, note 35.

There is only one true condition precedent to the application of the doctrine: the *de facto* officer must occupy his or her office under colour of authority. This is consistent with the rationale for the doctrine, *viz.*, that the members of the public with whom the officer dealt relied upon his ostensible status. Simply put, "[a]n officer *de facto* is one who has the reputation of being the officer he assumes to be, and yet is not a good officer in point of law". *R. v. Corporation of Bedford Level* (1805), 6 East 356, 102 E.R. 1323 at p. 1328 (*per* Lord Ellenborough C.J.). See also *Parker v. Kett* (1702), 1 Ld. Raym. 658, 91 E.R. 1338, at p. 1340.

The application of the *de facto* doctrine is, however, limited to validating acts which are taken under invalid authority: it does not validate the authority under which the acts took place. In other words, the doctrine does not give effect to uncon-

nation et le désordre les plus graves seraient encouragés, ce qui, à tout moment, pourrait conduire à l'anarchie.

Le principe de la validité *de facto* est d'origine ancienne et vénérable. *Abbé de Fontaine's Case* (1431), Y.B. 9 H. VI., fol. 32, est le premier précédent anglais rapporté. Même les Romains avaient reconnu l'utilité de ce principe. Voir A.M. Honore, «Reflections on Revolutions» (1967), 2 *Irish Jurist* 268 à la p. 269. Voir également *Scadding v. Lorant* (1851), 3 H.L.C. 418, 10 E.R. 164 (H.L.); *R. v. Slythe* (1827), 6 B. & C. 240, 108 E.R. 441, à la p. 444; *Margate Pier Co. v. Hannam* (1819), 3 B. & Ald. 266, 106 E.R. 661, à la p. 663.

Le principe de la validité *de facto* est accepté depuis longtemps au Canada. Dans l'arrêt *O'Neil v. Attorney-General of Canada* (1896), 26 R.C.S. 122, à la p. 130, le juge en chef Strong affirme: [TRADUCTION] «Suivant la primauté du droit, les actes de celui qui assume l'exercice d'une charge à laquelle il n'a légalement aucun droit sont, à l'égard des tiers, . . . légaux et ont force obligatoire». Voir aussi *Turtle v. Township of Euphemia* (1900), 31 O.R. 404, et *R. v. Gibson* (1896), 29 N.S.R. 4; voir en général la jurisprudence rassemblée dans l'ouvrage de Constantineau, précité, à la p. 20, note 35.

Il n'y a qu'une seule vraie condition préalable à l'application de ce principe: l'officier *de facto* doit occuper sa charge sous apparence d'autorité. Cela est conforme à la raison d'être du principe, savoir que les membres du public ayant traité avec l'officier se soient fiés à son statut apparent. Simplement, [TRADUCTION] «[l]'officier *de facto* est celui qui a la réputation d'être l'officier qu'il prétend être, quoiqu'il ne soit pas vraiment officier aux yeux du droit». *R. v. Corporation of Bedford Level* (1805), 6 East 356, 102 E.R. 1323, à la p. 1328 (le juge en chef lord Ellenborough). Voir aussi *Parker v. Kett* (1702), 1 Ld. Raym. 658, 91 E.R. 1338, à la p. 1340.

Le principe de la validité *de facto* n'a toutefois pour effet que de valider les actes posés en vertu d'une autorité invalide: il n'a pas pour effet de valider l'autorité en vertu de laquelle les actes ont été posés. En d'autres termes, le principe ne donne

stitutional laws. It recognizes and gives effect only to the justified expectations of those who have relied upon the acts of those administering the invalid laws and to the existence and efficacy of public and private bodies corporate, though irregularly or illegally organized. Thus, the *de facto* doctrine will save those rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to invalid Acts of the Manitoba Legislature by public and private bodies corporate, courts, judges, persons exercising statutory powers and public officials. Such rights, obligations and other effects are, and will always be, enforceable and unassailable.

The *de facto* doctrine will not by itself save all of the rights, obligations and other effects which have purportedly arisen under the repealed and current Acts of the Legislature of Manitoba from 1890 to the date of this judgment. Some of these rights, obligations and other effects did not arise as a consequence of reliance by the public on the acts of officials acting under colour of authority or on the assumed validity of public and private bodies corporate. Furthermore, the *de facto* authority of officials and entities acting under the invalid laws of the Manitoba Legislature will cease on the date of this judgment since all colour of authority ceases on that date. Thus, the *de facto* doctrine only provides a partial solution.

It should be noted that there are other doctrines which might provide relief from the consequences of the invalidity of Manitoba's laws. For example, *res judicata* would preclude the re-opening of cases decided by the courts on the basis of invalid laws. And the doctrine of mistake of law might, in some circumstances, preclude recovery of monies paid under invalid laws; see *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, *supra*. However, as the Attorney General of Canada has stated in his factum, these doctrines are of limited scope and may not cover all of the situations that could be questioned.

pas effet à des lois inconstitutionnelles. Il ne reconnaît et ne donne effet qu'aux attentes justifiées de gens qui se sont fiés aux actes de ceux qui ont appliqué les lois invalides, ainsi qu'à l'existence et au fonctionnement des corps publics ou privés mêmes irrégulièrement ou illégalement constitués. Ainsi, le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés, des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. Ces droits, obligations et autres effets sont et seront toujours exécutoires et incontestables.

Le principe de la validité *de facto* n'aura pas en soi pour effet de sauver tous les droits et toutes les obligations qui sont censés avoir découlé des lois abrogées et des lois actuelles de la législature du Manitoba entre 1890 et la date du présent jugement. Un bon nombre de ces droits, obligations et autres effets ne doivent pas leur existence au fait que le public s'est fié aux actes d'officiers qui agissaient avec l'apparence d'autorité ou à la validité présumée de corps publics ou privés. De plus, l'autorité *de facto* des officiers et des entités qui agissent en vertu des lois invalides de la législature du Manitoba prendra fin à la date du présent jugement étant donné que toute apparence d'autorité cessera d'exister à cette date. Donc, le principe de la validité *de facto* ne fournit qu'une solution partielle.

Il faut souligner qu'il existe d'autres principes qui pourraient permettre de remédier aux conséquences de l'invalidité des lois du Manitoba. Par exemple, le principe de la chose jugée empêcherait de rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois invalides. Et le principe de l'erreur de droit pourrait, dans certaines circonstances, empêcher le recouvrement de sommes versées en vertu de lois invalides: voir *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573, et *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, précité. Toutefois, comme le procureur général du Canada l'a déclaré dans son mémoire, ces principes ont une portée restreinte et ne peuvent s'appliquer à toutes les situations qui pourraient être contestées.

The only appropriate solution for preserving the rights, obligations and other effects which have arisen under invalid Acts of the Legislature of Manitoba and which are not saved by the *de facto* or other doctrines is to declare that, in order to uphold the rule of law, these rights, obligations and other effects have, and will continue to have, the same force and effect they would have had if they had arisen under valid enactments, for that period of time during which it would be impossible for Manitoba to comply with its constitutional duty under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. The Province of Manitoba would be faced with chaos and anarchy if the legal rights, obligations and other effects which have been relied upon by the people of Manitoba since 1890 were suddenly open to challenge. The constitutional guarantee of rule of law will not tolerate such chaos and anarchy.

Nor will the constitutional guarantee of rule of law tolerate the Province of Manitoba being without a valid and effectual legal system for the present and future. Thus, it will be necessary to deem temporarily valid and effective the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force, were it not for their constitutional defect, for the period of time during which it would be impossible for the Manitoba Legislature to fulfil its constitutional duty. Since this temporary validation will include the legislation under which the Manitoba Legislature is presently constituted, it will be legally able to re-enact, print and publish its laws in conformity with the dictates of the Constitution once they have been translated.

Analogous support for the measures proposed can be found in cases which have arisen under the doctrine of state necessity. Necessity in the context of governmental action provides a justification for otherwise illegal conduct of a government during a public emergency. In order to ensure rule of law, the Courts will recognize as valid the constitutionally invalid Acts of the Legislature. According to Professor Stavsky, "The Doctrine of State Necessity in Pakistan" (1983), 16 *Cornell Int. L.J.* 341,

La seule solution qui permet de préserver les droits, obligations et autres effets qui découlent des lois invalides de la législature du Manitoba et qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou d'autres principes consiste à déclarer que, pour maintenir la primauté du droit, ces droits, obligations et autres effets sont et continueront d'être opérants tout comme s'ils avaient découlé de textes législatifs valides, pendant la période durant laquelle il sera impossible au Manitoba de se conformer à l'obligation constitutionnelle qui lui incombe en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La province du Manitoba ferait face au chaos et à l'anarchie si les droits, obligations et autres effets juridiques sur lesquels se sont fondés les Manitobains depuis 1890 pouvaient soudainement être contestés. La garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne tolérera pas un tel chaos ou une telle anarchie.

La garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne permettra pas non plus que la province du Manitoba se trouve désormais sans système juridique valide et efficace. Il sera donc nécessaire de considérer les lois unilingues de la législature du Manitoba qui, n'était-ce de leur vice sur le plan constitutionnel, seraient actuellement en vigueur, comme temporairement valides et opérantes pour la période durant laquelle il sera impossible à la législature du Manitoba de se conformer à son obligation constitutionnelle. Étant donné que cette validation temporaire visera également la loi en vertu de laquelle la législature du Manitoba est actuellement constituée, cette dernière sera légalement en mesure d'adopter de nouveau, d'imprimer et de publier ses lois conformément aux prescriptions de la Constitution, dès qu'elles auront été traduites.

On peut trouver une justification analogue pour les mesures proposées dans les affaires découlant du principe de l'état de nécessité. La nécessité dans le contexte de l'action gouvernementale permet de justifier une conduite par ailleurs illégale adoptée par un gouvernement dans une situation d'urgence. Pour assurer la primauté du droit, les tribunaux reconnaîtront comme valides les lois inconstitutionnelles de la Législature. D'après le professeur Stavsky, dans «The Doctrine of State Necessity in

at p. 344: "If narrowly and carefully applied, *the doctrine constitutes an affirmation of the rule of law*" (Emphasis added.)

The courts have applied the doctrine of necessity in a variety of circumstances. A number of cases have involved challenges to the laws of an illegal and insurrectionary government. In the aftermath of the American Civil War, the question arose as to the validity of laws passed by the Confederate States. The courts in addressing this question were primarily concerned with ensuring that the rule of law be upheld. The principle which emerges from these cases can be summarized as follows: During a period of insurrection, when territory is under the control and dominance of an unlawful, hostile government and it is therefore impossible for the lawful authorities to legislate for the peace and good order of the area, the laws passed by the usurping government which are necessary to the maintenance of organized society and which are not in themselves unconstitutional will be given force and effect: see *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1868); *Horn v. Lockhart*, 84 U.S. 570 (1873); *United States v. Insurance Companies*, 89 U.S. 99 (1874); *Baldy v. Hunter*, 171 U.S. 388 (1898).

The general principles and concerns which underlie these cases are best stated by Mr. Justice Field in *Horn v. Lockhart*, *supra*, at pp. 580-81:

We admit that the acts of the several States in their individual capacities, and of their different departments of government, executive, judicial, and legislative, during the war, so far as they did not impair or tend to impair the supremacy of the National authority, or the just rights of citizens under the Constitution, are, in general, to be treated as valid and binding. The existence of a state of insurrection and war did not loosen the bonds of society, or do away with civil government, or the regular administration of the laws. Order was to be preserved, police regulations maintained, crime prosecuted, property protected, contracts enforced, marriages celebrated, estates settled, and the transfer and descent of property regulated precisely as in time of peace. No one that we are aware of seriously questions the validity of judicial or legislative acts in the insurrectionary States touching these and kindred subjects, where they

Pakistan» (1983), 16 *Cornell Int.L.J.* 341, à la p. 344: [TRADUCTION] «Lorsqu'il est strictement et soigneusement appliqué, *ce principe constitue une affirmation de la primauté du droit*». (Les itali-ques sont de nous.)

Les tribunaux ont appliqué le principe de l'état de nécessité dans diverses circonstances. Un certain nombre d'affaires mettaient en cause des attaques contre les lois d'un gouvernement illégal et insurrectionnel. Au lendemain de la guerre de Sécession aux États-Unis, la question de la validité des lois adoptées par les États confédérés s'est posée. Les tribunaux saisis de la question se sont surtout souciés d'assurer le maintien de la primauté du droit. Le principe qui se dégage de cette jurisprudence peut se résumer ainsi: au cours d'une période d'insurrection, alors que le territoire se trouve sous le contrôle et la domination d'un gouvernement illégal et hostile, et qu'il est, par conséquent, impossible pour les autorités légitimes de légiférer pour la paix et l'ordre de la région, les lois adoptées par le gouvernement usurpateur qui sont nécessaires au maintien d'une société organisée et qui ne sont pas en soi inconstitutionnelles seront déclarées valides: voir *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1868), *Horn v. Lockhart*, 84 U.S. 570 (1873), *United States v. Insurance Companies*, 89 U.S. 99 (1874) et *Baldy v. Hunter*, 171 U.S. 388 (1898).

Le meilleur exposé des principes généraux et des préoccupations qui sous-tendent cette jurisprudence est donné par le juge Field, dans l'arrêt *Horn v. Lockhart*, précité, aux pp. 580 et 581:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que les actes posés par les divers États en leur capacité individuelle, et ceux de leurs différents organes de gouvernement, exécutif, judiciaire et législatif, au cours de la guerre, dans la mesure où ils n'ont pas porté atteinte ou ne tendaient pas à porter atteinte à la suprématie de l'Autorité nationale ou aux droits légitimes que possèdent les citoyens en vertu de la Constitution, doivent généralement être considérés comme valides et ayant force obligatoire. L'existence d'un état d'insurrection et de guerre n'a pas dissous les liens de la société ni fait disparaître le gouvernement civil ou encore l'application régulière des lois. L'ordre devait être préservé, les règlements de police maintenus, le crime réprimé, la propriété protégée, les contrats exécutés, les mariages célébrés, les successions réglées et le transfert et la dévolution de la propriété régis aussi minutieusement qu'en temps de

were not hostile in their purpose or mode of enforcement to the authority of the National government, and did not impair the rights of citizens under the Constitution.

The doctrine of necessity was also applied with respect to an insurrectionary government in *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 (P.C.) This case dealt with the efficacy of official acts of the Smith régime shortly after Southern Rhodesia's unilateral declaration of independence from Britain in 1965. Lord Reid, writing for the majority, canvassed the American authorities discussed above, but found them distinguishable on the ground that in this case, Parliament had specifically provided that it would have legislative authority for the territory of Southern Rhodesia (in the *Southern Rhodesia Act and Order in Council of 1965*), and it thereby followed that there was no "legal vacuum" necessitating recognition by the courts of the laws purportedly enacted by the insurrectionary Smith government.

Lord Pearce dissented from the majority view. He saw no merit in the distinction drawn by the majority, noting that while the lawful government had *formally* asserted its authority, it was in no position, *as a practical matter*, to actually govern. In his view, the American cases presented "a helpful analogy" and, in reliance on them, he formulated the "state necessity doctrine" as follows, at p. 732:

I accept the existence of the principle that acts done by those actually in control without lawful validity may be recognized as valid or acted upon by the courts, with certain limitations namely (a) so far as they are directed to and reasonably required for ordinary orderly running of the State, and (b) so far as they do not impair the rights of citizens under the lawful (1961) Constitution, and (c) so far as they are not intended to and do not in fact directly help the usurpation and do not run contrary to the policy of the lawful Sovereign. This last, *i.e.*, (c),

paix. Personne que l'on sache ne met sérieusement en doute la validité des actes judiciaires ou législatifs qui dans les États insurgés touchent les matières de ce genre lorsque, sur le plan de leur objet ou de leur mode d'exécution, ils ne sont pas hostiles à l'autorité du gouvernement national et ne portent pas atteinte aux droits garantis aux citoyens par la Constitution.

Le principe de l'état de nécessité a aussi été appliqué, à l'égard d'un gouvernement insurrectionnel, dans l'arrêt *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 (C.P.) Cette affaire portait sur la validité des actes officiels du régime Smith, peu après que la Rhodésie du Sud eut proclamé unilatéralement son indépendance vis-à-vis de la Grande-Bretagne, en 1965. Lord Reid, s'exprimant au nom de la majorité, a examiné à fond la jurisprudence américaine que je viens d'analyser, mais a trouvé qu'elle pouvait faire l'objet d'une distinction fondée sur le fait qu'en l'espèce le Parlement avait spécifiquement prévu qu'il détiendrait l'autorité législative sur le territoire de la Rhodésie du Sud (dans la *Southern Rhodesia Act* et dans un décret de 1965); il s'ensuivait qu'il n'existait pas de «vide juridique» nécessitant la reconnaissance judiciaire des lois prétendument adoptées par le gouvernement insurrectionnel de Smith.

Lord Pearce n'a pas partagé cette opinion de la majorité. Il ne voyait aucun fondement dans la distinction faite par la majorité, faisant remarquer que, bien que le gouvernement légitime ait *formellement* affirmé son autorité, il n'était pas, *en pratique*, en mesure de gouverner réellement. Selon lui, la jurisprudence américaine offrait [TRADUCTION] «une analogie utile» et, s'appuyant sur elle, il a formulé ainsi le «principe de l'état de nécessité», à la p. 732:

[TRADUCTION] Je reconnais l'existence du principe selon lequel les actes de ceux qui exercent effectivement et illégalement le pouvoir peuvent être reconnus valides ou être sanctionnés par les tribunaux, sous certaines réserves, savoir a) dans la mesure où ils visent à assurer la bonne administration habituelle de l'État et qu'ils sont raisonnablement nécessaires à cette fin, b) dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux droits garantis aux citoyens par la Constitution légitime (1961) et c) dans la mesure où ils n'ont pas pour but de renforcer et en fait ne renforcent pas directement l'usurpation, ni ne sont contraires à la politique du souverain légitime.



is tantamount to a test of public policy.

Again, it is clear that the reasons for applying the state necessity doctrine pertain to a concern with the rule of law. At page 740, Lord Pearce says:

If one disregards all illegal provision for the needs of the country, there is a vacuum and chaos.

In my view, the principle of necessity or implied mandate applies to the present circumstances in Rhodesia.

(Emphasis added.)

It should be noted that neither the American cases on necessity, nor the comments of Lord Pearce in *Madzimbamuto* can be applied directly to the present case. All of these cases are concerned with insurrectionary governments, the present case is not. But even more fundamental than this distinction is the fact that all of these cases require that the laws saved by the application of the doctrine not impair the rights of the citizens guaranteed by the Constitution. In the present case, the laws in question *do* impair these rights. Nonetheless, the necessity cases on insurrectionary governments illustrate the more general proposition that temporary effect can be given to invalid laws where this is necessary to preserve the rule of law.

The doctrine of state necessity has also been used to uphold laws enacted by a lawful government in contravention of express constitutional provisions under extraordinary circumstances which render it impossible for the government to comply with the Constitution. In *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, the Court of Appeal of Cyprus invoked the doctrine of state necessity to hold valid a law passed in direct contravention of the express provisions of the Cypriot Constitution.

Cyprus is a dyarchy, power being shared between Greek and Turkish Cypriots. The 1960 Cypriot Constitution contained several entrenched

Cette dernière réserve, c.-à-d. c), équivaut au critère de l'ordre public.

Ici encore, il est clair que les raisons d'appliquer le principe de l'état de nécessité sont liées à un souci d'assurer la primauté du droit. À la p. 740, lord Pearce dit:

[TRADUCTION] Si l'on écarte toutes les dispositions illégales pourvoyant aux besoins du pays, il y a vide et chaos.

À mon avis, le principe de l'état de nécessité ou du mandat implicite s'applique à la situation actuelle en Rhodésie.

(C'est nous qui soulignons.)

Il faut noter que ni la jurisprudence américaine sur l'état de nécessité, ni les observations de lord Pearce dans l'arrêt *Madzimbamuto*, ne peuvent être appliquées directement à la présente espèce. Toute cette jurisprudence porte sur des gouvernements insurrectionnels, ce n'est pas le cas en l'espèce. Mais, ce qui est encore plus fondamental que cette distinction, tous ces précédents requièrent que les lois sauvées par l'application du principe ne portent pas atteinte aux droits des citoyens garantis par la Constitution. En l'espèce, les lois en question portent *effectivement* atteinte à ces droits. Néanmoins, la jurisprudence sur l'état de nécessité en cas de gouvernement insurrectionnel illustre la proposition plus générale selon laquelle des lois invalides peuvent être déclarées temporairement opérantes si cela est nécessaire pour préserver la primauté du droit.

Le principe de l'état de nécessité a aussi été utilisé pour maintenir des lois adoptées, par un gouvernement légitime, contrairement à des dispositions constitutionnelles expresses, dans des circonstances extraordinaires où il était impossible pour le gouvernement de respecter la Constitution. Dans l'arrêt *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, la Cour d'appel de Chypre a invoqué le principe de l'état de nécessité pour juger valide une loi adoptée directement à l'encontre des dispositions expresses de la Constitution cypriote.

Chypre est une dyarchie, le pouvoir étant partagé entre les Cypriotes grecs et turcs. La Constitution cypriote de 1960 comportait plusieurs dispo-

provisions guaranteeing the equality of status of the two Cypriot communities. In particular, the Constitution established a High Court of Justice and a Supreme Constitutional Court, each staffed by judges from both communities and governed by a neutral (non-Cypriot) President. A Turkish Cypriot charged with an offence against a Greek Cypriot was given the right to be tried by such a "mixed" court. In addition, all laws were required to be enacted in both the Turkish and the Greek languages. These constitutional provisions, termed "basic articles", could not be amended.

In 1963, Turkish insurgents gained control over those parts of Cyprus inhabited by the Turkish community. This effectively prevented Turkish Cypriots from participating in the government of the country, including the Parliament of Cyprus and all courts located outside the Turkish areas. As a consequence, it became impossible to constitute "mixed" courts as required by the Constitution, to assemble the Supreme Constitutional Court, or to enact laws in Turkish, there being virtually no qualified translators available during the insurgency.

To deal with the emergency, the Parliament of Cyprus passed a temporary law abolishing the requirement of mixed courts for the duration of the insurrection and conferring on a new Court of Appeal, composed solely of Greek Cypriot Judges, the jurisdiction then vested by the Constitution in the Supreme Constitutional Court. This temporary measure, enacted in Greek only, was challenged as unconstitutional.

The Court of Appeal upheld the law on grounds of necessity. Josephides J. at p. 265 set forth four prerequisites which he said must be satisfied before the doctrine of state necessity could apply to validate such an unconstitutional law:

- (a) an imperative and inevitable necessity or exceptional circumstances;
- (b) no other remedy to apply;
- (c) the measure taken must be proportionate to the necessity; and

sitions garantissant l'égalité de statut des deux communautés cyprïotes. En particulier, la Constitution a créé une haute cour de justice et une cour suprême constitutionnelle, dont les juges devaient provenir des deux communautés et qui étaient régies par un président neutre (non cyprïote). Un Cyprïote turc accusé d'une infraction contre un Cyprïote grec avait le droit d'être jugé par un tel tribunal «mixte». En outre, toutes les lois devaient être adoptées en langue turque et en langue grecque. Ces dispositions constitutionnelles, appelées «articles fondamentaux», ne pouvaient pas être modifiées.

En 1963, des insurgés turcs ont pris le contrôle des zones de Chypre habitées par la communauté turque. Cela a empêché les Cyprïotes turcs de participer au gouvernement du pays, y compris au Parlement de Chypre et à tous les tribunaux situés à l'extérieur des zones turques. En conséquence, il devint impossible de constituer des tribunaux «mixtes» comme le requérait la Constitution, de rassembler la Cour suprême constitutionnelle ou d'adopter les lois en turc, aucun traducteur qualifié n'étant en fait disponible pendant l'insurrection.

Afin de remédier à la situation d'urgence, le Parlement de Chypre a adopté une loi temporaire abolissant l'exigence des tribunaux mixtes pour la durée de l'insurrection et conférant à une nouvelle cour d'appel, composée uniquement de juges cyprïotes grecs, la compétence attribuée par la Constitution à la Cour suprême constitutionnelle. Cette mesure temporaire, adoptée en grec uniquement, fut contestée comme étant inconstitutionnelle.

La Cour d'appel a maintenu cette loi pour des motifs de nécessité. À la page 265, le juge Josephides énonce quatre conditions préalables qui, d'après lui, doivent être remplies pour que le principe de l'état de nécessité puisse s'appliquer et valider une telle loi inconstitutionnelle:

[TRADUCTION]

- a) un état de nécessité impératif et inévitable ou des circonstances exceptionnelles;
- b) aucune autre solution possible;
- c) la mesure prise doit être proportionnée à l'état de nécessité; et

(d) it must be of a temporary character limited to the duration of the exceptional circumstances.

Josephides J. added:

A law thus enacted is subject to the control of this court to decide whether the aforesaid prerequisites are satisfied, *i.e.* whether there exists such a necessity and whether the measures taken were necessary to meet it.

All four conditions being satisfied, Josephides J. concluded (at p. 268) that the impugned law, while unconstitutional, was nevertheless effectual "for the duration of the necessity and no more".

The question in *Ibrahim, supra*, was whether a temporary unconstitutional law, enacted in order to meet the exigencies of a state of emergency, could be valid. The question in the present Reference is quite different. Here, the Court is concerned with whether unconstitutional laws can be given temporary validity in order to avoid a state of emergency. It is the Court which must take steps to avoid the deleterious consequences of the Manitoba Legislature's persistent failure to observe the Constitution. In *Ibrahim* the Court simply condoned the measures taken by the Parliament of Cyprus in response to a necessitous situation arising out of circumstances beyond its control. Thus, *Ibrahim* is not directly applicable to the circumstances of the present case.

The principle that can be deduced from the *Ibrahim* case with respect to the present context, however, is that a Court may temporarily treat as valid and effective laws which are constitutionally flawed in order to preserve the rule of law. The case stands for the proposition that under conditions of emergency, when it is impossible to comply with the Constitution, the Court may allow the government a temporary reprieve from such compliance in order to preserve society and maintain, as nearly as possible, normal conditions. The overriding concern is the protection of the rule of law.

d) elle doit être de nature temporaire et limitée à la durée des circonstances exceptionnelles.

Le juge Josephides ajoute:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Une loi ainsi adoptée est soumise au contrôle de cette cour qui décidera si les conditions préalables précitées sont remplies, c.-à-d. s'il existe un tel état de nécessité et si les mesures prises étaient nécessaires pour y remédier.

<sup>b</sup> Les quatre conditions étant remplies, le juge Josephides a conclu (à la p. 268) que la loi attaquée, quoique inconstitutionnelle, était néanmoins opérante [TRADUCTION] «pendant la durée de l'état de nécessité et pas plus».

<sup>c</sup> Dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, la question était de savoir si une loi inconstitutionnelle temporaire, adoptée afin de répondre aux exigences d'une situation d'urgence, pouvait être valide. La question qui se pose dans le présent renvoi est tout à fait différente. En l'espèce, il s'agit pour la Cour de déterminer si des lois inconstitutionnelles peuvent être déclarées temporairement valides afin d'éviter une situation d'urgence. C'est la Cour qui doit prendre des mesures afin d'éviter les conséquences néfastes de l'omission incessante de la législature du Manitoba de se conformer à la Constitution.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Ibrahim*, la Cour a simplement approuvé les mesures prises par le Parlement de Chypre afin de faire face à un état de nécessité découlant de circonstances indépendantes de sa volonté. Ainsi, l'arrêt *Ibrahim* n'est pas directement applicable aux circonstances de la présente espèce.

<sup>e</sup> Cependant, le principe qui peut être dégagé de l'arrêt *Ibrahim* par rapport au présent contexte est qu'une cour peut temporairement considérer comme valides et opérantes des lois entachées d'un vice d'ordre constitutionnel afin de préserver la primauté du droit. L'affaire appuie la thèse selon laquelle, en situation d'urgence, lorsqu'il est impossible d'observer la Constitution, la Cour peut permettre au gouvernement de surseoir temporairement à cette observance afin de protéger la société et de maintenir, autant que possible, une situation normale. Le souci primordial est de protéger la primauté du droit.

A third situation in which the doctrine of necessity has been applied is where the executive has taken emergency action to fill a legislative void created by a court ruling. In the Pakistani case of *Special Reference No. 1 of 1955*, P.L.R. 1956 W.P. 598, there was a challenge to emergency action taken by the Governor General of Pakistan in the face of an apparent legal vacuum. The *Indian Independence Act, 1947*, was the original Constitution for the newly created dominions of India and Pakistan. As a step toward complete independence, the Act provided for a Constituent Assembly in each country, with power to amend the Act and enact new constitutional laws. Royal assent was required for the passage of all such constitutional legislation.

The Constituent Assembly of Pakistan set out immediately to forge its own Constitution. From 1947 to 1954 it enacted 44 constitutional amendments. The members of the Assembly, however, felt that it was important that the new Constitution have roots as independent of imperial authority as possible. They therefore deliberately failed to obtain royal assent to any of the amendments. Indeed, in 1948, the Assembly passed an amendment purportedly abolishing the requirement of royal assent. This amendment, like the other 43, was itself passed without royal assent.

In *Federation of Pakistan v. Tamizuddin Khan*, P.L.R. 1956 W.P. 306, the Federal Court of Pakistan held the constitutional amendments void. It followed that a great many statutes and regulations enacted pursuant to the invalid amendments were themselves nullities. The situation that obtained was in many respects similar to that now facing Manitoba.

The Governor General of Pakistan reacted to the emergency by summoning a Constituent Convention and issuing a proclamation assuming to himself, until the Convention could act, the power to validate and enforce all laws necessary to preserve the State and maintain the government of the country. This action was challenged, and in *Special Reference No. 1 of 1955*, *supra*, the Fed-

Un troisième cas où le principe de l'état de nécessité a été appliqué est celui où l'exécutif a pris des mesures d'urgence pour combler un vide législatif créé par une décision judiciaire. Dans l'affaire pakistanaise *Special Reference No. 1 of 1955*, P.L.R. 1956 W.P. 598, on contestait une mesure d'urgence prise par le gouverneur général du Pakistan face à un vide juridique apparent. L'*Indian Independence Act* de 1947 a servi de constitution initiale aux dominions de l'Inde et du Pakistan nouvellement créés. À titre d'étape vers l'indépendance totale, cette loi prévoyait une assemblée constituante pour chaque pays, dotée du pouvoir de modifier ladite loi et d'adopter de nouvelles lois constitutionnelles. La sanction royale était requise pour l'adoption de toute loi constitutionnelle de cette nature.

L'assemblée constituante du Pakistan a entrepris immédiatement de forger sa propre constitution. De 1947 à 1954, elle a adopté 44 modifications constitutionnelles. Toutefois, les membres de cette assemblée estimaient important que la nouvelle Constitution ait une assise aussi indépendante que possible du pouvoir impérial. Ils ont donc délibérément omis d'obtenir la sanction royale pour toutes ces modifications. D'ailleurs, en 1948, l'Assemblée a adopté une modification dans le but d'abolir l'exigence de la sanction royale. Cette modification, comme les 43 autres, fut elle-même adoptée sans la sanction royale.

Dans l'arrêt *Federation of Pakistan v. Tamizuddin Khan*, P.L.R. 1956 W.P. 306, la Cour fédérale du Pakistan a déclaré nulles ces modifications constitutionnelles. Il s'ensuivit qu'un grand nombre de lois et de règlements adoptés en vertu des modifications invalides étaient eux-mêmes nuls. La situation qui en a résulté est, à bien des égards, analogue à celle à laquelle fait maintenant face le Manitoba.

Le gouverneur général du Pakistan, en réaction à cette situation d'urgence, a convoqué une convention constituante et lancé une proclamation lui attribuant personnellement, jusqu'à ce que la convention puisse agir, le pouvoir de valider et de faire exécuter toutes les lois nécessaires à la préservation de l'État et au maintien du gouvernement du pays. Cette mesure fut contestée et, dans l'arrêt

eral Court of Pakistan held that although the Governor General's action was not authorized by the Constitution, it nevertheless was valid under the doctrine of state necessity. Muhammad Munir C.J. said (at p. 671):

The disaster that stared the Governor-General in the face, consequent on the illegal manner in which the Constituent Assembly exercised its legislative authority is apparent . . . The Governor-General must, therefore, be held to have acted in order to avert an impending disaster and to prevent the State and society from dissolution. His proclamation of the 16th April, 1955, declaring that the laws mentioned in the Schedule to the Emergency Powers Ordinance, 1955, shall be retrospectively enforceable is accordingly valid during the interim period, i.e., until the validity of these laws is decided upon by the new Constituent Assembly.

The *Special Reference No. 1 of 1955, supra*, stands for the proposition that a situation of state necessity can arise as a consequence of judicial invalidation of unconstitutional laws, leaving a legal void. The difference between that case and the present is that in the present case it is the *judicial* branch of government that is retrospectively recognizing unconstitutional laws as temporarily valid and enforceable, while in the *Special Reference No. 1 of 1955* case it was the *executive* branch of government which proclaimed that laws were retrospectively valid and enforceable, and the role of the judiciary was simply to condone the actions of the executive.

Thus, the *Special Reference No. 1 of 1955* case, *supra*, cannot be directly applied to the present set of circumstances. It is, however, illustrative of the broader principles which justify this Court's action in the present case: namely, that otherwise invalid acts may be recognized as temporarily valid in order to preserve normative order and the rule of law. The Federal Court of Pakistan allowed an unconstitutional exercise of executive power since the effects of *not* allowing such an exercise of power would have been anarchy and chaos and thereby a violation of the rule of law.

*Special Reference No. 1 of 1955*, précité, la Cour fédérale du Pakistan a conclu que, même si elle n'était pas autorisée par la Constitution, cette intervention du gouverneur général était néanmoins valide en vertu du principe de l'état de nécessité. Le juge en chef Muhammad Munir a affirmé (à la p. 671):

[TRADUCTION] Le désastre auquel faisait face le gouverneur général par suite de l'exercice illégal par l'Assemblée constituante de son pouvoir législatif, est évident . . . On doit donc conclure que le gouverneur général a agi pour éviter un désastre imminent et prévenir la désagrégation de l'État et de la société. Sa proclamation du 16 avril 1955 déclarant que les lois mentionnées dans l'annexe de l'Emergency Powers Ordinance de 1955 seront exécutoires rétroactivement est en conséquence valide dans l'intervalle, c.-à-d. tant que la nouvelle Assemblée constituante ne se sera pas prononcée sur la validité de ces lois.

L'arrêt *Special Reference No. 1 of 1955*, précité, appuie la thèse selon laquelle un état de nécessité peut survenir par suite d'une invalidation judiciaire de lois inconstitutionnelles créant un vide juridique. La différence entre cette affaire et le présent cas réside dans le fait qu'en l'espèce c'est l'organe *judiciaire* du gouvernement qui, rétroactivement, reconnaît des lois inconstitutionnelles comme étant valides et opérantes, alors que dans l'affaire *Special Reference No. 1 of 1955*, précité, c'est l'organe *exécutif* du gouvernement qui a proclamé que les lois étaient rétroactivement valides et opérantes, le rôle du pouvoir judiciaire consistant simplement à approuver les actes du pouvoir exécutif.

Ainsi, l'arrêt *Special Reference No. 1 of 1955*, précité, ne saurait être appliqué directement aux circonstances de la présente affaire. Il constitue cependant une illustration des principes plus larges qui justifient l'intervention de cette Cour en l'espèce: savoir que ces lois par ailleurs invalides peuvent être reconnues comme temporairement valides afin de préserver l'ordre normatif et la primauté du droit. La Cour fédérale du Pakistan a autorisé un exercice inconstitutionnel de pouvoir exécutif parce que le *refus* de l'autoriser aurait eu pour effet de susciter l'anarchie et le chaos et, par conséquent, de violer la primauté du droit.

The cases on the necessity doctrine in all three circumstances discussed above point to the same conclusion: the courts will recognize unconstitutional enactments as valid where a failure to do so would lead to legal chaos and thus violate the constitutional requirement of the rule of law. This is well expressed by Mr. Justice Triantafyllides in *Ibrahim, supra*, at p. 237:

If the position was that the administration of justice and the preservation of the rule of law and order in the State could no longer be secured in a manner which would not be inconsistent with the constitution, a constitution under which the sovereign will of the people could not be expressed so as to regulate through an amendment of the fundamental law such a situation, then the House of Representatives, elected by the people, should be empowered to take such necessary steps as are warranted, by the doctrine of necessity, in the exigencies of the situation. Otherwise the absurd corollary would have been entailed viz. that a State, and the people, should be allowed to perish for the sake of the constitution; on the contrary, a constitution should exist for the preservation of the State and the welfare of the people.

(Emphasis added.)

The doctrine of necessity is not used in these cases to support some law which is above the Constitution; it is, instead used to ensure the unwritten but inherent principle of rule of law which must provide the foundation of any constitution.

In every case in which the doctrine of state necessity has been applied it has been either the executive or the legislative branch of government which has responded to the necessitous circumstances, later to have its actions tested in the courts. This fact does not, however, detract from the general relevance of these cases in demonstrating that the courts will not allow the Constitution to be used to create chaos and disorder.

Turning back to the present case, because of the Manitoba Legislature's persistent violation of the constitutional dictates of the *Manitoba Act, 1870*, the Province of Manitoba is in a state of emergency: all of the Acts of the Legislature of Manitoba, purportedly repealed, spent and current (with the

La jurisprudence concernant le principe de l'état de nécessité, dans les trois cas que je viens d'analyser, amène à la même conclusion: les tribunaux reconnaîtront la validité de textes législatifs inconstitutionnels lorsque l'omission de le faire entraînerait le chaos sur le plan juridique et violerait ainsi l'exigence constitutionnelle de la primauté du droit. C'est ce qui est bien exprimé par le juge Triantafyllides dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, à la p. 237:

[TRADUCTION] Si la situation était telle que l'administration de la justice et la préservation de la primauté du droit et de l'ordre dans l'État ne pourraient plus être assurées d'une manière qui ne soit pas incompatible avec la constitution, une constitution en vertu de laquelle la volonté souveraine du peuple ne pourrait plus être exprimée de manière à régler cette situation par une modification de la loi fondamentale, la Chambre des représentants, élue par le peuple, devrait alors pouvoir prendre les mesures nécessaires que justifie le principe de l'état de nécessité, compte tenu de l'urgence de la situation. Sinon, un corollaire absurde s'imposerait: on laisserait périr l'État et le peuple par égard pour la constitution; au contraire, une constitution doit exister pour la préservation de l'État et le bien-être du peuple.

(C'est nous qui soulignons.)

Le principe de l'état de nécessité ne sert pas, dans cette jurisprudence, à justifier des lois qui sont au-dessus de la constitution; il sert au contraire à garantir le principe non écrit, mais inhérent, de la primauté du droit qui doit être à la base de toute constitution.

Dans chaque cas où on a appliqué le principe de l'état de nécessité, c'est soit l'organe exécutif soit l'organe législatif du gouvernement qui a réagi à l'état de nécessité pour voir ensuite ses actes contestés devant les tribunaux. Cependant, ce fait ne diminue en rien l'importance générale de ces précédents qui démontrent que les tribunaux ne permettront pas que la Constitution serve à créer le chaos et le désordre.

Pour en revenir à la présente espèce, en raison de la violation incessante, par la législature du Manitoba, des prescriptions constitutionnelles de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, la province du Manitoba se trouve dans une situation d'urgence: toutes les lois de la législature du Manitoba, appa-

exception of those recent laws which have been enacted, printed and published in both languages), are and always have been invalid and of no force or effect, and the Legislature is unable to immediately re-enact these unilingual laws in both languages. The Constitution will not suffer a province without laws. Thus the Constitution requires that temporary validity and force and effect be given to the current Acts of the Manitoba Legislature from the date of this judgment, and that rights, obligations and other effects which have arisen under these laws and the repealed and spent laws of the Province prior to the date of this judgment, which are not saved by the *de facto* or some other doctrine, are deemed temporarily to have been and continue to be effective and beyond challenge. It is only in this way that legal chaos can be avoided and the rule of law preserved.

To summarize, the legal situation in the Province of Manitoba is as follows. All unilingually enacted Acts of the Manitoba Legislature are, and always have been, invalid and of no force or effect.

All Acts of the Manitoba Legislature which would currently be valid and of force and effect, were it not for their constitutional defect, are deemed temporarily valid and effective from the date of this judgment to the expiry of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing. Rights, obligations and any other effects which have arisen under these current laws by virtue of reliance on acts of public officials, or on the assumed legal validity of public or private bodies corporate, are enforceable and forever beyond challenge under the *de facto* doctrine. The same is true of those rights, obligations and other effects which have arisen under current laws and are saved by doctrines such as *res judicata* and mistake of law.

Rights, obligations and any other effects which have arisen under purportedly repealed or spent laws by virtue of reliance on acts of public offi-

remment abrogées, périmées ou actuelles (à l'exception des lois récentes qui ont été adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues), sont et ont toujours été invalides et inopérantes, et la Législature est dans l'impossibilité d'adopter de nouveau immédiatement dans les deux langues ces lois unilingues. La Constitution ne permet pas qu'une province soit dépourvue de lois. La Constitution exige donc que les lois actuelles de la législature du Manitoba soient déclarées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement et que les droits, obligations et autres effets découlant de ces lois et des lois de cette province abrogées ou devenues périmées avant la date du présent jugement, qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou de quelque autre principe, soient réputés temporairement avoir été opérants et incontestables et continuer de l'être. C'est là la seule manière d'éviter le chaos juridique et de préserver la primauté du droit.

En résumé, la situation de la province du Manitoba sur le plan juridique est la suivante. Toutes les lois adoptées dans une seule langue par la législature du Manitoba sont et ont toujours été invalides et inopérantes.

Toutes les lois de la législature du Manitoba qui seraient actuellement valides et opérantes, n'était-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, sont réputées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier. Les droits, obligations et tous autres effets découlant de ces lois actuelles, du fait que l'on se soit fié aux actes d'officiers publics ou à la validité juridique présumée de corps publics ou privés, sont exécutoires et à tout jamais incontestables par application du principe de la validité *de facto*. C'est également le cas des droits, obligations et autres effets qui ont découlé des lois actuelles et qui sont sauvés par l'application de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit.

Les droits, obligations et autres effets qui ont découlé de lois apparemment abrogées ou périmées, du fait que l'on se soit fié aux actes d'offi-

ciels, or on the assumed legal validity of public or private bodies corporate are enforceable and forever beyond challenge under the *de facto* doctrine. The same is true of those rights, obligations and other effects which have arisen under purportedly repealed or spent laws and are saved by doctrines such as *res judicata* and mistake of law.

All rights, obligations and any other effects which have arisen under Acts of the Manitoba Legislature which are purportedly repealed, spent, or would currently be in force were it not for their constitutional defect, and which are *not* saved by the *de facto* doctrine, or doctrines such as *res judicata* and mistake of law, are deemed temporarily to have been, and to continue to be, enforceable and beyond challenge from the date of their creation to the expiry of the minimum period of time necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of these laws. At the termination of the minimum period these rights, obligations and other effects will cease to have force and effect unless the Acts under which they arose have been translated, re-enacted, printed and published in both languages. As a consequence, to ensure the continuing validity and enforceability of rights, obligations and any other effects not saved by the *de facto* or other doctrines, the repealed or spent Acts of the Legislature, under which these rights, obligations and other effects have purportedly arisen, may need to be enacted, printed and published, and then repealed, in both official languages.

As concerns the future, the Constitution requires that, from the date of this judgment, all new Acts of the Manitoba Legislature be enacted, printed and published in both French and English. Any Acts of the Legislature that do not meet this requirement will be invalid and of no force or effect.

## VI

### The Duration of the Temporary Period

The difficult question, then, is what is the duration of the minimum period necessary for transla-

ciers publics ou à la validité juridique présumée de corps publics ou privés, sont exécutoires et à tout jamais incontestables par application du principe de la validité *de facto*. C'est également le cas des droits, obligations et autres effets qui ont découlé de lois apparemment abrogées ou périmées et qui sont sauvés par l'application de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit.

Tous les droits, obligations et autres effets qui ont découlé des lois de la législature du Manitoba qui sont apparemment abrogées ou périmées ou qui seraient actuellement en vigueur n'étaient-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, et qui *ne* sont *pas* sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit, sont réputés temporairement avoir été pleinement exécutoires et incontestables et continuer de l'être à compter de la date où ils ont commencé à exister jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter, imprimer et publier ces lois. À l'expiration de ce délai minimum, ces droits, obligations et autres effets cesseront d'être opérants à moins que les lois dont ils découlent n'aient été traduites, adoptées de nouveau, imprimées et publiées dans les deux langues. En conséquence, pour assurer que les droits, obligations et autres effets, qui ne sont pas sauvés par le principe de la validité *de facto* ou d'autres principes, demeurent valides et exécutoires, il se peut qu'il faille adopter de nouveau, imprimer et publier, pour ensuite abroger, dans les deux langues officielles, les lois abrogées ou périmées de la Législature dont ces droits, obligations et autres effets sont censés avoir découlé.

Quant à l'avenir, la Constitution exige qu'à compter de la date du présent jugement toutes les nouvelles lois de la législature du Manitoba soient adoptées, imprimées et publiées à la fois en français et en anglais. Toute loi de la Législature qui ne satisfera pas à cette exigence sera invalide et inopérante.

## VI

### La durée du délai de validité temporaire

La question délicate qui se pose est donc de savoir quelle doit être la durée du délai minimum



tion, re-enactment, printing and publishing of the unilingual Acts of the Manitoba Legislature?

It was argued by the Attorney General of Canada and by the Fédération des francophones hors Québec that this Court fix some arbitrary period such as a year or two years during which the Manitoba Legislature could re-enact its unilingual legislation in both languages.

This solution would not be satisfactory. We do not know how many of the Acts of the Legislature have already been translated. We know nothing as to the availability of translators or their daily output. We thus have no factual basis for determining a period during which compliance with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* would not be possible.

As presently equipped the Court is incapable of determining the period of time during which it would not be possible for the Manitoba Legislature to comply with its constitutional duty. The Court will, however, at the request of either the Attorney General of Canada, or the Attorney General of Manitoba, made within one hundred and twenty days of the date of this judgment, make such a determination. The Attorney General of Canada was granted carriage of this Reference and the Attorney General of Manitoba represents the province whose laws are in issue in this case. Following such a request, a special hearing will be set and submissions will be accepted from the Attorney General of Canada and the Attorney General of Manitoba and the other interveners.

The period of temporary validity will not apply to any unilingual Acts of the Legislature enacted after the date of judgment. From the date of judgment, laws which are not enacted, printed, and published in both languages will be invalid and of no force and effect *ab initio*.

requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois unilingues de la législature du Manitoba?

Le procureur général du Canada et la Fédération des francophones hors Québec ont soutenu que cette Cour devrait fixer un délai arbitraire d'une année ou deux au cours duquel la législature du Manitoba pourrait adopter de nouveau ses lois unilingues dans les deux langues.

Cette solution ne serait pas satisfaisante. Nous ne connaissons pas le nombre des lois de la Législature qui ont déjà été traduites. Nous ignorons tout au sujet du nombre de traducteurs disponibles ou de leur production quotidienne. Nous ne disposons donc d'aucun fondement factuel permettant de déterminer le délai pendant lequel il ne serait pas possible de se conformer à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Compte tenu de la documentation dont elle dispose actuellement, la Cour est incapable de déterminer le délai pendant lequel il serait impossible à la législature du Manitoba de se conformer à son obligation constitutionnelle. Cependant, la Cour statuera sur ce point à la demande de l'un ou l'autre du procureur général du Canada ou du procureur général du Manitoba, faite dans les cent vingt jours de la date du présent jugement. Le procureur général du Canada s'est vu confier la charge du présent renvoi et le procureur général du Manitoba représente la province dont les lois sont en cause en l'espèce. Suite à cette demande, une audition spéciale sera fixée et le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et les autres intervenants seront invités à soumettre des mémoires.

Le délai de validité temporaire ne s'appliquera pas aux lois unilingues adoptées par la Législature après la date du présent jugement. À compter de la date de ce jugement, les lois qui ne seront pas adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues seront invalides et inopérantes dès le départ.

## VII

Question 4*The Status of the 1980 Act*

Question No. 4 of this Reference asks whether any of the provisions of *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, 1980 (Man.), c. 3 (the 1980 Act), are inconsistent with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and, if so, whether the inconsistent provisions are invalid and of no force or effect.

The Act in its entirety reads:

**Definition of "official language".**

1 In this Act "official language" means the English language or the French language.

**Interpretation where conflict.**

2 Where the meaning of a provision of an Act in one official language conflicts with, is repugnant to or is inconsistent with the meaning of the corresponding provision of the Act in the other official language

(a) the provision in the official language in which the Bill for the Act was printed when copies thereof were first distributed to the members of the assembly in the assembly prevails over the corresponding provision in the other official language; and

(b) if the Bill for the Act was printed in both official languages when copies thereof were first distributed to the members of the assembly in the assembly, preference shall be given to that meaning of the provision that, according to the true spirit, intent and meaning of the Act as a whole, best insures the attainment of its objects.

**Certificate on introduction of Bill.**

3(1) Where a Bill introduced in the Legislature is printed in only one of the official languages when copies thereof are first distributed to the members of the assembly in the assembly, the Clerk of the House shall endorse on the Bill a certificate certifying that the Bill was printed in that official language when copies thereof were first distributed to the members of the assembly in the assembly and, if the Bill is enacted, that certificate shall be printed on the Act in all copies thereof printed and published by or on behalf of the government.

**Language for distribution of old statutes.**

3(2) For greater certainty in the interpretation of the statutes of the province heretofore enacted, the Bills for

## VII

Question n° 4*Le statut de la Loi de 1980*

<sup>a</sup> La question n° 4 du présent renvoi est de savoir si des dispositions de la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, 1980 (Man.), chap. 3 (la Loi de 1980), sont incompatibles avec l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et, dans l'affirmative, si les dispositions incompatibles sont invalides et inopérantes.

Voici le texte complet de la Loi:

<sup>c</sup> **Définition de l'expression «langue officielle».**

1 Dans la présente loi, «langue officielle» désigne le français ou l'anglais.

**Interprétation en cas de conflit.**

<sup>d</sup> 2 Lorsque les deux versions d'une disposition d'une loi rédigée dans les deux langues officielles n'ont pas le même sens, se contredisent ou sont incompatibles

<sup>e</sup> a) la disposition rédigée dans la langue officielle dans laquelle le projet de loi a été imprimé et distribué initialement aux députés de l'Assemblée à l'Assemblée l'emporte sur la disposition correspondante rédigée dans l'autre langue officielle; et

<sup>f</sup> b) dans le cas où le projet de loi a été imprimé et distribué initialement aux députés de l'Assemblée à l'Assemblée dans les deux langues officielles, la version qui, d'après l'esprit, l'intention et le sens véritables de la loi considérée globalement, assure le mieux la réalisation de ses objets a préséance sur l'autre.

**Attestation de dépôt du projet de loi.**

<sup>h</sup> 3(1) Lorsqu'un projet de loi déposé devant la Législature est imprimé et distribué initialement aux députés de l'Assemblée à l'Assemblée dans une seule langue officielle, le Greffier de la Chambre doit signer sur le projet de loi une attestation indiquant que la langue du projet de loi est la langue officielle dans laquelle le projet de loi a été imprimé et distribué initialement aux députés de l'Assemblée à l'Assemblée et, si le projet de loi est adopté, cette attestation doit être imprimée sur toutes les copies de cette loi imprimées et publiées par le gouvernement ou en son nom.

<sup>j</sup> **Langue de distribution des anciennes lois.**

3(2) Pour éviter toute ambiguïté dans l'interprétation des lois de la province adoptées jusqu'à présent, les

all Acts heretofore enacted shall be conclusively deemed to have been printed in the English language when copies thereof were first distributed to the members of the assembly in the assembly.

#### Where translation of Bill deemed enacted.

4(1) Where a Bill for an Act that was introduced in the Legislature was printed in only one of the official languages and was enacted before a translation thereof into the other official language was available, if subsequently there is deposited with the Clerk of the House a translation of the Act into that other official language, certified to be a true translation of the Act by a person designated by the Speaker for the purpose of examining and certifying the translation of the Act, that translation of the Act into that other official language shall, for all purposes, be valid and of the same effect as the Act in the official language in which the Bill for the Act was printed, from and after the date of the enactment of the Act.

#### Printing of translation.

4(2) Where the translation of an Act into an official language is deposited with the Clerk of the House in accordance with subsection (1), the Clerk of the House shall endorse on the translation a certificate certifying that the translation, certified by the person designated by the Speaker for the purpose of examining and certifying the translation of the Act, has been deposited with him as of the date on which it was so deposited, and that certificate, and the certificate of the person designated by the Speaker for the purpose of examining and certifying the translation of the Act shall be printed on the translation of the Act in all copies thereof printed and published by or on behalf of the government.

#### Reference to lines in Acts.

5 Where in an Act of the Legislature enacted before January 1, 1981, there is a reference to a specific line of a section, subsection, clause, sub-clause, sub-sub-clause, paragraph, sub-paragraph, schedule, form or other portion of that Act or any other Act of the Legislature enacted before January 1, 1981 (hereinafter in this section referred to as the "named Act") and there appears to be an inconsistency or ambiguity raised by the reference because that specific line in the named Act printed in one official language differs in content from the specific line in the named Act printed in the other official language, the reference shall be deemed to be a reference to that specific line in the named Act printed in the English language.

projets de loi des lois adoptées jusqu'à présent sont, par les présentes, irrévocablement présumés avoir été imprimés et distribués initialement aux députés de l'Assemblée à l'Assemblée dans la langue anglaise.

#### <sup>a</sup> Entrée en vigueur présumée des traductions.

4(1) Lorsqu'un projet de loi déposé devant la Législature et imprimé dans une seule langue officielle est adopté avant que sa traduction dans l'autre langue officielle ne soit disponible, la traduction de la loi est réputée, à toute fin que de droit, à compter de la date de l'adoption de la loi, avoir la même valeur légale et produire le même effet que la version de la loi établie dans la langue officielle dans laquelle le projet de loi correspondant a été imprimé, lorsqu'une traduction de la loi dans l'autre langue officielle, attestée quant à son exactitude par la personne désignée par l'Orateur pour vérifier la traduction de la loi et attester son exactitude, est subséquemment déposée devant le Greffier de la <sup>d</sup> Chambre.

#### Publication de la traduction.

4(2) Lorsque la traduction d'une loi dans une langue officielle est déposée devant le Greffier de la Chambre conformément au paragraphe (1), le Greffier de la <sup>e</sup> Chambre doit signer sur le texte traduit une attestation indiquant que la traduction, attestée par la personne désignée par l'Orateur pour vérifier la traduction de la loi et en attester l'exactitude, a été déposée auprès de lui <sup>f</sup> à la date à laquelle elle a été déposée; cette attestation et celle de la personne désignée par l'Orateur pour vérifier la traduction de la loi et en attester l'exactitude doivent être imprimées sur tous les textes de la loi traduite imprimés et publiés par le gouvernement ou en son nom.

#### <sup>g</sup> Mention de lignes dans une loi.

5 Lorsque, dans une loi de la Législature adoptée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1981, il est mentionné une ligne précise <sup>h</sup> d'un article, d'un paragraphe, d'une disposition, d'une sous-disposition, d'une sous-sous-disposition, d'un alinéa, d'un sous-alinéa, d'une annexe, d'une formule ou d'une autre partie de ladite loi ou de toute autre loi de la Législature adoptée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1981 (appelée la <sup>i</sup> «loi désignée» au présent article), et que la mention semble faire apparaître une contradiction ou une ambiguïté du fait que la ligne de la loi désignée imprimée dans une langue officielle ne correspond pas à la même ligne de la loi désignée imprimée dans l'autre langue officielle, la mention est réputée être une mention de la <sup>j</sup> ligne en question de la loi désignée imprimée dans la langue anglaise.

**Place in Continuing Consolidation.**

6 This Act may be referred to as chapter S207 of the Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba.

**Repeal.**

7 An Act to provide that the English language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, being chapter O10 of the Revised Statutes, is repealed.

**Commencement of Act.**

8 This Act comes into force on the day it receives the royal assent.

The Act was amended in 1982 to add the following subsection:

**Where a Speaker unable to act.**

4(3) Where the Speaker is absent or unable for any other reason to designate a person for the purpose of examining and certifying the translation of an Act, the Deputy Speaker may designate a person for that purpose, and where there is no Speaker or Deputy Speaker, or both the Speaker and the Deputy Speaker are absent or unable to act, the Attorney-General may designate a person for the purpose of examining and certifying the translation of an Act.

*(An Act to Amend an Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1982 (Man.), c. 3, s. 1.)*

This amendment was enacted, printed and published in both French and English (see *Loi modifiant la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1982 (Man.), c. 3.*)

There is a dispute among the parties, however, as to whether the 1980 Act itself was enacted, printed and published in both languages or whether it was enacted, printed and published in English only. The Attorney General of Manitoba claims that the 1980 Act was passed in both languages. Counsel for Alliance Québec says that it was not. The record before the Court is inconclusive. On the one hand, counsel for Alliance Québec has submitted the sworn statement of the Acting Clerk for the Legislative Assembly of Manitoba that the 1980 Act was passed in the French language by the Manitoba Legislature (Appendices to factum of Alliance Québec, at p. 13). And counsel for the Attorney General of Canada has submitted a French version of the 1980 Act, entitled "*Loi sur*

**Classement dans la codification permanente.**

6 La présente loi est le chapitre S207 de la codification permanente des Lois du Manitoba.

**Abrogation.**

7 La loi prévoyant que la langue anglaise est la langue officielle de la province du Manitoba, chapitre O10 des Lois révisées, est abrogée.

**Entrée en vigueur de la loi.**

8 La présente loi entre en vigueur le jour de la sanction royale.

La Loi a été modifiée en 1982 par l'adjonction du paragraphe suivant:

**Absence ou empêchement d'agir de l'Orateur.**

4(3) Lorsque l'Orateur est absent ou empêché pour toute autre raison de désigner une personne pour vérifier la traduction d'une loi et en attester l'exactitude, l'Orateur suppléant peut désigner une personne à cette fin. Lorsqu'il n'y a ni Orateur ni Orateur suppléant, ou en cas d'absence ou d'empêchement de ces derniers, le procureur général peut procéder à cette désignation.

*(Loi modifiant la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1982 (Man.), chap. 3, art. 1.)*

Cette modification a été adoptée, imprimée et publiée en anglais et en français (voir *Loi modifiant la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1982 (Man.), chap. 3.*)

Les parties ne s'entendent pas cependant sur la question de savoir si la Loi de 1980 a elle-même été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues ou si elle a été adoptée, imprimée et publiée en anglais seulement. Le procureur général du Manitoba soutient que la Loi de 1980 a été adoptée dans les deux langues. L'avocat d'Alliance Québec affirme le contraire. Le dossier soumis à la Cour n'est pas déterminant. D'une part, l'avocat d'Alliance Québec a produit une déclaration sous serment du greffier suppléant de l'assemblée législative du Manitoba, selon laquelle la Loi de 1980 a été adoptée en français par la législature du Manitoba (annexes du mémoire d'Alliance Québec, à la p. 13). L'avocat du procureur général du Canada a présenté une version française de la Loi de 1980

*l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*" (factum of the Attorney General of Canada, at p. 60). On the other hand, there is no French language version of the 1980 Act in the 1980 volume of the *Statutes of Manitoba*. Nor does such a version appear in the *Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba*, although an English version of the Act appears there, as chapter S207. Finally, the English version of the Act has, in the upper right hand corner, the notation: "Assented to July 9, 1980". The French version submitted by the Attorney General of Canada has a similar notation, but the date is left blank. It reads: "Sanctionnée le 1980".

On the record as it stands, it is difficult to say with certitude whether the 1980 Act was indeed passed in both languages or whether, even if passed in both languages, it ever received royal assent, or whether, even if passed and assented to in both languages, it was ever actually published in French. It is unnecessary to resolve this factual question for the purposes of this Reference. It is enough to say that if the 1980 Act was not enacted, printed and published in both English and French, the entire Act, with the exception of new s. 4(3), is invalid and of no force or effect under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Beyond this, several individual sections of the 1980 Act, including new s. 4(3), are, themselves, in substantive conflict with s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and invalid.

In *Blaikie No. 1*, this Court held that Chapter III of Title I of the *Charter of the French language, 1977* (Qué.), c. 5, ss. 7-13, was *ultra vires* the Legislature of Quebec by virtue of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Among the provisions struck down were these:

7. French is the language of the legislature and the courts in Quebec.

8. Legislative bills shall be drafted in the official language. They shall also be tabled in the Assemblée nationale, passed and assented to in that language.

intitulée *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs* (mémoire du procureur général du Canada, à la p. 58). D'autre part, aucune version française de la Loi de 1980 ne figure dans le volume de 1980 des *Statutes of Manitoba*. On ne trouve pas non plus de telle version dans la *Codification permanente des lois du Manitoba*, bien qu'une version anglaise de la Loi s'y trouve sous le numéro de chapitre S207. Enfin, la version anglaise de la Loi porte, dans le coin supérieur droit, la mention «*Assented to July 9, 1980*». La version française présentée par le procureur général du Canada comporte une mention semblable, mais la date est laissée en blanc. Elle se lit «*Sanctionnée le 1980*».

Selon le dossier dans son état actuel, il est difficile de dire avec certitude si la Loi de 1980 a vraiment été adoptée dans les deux langues ou, à supposer qu'elle ait été adoptée dans les deux langues, si elle a reçu la sanction royale, ou encore, à supposer qu'elle ait été adoptée et sanctionnée dans les deux langues, si elle a jamais été vraiment publiée en français. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question de fait pour les fins du présent renvoi. Il suffit de dire que, si la Loi de 1980 n'a pas été adoptée, imprimée et publiée à la fois en anglais et en français, la totalité de la Loi, à l'exception du nouveau par. 4(3), est invalide et inopérante en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. En outre, plusieurs articles précis de la Loi de 1980, dont le nouveau par. 4(3), sont eux-mêmes fondamentalement incompatibles avec l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et invalides.

Dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, cette Cour a statué que les art. 7 à 13 du chapitre III du titre premier de la *Charte de la langue française, 1977* (Qué.), chap. 5, étaient *ultra vires* de la législature du Québec en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Parmi les dispositions invalidées, il y a les suivantes:

7. Le français est la langue de la législation et de la justice au Québec.

8. Les projets de loi sont rédigés dans la langue officielle. Ils sont également, en cette langue, déposés à l'Assemblée nationale, adoptés et sanctionnés.

9. Only the French text of the statutes and regulations is official.

10. An English version of every legislative bill, statute and regulation shall be printed and published by the civil administration.

The teaching of *Blaikie No. 1* is three-fold. First, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* demands not just bilingual printing and publication, but bilingual *enactment*. "It was urged before this Court that there was no requirement of enactment in both languages, as contrasted with printing and publishing. However, if full weight is given to every word of s. 133 it becomes apparent that this requirement is implicit" (at p. 1022).

Second, the English and French texts of laws must be equally authoritative. "[Section 133] not only provides but requires that official status be given to both French and English ..." (at p. 1022) (holding unconstitutional ss. 8, 9 of the *Charter of the French language*, reproduced *supra*). Cf. *Constitution Act, 1982*, s. 18(1).

In the Quebec Court of Appeal, *Attorney General of Quebec v. Blaikie* (1978), 95 D.L.R. (3d) 42, Dubé J.A. said, after setting forth ss. 7 to 13 of the *Charter of the French language* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* (at p. 51):

[TRANSLATION] It seems to me, obviously, that these two Acts are in flagrant contradiction. Chapter III of the *Charter of the French Language* seeks to make the French language the only official language in the National Assembly and before the Courts, with respect to both oral and written proceedings, whereas s.133 of the *British North America Act, 1867*, on the other hand, seeks to put the French language and the English language on exactly the same footing of equality before the Legislature and before the Courts of Quebec, as well as before the Houses of the Parliament of Canada and before the Courts of Canada.

(Emphasis added.)

Deschênes C.J.S.C., put it this way in the Quebec Superior Court (1978), 85 D.L.R. (3d) 252, at p. 264:

9. Seul le texte français des lois et des règlements est officiel.

10. L'Administration imprime et publie une version anglaise des projets de loi, des lois et des règlements.

a

L'arrêt *Blaikie n° 1* nous enseigne trois choses. En premier lieu, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige non seulement l'impression et la publication bilingues, mais encore l'adoption bilingue. «On a soutenu devant la Cour que cette exigence ne vise pas l'adoption des lois dans les deux langues, mais seulement leur impression et leur publication. Cependant, si l'on donne à chaque mot de l'art. 133 toute sa portée, il devient évident que cette exigence est implicite» (à la p. 1022).

b

En deuxième lieu, les versions anglaise et française des lois doivent faire pareillement autorité. «[L'article 133] ne prévoit pas seulement mais exige, qu'un statut officiel soit reconnu à l'anglais et au français ...» (à la p. 1022) (où l'on déclare inconstitutionnels les art. 8 et 9 de la *Charte de la langue française*, déjà cités). Comparer avec la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 18(1).

c

En Cour d'appel du Québec, *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, le juge Dubé, après avoir cité les art. 7 à 13 de la *Charte de la langue française* et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, affirme ceci (à la p. 361):

d

Il me semble de toute évidence que ces deux Lois sont en contradiction flagrante: Le chapitre III de la *Charte de la langue française* veut rendre la langue française la seule langue officielle de l'Assemblée nationale et devant les Tribunaux tant dans les procédures verbales qu'écrites alors que l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, au contraire, veut que la langue française et que la langue anglaise soient exactement sur un pied d'égalité devant la législature et devant les Tribunaux du Québec de même que devant les chambres du parlement du Canada et devant les Tribunaux du Canada.

e

(C'est nous qui soulignons.)

Le juge en chef Deschênes s'exprime ainsi en Cour supérieure du Québec, [1978] C.S. 37, à la p. 47:

f

The Court therefore holds to its conclusion that the requirement of the printing and publishing of the laws in the two languages, French and English, necessarily implies that of their passing and assent in these two languages in a way that the two versions possess this character that Bill 22 called "authentic" and that the Charter qualifies rather as "official".

These observations, which make clear that both versions of laws are to be equally authoritative, were adopted by this Court in disposing of the Attorney General's appeal (at p. 1027).

The third criterion which emerges from *Blaikie No. 1* is the requirement of simultaneity in the use of both languages in the enactment process.

The Attorney-General of Quebec maintains that this expression ["both those languages shall be used"] does not imply simultaneity in the use of both the French and English languages.

The Court is totally incapable of finding in the second part of s. 133 justification for the alternates or the sequence of the languages that the Attorney-General of Quebec suggests can be read there: this is not one or the other language as a choice, but the two at the same time which must be used in the records and journals of the Legislature.

The Court concludes that arts. 7 to 10 of the Charter contravene s. 133 of the *British North America Act, 1867*, inasmuch as they purport to abolish the obligation of using simultaneously the two languages, French and English, in the "Records" or archives of the National Assembly. [*Blaikie v. Attorney-General of Quebec* (1978), 85 D.L.R. (3d) at pp. 260-61, adopted in the reasons for judgment of this Court in *Attorney-General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1027.]

(Emphasis added.)

As this Court observed in *Blaikie No. 1* "it would be strange to have a requirement, as in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, that both English and French 'shall be used in the . . . Records and Journals' . . . and not to have this requirement extend to the enactment of legislation" (at p. 1022). Simultaneity of the use of both English and French is therefore required throughout the process of enacting bills into law.

La Cour s'en tient donc à sa conclusion que l'exigence de l'impression et de la publication des lois dans les deux langues française et anglaise implique nécessairement celle de leur adoption et sanction dans ces deux langues de sorte que les deux versions possèdent ce caractère que la Loi 22 appelait authentique et que la Charte qualifie plutôt d'officiel.

Ces observations, qui démontrent clairement que les deux versions des lois doivent faire pareillement autorité, ont été adoptées par cette Cour lorsqu'elle s'est prononcée sur le pourvoi du Procureur général (à la p. 1027).

Le troisième critère qui ressort de l'arrêt *Blaikie n° 1* est l'exigence de l'usage simultané des deux langues dans le processus d'adoption.

Le Procureur général du Québec soutient que cette expression [«l'usage de ces deux langues sera obligatoire»] n'emporte pas simultanéité de l'usage des deux langues française et anglaise.

La Cour est tout à fait incapable de trouver dans la deuxième partie de l'article 133 la permission d'alternance ou de succession des langues que le Procureur général du Québec suggère d'y lire: ce n'est pas l'une ou l'autre langue au choix, mais les deux à la fois qui doivent être employées dans les *Records and Journals* de la Législature.

La Cour conclut que les articles 7 à 10 de la Charte contreviennent à l'article 133 de l'A.A.N.B. en autant qu'ils prétendent supprimer l'obligation de l'emploi simultané des deux langues française et anglaise dans les *Records* ou archives de l'Assemblée nationale. [*Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1978] C.S. 37, aux pp. 44 et 45, motifs que cette Cour a adoptés dans ses propres motifs de jugement dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1027.]

(C'est nous qui soulignons.)

Comme cette Cour le fait remarquer dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, «il serait singulier que l'art. 133 prescrive que «dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux» . . . l'usage de l'anglais et du français «sera obligatoire» et que cette exigence ne s'applique pas également à l'adoption des lois» (à la p. 1022). L'usage simultané de l'anglais et du français est donc requis pendant tout le processus d'adoption des lois.

To summarize, *Blaikie No. 1* stands for the proposition that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* requires (i) simultaneous enactment of legislation in both English and French, and (ii) equal authority and status for both the English and the French versions. Nothing less would adequately preserve the linguistic guarantees of those sections or ensure that the law was equally accessible to francophones and anglophones alike.

As we have said, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are coterminous. *Blaikie No. 1* is therefore controlling on the question of the effect of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* on the similar legislation in issue here. Applying the criteria as laid down in *Blaikie No. 1* to the present case, it is clear that the 1980 Act does not meet the requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

The heart of the 1980 Act is s. 4(1), which authorizes the bilingual promulgation of legislation in two stages: (i) the enactment of a statute in one official language only; and (ii) subsequent translation into the other official language. The translation, once certified and deposited with the Clerk of the House, is deemed "valid and of the same effect" as the formally enacted version.

This procedure is insufficient to satisfy s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Bilingual enactment is required by s. 23 and unilingual enactment, followed by the later deposit of a translation, is not bilingual enactment. Moreover, s. 4(1) does not contemplate simultaneity in the use of English and French in the enactment process, *i.e.* in the Records and Journals of the Legislature, as required by s. 23.

Beyond this, the provision for the deposit of a translation is entirely voluntary. There is no requirement that a translation be deposited. Section 4(1) says only that "if . . . there is deposited with the Clerk of the House a translation . . ." the

En résumé, l'arrêt *Blaikie n° 1* appuie la thèse selon laquelle l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige (i) qu'il y ait adoption simultanée des lois en anglais et en français et (ii) que les versions anglaise et française fassent pareillement autorité et aient le même statut. Rien de moins ne pourrait assurer adéquatement la préservation des garanties linguistiques accordées par ces articles et l'égalité d'accès aux lois pour les francophones et les anglophones pareillement.

Comme nous l'avons déjà dit, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* coïncident. En conséquence, l'arrêt *Blaikie n° 1* est déterminant quant à la question de l'effet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sur les dispositions législatives semblables qui sont en cause ici. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Blaikie n° 1* à la présente espèce, il est évident que la Loi de 1980 ne satisfait pas aux exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Le principe de la Loi de 1980 se trouve au par. 4(1) qui autorise la promulgation bilingue des lois en deux étapes: (i) l'adoption d'une loi dans une seule langue officielle et (ii) la traduction subséquente dans l'autre langue officielle. Après avoir été attestée et déposée auprès du greffier de la Chambre, la traduction est réputée «avoir la même valeur légale et produire le même effet» que la version déjà adoptée.

Cette procédure est insuffisante pour satisfaire aux exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. L'article 23 exige l'adoption dans les deux langues et l'adoption dans une seule langue suivie, plus tard, du dépôt d'une traduction ne constitue pas de l'adoption dans les deux langues. De plus, le par. 4(1) n'envisage pas l'usage simultané de l'anglais et du français dans le processus d'adoption, c.-à-d. dans les archives, procès-verbaux et journaux de la législature, comme l'exige l'art. 23.

En outre, la disposition prévoyant le dépôt d'une traduction est entièrement facultative. Il n'y a aucune obligation de déposer une traduction. Le paragraphe 4(1) dit seulement que «lorsqu'une traduction . . . est subséquemment déposée devant



translation will be deemed valid and effective. To be sure, most recent legislation in Manitoba has been bilingually promulgated in accordance with this procedure. But that is because the provincial government has chosen to do so. The 1980 Act nowhere requires that the procedure set forth in s. 4(1) be followed. Unilingually promulgated legislation is still permissible under the Act.

Finally, the effort to give legal force and effect to a mere translation of an Act through certification and deposit with the Clerk of the House must fail as an unconstitutional attempt to interfere with the powers of the Lieutenant-Governor. Royal assent is required of all enactments. Section 4(1) purports to do away with royal assent for the translations of Acts, while giving the translations the full force of law. This scheme is clearly *ultra vires* the province under s. 41(a) of the *Constitution Act, 1982*. See *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.)

For all of these reasons, s. 4(1) of the 1980 Act is invalid.

Section 4(2), which facilitates the process of certifying translations, is also invalid because it is inextricably linked to s. 4(1). It would be meaningless standing alone. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518.

Section 4(3), added by amendment in 1982, is subject to the same infirmity.

The same could be said of ss. 1, 2, 3 and 5. All contemplate the unconstitutional two step promulgation process authorized by s. 4(1) and are designed either to facilitate or complement that scheme.

Additionally, ss. 2(a) and 5 violate *Blaikie No. 1*'s requirement that the English and French texts of statutes be equally authoritative. Section 2(a) provides that when one version conflicts with the other, the original enactment prevails over the subsequent translation. And s. 5 provides that for all laws enacted before January 1, 1981 any ambiguities or inconsistencies in cross-references

le Greffier de la Chambre», elle est réputée avoir la même valeur légale et produire le même effet. Certes, la plupart des lois récentes du Manitoba ont été promulguées dans les deux langues selon cette procédure. Mais c'est parce que le gouvernement provincial a choisi de le faire. Aucune disposition de la Loi de 1980 n'exige que la procédure énoncée au par. 4(1) soit suivie. La promulgation de lois unilingues est encore permise selon la Loi.

Enfin, la tentative de rendre juridiquement opérante la simple traduction d'une loi par son attestation et son dépôt auprès du greffier de la Chambre doit échouer pour le motif qu'il s'agit là d'une tentative inconstitutionnelle de porter atteinte aux pouvoirs du lieutenant-gouverneur. Toutes les lois doivent recevoir la sanction royale. Le paragraphe 4(1) a pour objet de soustraire les traductions de lois à la sanction royale tout en leur donnant force de loi. Cette méthode est manifestement *ultra vires* de la province en vertu de l'al. 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.)

Pour tous ces motifs, le par. 4(1) de la Loi de 1980 est invalide.

Le paragraphe 4(2), qui facilite le processus d'attestation des traductions, est également invalide parce qu'il est inextricablement lié au par. 4(1). Seul, il serait vide de sens. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), à la p. 518.

Le paragraphe 4(3), ajouté par modification en 1982, est entaché du même vice.

On pourrait en dire autant des art. 1, 2, 3 et 5. Tous ces articles envisagent le processus inconstitutionnel de promulgation en deux étapes autorisé par le par. 4(1) et ils ont pour objet soit de faciliter soit de compléter ce processus.

De plus, l'alinéa 2a) et l'art. 5 vont à l'encontre de l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, que les versions anglaise et française des lois fassent pareillement autorité. L'alinéa 2a) prévoit que lorsqu'une version n'a pas le même sens que l'autre version, le texte législatif original l'emporte sur sa traduction subséquente. L'article 5 dispose que, pour toutes les lois adoptées avant le 1<sup>er</sup> janvier

to other laws are to be resolved by reference to the English text of such laws. These provisions cannot stand. Any mechanism for resolving semantic conflicts between the English and French versions of a statute which prefers one text to the other renders the non-preferred text legally irrelevant, since it cannot safely be relied upon. The non-preferred version has the status of law only in so far as it is consistent with the preferred version. In all instances, it is necessary to have regard to the preferred version in order to know the law. This is in conflict with the command of *Blaikie No. 1* that both language versions be "official" (at p. 1022).

It does not matter, for constitutional purposes, whether the linguistic preference is expressly given to one language, as in s. 5, or left to be determined by the member who introduces the bill, as in s. 2(a). Any mechanism for attributing superior status to one language version, however fashioned, violates s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

Section 3(1), which provides for certification of the language of enactment, and s. 3(2), which establishes a conclusive presumption that the language of enactment was English in the case of all statutes enacted before the coming into effect of the 1980 Act, are clearly ancillary to and inseverable from s. 2(1). They are also, as we have said, inseverable parts of the unilingual enactment scheme envisaged by s. 4(1). They therefore fall with these two sections.

Section 1, which provides simply that the term "official language" means either English or French, would be innocuous in any other context. It is clearly, however, ancillary to the invalid provisions of the 1980 Act. The term it defines, "official language", appears fourteen times in the four unconstitutional sections discussed above. In our view, s. 1, although unobjectionable in itself, is inseverable from the invalid provisions and falls with them. It would, in any event, be meaningless standing alone.

1981, toute ambiguïté ou incohérence dans les renvois à d'autres lois doit se résoudre en fonction du texte anglais de ces lois. Ces dispositions ne peuvent être maintenues. Tout mécanisme de solution des divergences de sens entre la version anglaise et la version française d'une loi qui accorde la préférence à un texte (texte désigné) plutôt qu'à l'autre texte a pour effet de rendre ce dernier texte (non désigné) juridiquement inapplicable puisqu'on ne peut s'y fier. La version non désignée n'a le statut de loi que dans la mesure où elle est compatible avec la version désignée. Dans tous les cas, il est nécessaire de se référer à la version désignée pour savoir ce que dit la loi. Cela est incompatible avec l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, que les versions dans l'une et l'autre langue soient «officielles» (à la p. 1022).

Pour les fins constitutionnelles, il importe peu que la préférence soit expressément accordée à une langue, comme à l'art. 5, ou déterminée par le député qui dépose le projet de loi, comme à l'al. 2a). Tout mécanisme quel qu'il soit visant à conférer un statut supérieur à une version dans une langue contrevient à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Le paragraphe 3(1) qui prévoit l'attestation de la langue d'adoption et le par. 3(2), qui établit une présomption irréfutable que la langue d'adoption a été l'anglais pour toutes les lois adoptées avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1980, sont manifestement accessoires au par. 2(1) et inséparables de ce dernier. Ils sont aussi, comme nous l'avons déjà dit, inséparables du processus d'adoption unilingue envisagé par le par. 4(1). En conséquence, ils tombent avec ces deux paragraphes.

Dans tout autre contexte, l'art. 1, qui dispose simplement que l'expression «langue officielle» désigne le français ou l'anglais, serait sans conséquence. Toutefois, il est manifestement accessoire aux dispositions invalides de la Loi de 1980. L'expression «langue officielle» qu'il définit figure douze fois dans les quatre dispositions inconstitutionnelles que je viens d'analyser. À notre avis, bien qu'il soit acceptable en soi, l'art. 1 est inséparable des dispositions invalides et tombe donc avec elles. De toute façon, seul, il serait vide de sens.

Subsection 2(b) provides that where a statute is bilingually enacted, conflicts in meaning between the two language versions are to be resolved by giving preference to the version that "according to the true spirit, intent and meaning of the Act as a whole, best insures the attainment of its objects". This subsection, too, is inextricably bound up with the other unconstitutional provisions of the 1980 Act, and is invalid for that reason.

Sections 1 to 5 of the 1980 Act are invalid and of no force or effect under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

Sections 6, 7 and 8 of the 1980 Act, however, are severable from the unconstitutional moiety and do not substantively conflict with s. 23. Section 7, for example, repeals the *Official Language Act 1890* which this Court held invalid in *Attorney General of Manitoba v. Forest, supra*. Section 6, in turn, gives the 1980 Act a chapter number in the *Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba*. And s. 8 simply provides for the Act coming into force on the day it receives royal assent. These three provisions are unobjectionable and can stand on their own, free from the defects which infect the rest of the 1980 Act. They are, in our view, severable from the unconstitutional provisions of the 1980 Act.

To summarize, the entire Act, except for new s. 4(3), may be invalid under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, if it was not enacted, printed and published bilingually. The record is inconclusive on this point. Substantively, ss. 6, 7 and 8 are unobjectionable. Section 4(1), however, violates s. 23's requirement of simultaneous, bilingual enactment and ss. 2(a) and 5 violate s. 23's requirement that both language versions be equally authoritative. The remaining sections of the Act are inseverable from the constitutionally infirm provisions and fall with them.

L'alinéa 2b) dispose que lorsqu'une loi est adoptée dans les deux langues, on doit résoudre les divergences de sens entre les deux versions en donnant préséance à la version qui, «d'après l'esprit, l'intention et le sens véritables de la loi considérée globalement, assure le mieux la réalisation de ses objets». Cet alinéa est, lui aussi, inextricablement lié aux autres dispositions inconstitutionnelles de la Loi de 1980 et est invalide pour ce motif.

Les articles 1 à 5 de la Loi de 1980 sont invalides et inopérants en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Les articles 6, 7 et 8 de la Loi de 1980 sont toutefois séparables de la partie inconstitutionnelle de cette loi et ne sont pas fondamentalement incompatibles avec l'art. 23. Par exemple, l'art. 7 abroge l'*Official Language Act, 1890* que cette Cour a déjà déclarée invalide dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Forest*, précité. L'article 6, quant à lui, donne à la Loi de 1980 un numéro de chapitre dans la *Codification permanente des lois du Manitoba*. Et l'article 8 prévoit simplement que la Loi entrera en vigueur le jour où elle recevra la sanction royale. Ces trois articles sont acceptables et peuvent être valides en soi, vu qu'ils sont exempts des vices qui entachent le reste de la Loi de 1980. Ils sont, à notre avis, séparables des dispositions inconstitutionnelles de la Loi de 1980.

En résumé, toute la Loi, sauf le nouveau par. 4(3), peut être invalide en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* si elle n'a pas été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues. Le dossier n'est pas concluant sur ce point. Les articles 6, 7 et 8 sont fondamentalement acceptables. Cependant, le par. 4(1) va à l'encontre de l'exigence de l'art. 23 quant à l'adoption bilingue simultanée et l'al. 2a) et l'art. 5 vont à l'encontre de l'exigence de l'art. 23 que les versions dans les deux langues fassent pareillement autorité. Les autres articles de la Loi sont inséparables des dispositions inconstitutionnelles et tombent donc avec elles.

## VIII

Conclusions

i) Section 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* are mandatory;

ii) All Acts of the Manitoba Legislature that were not printed and published in both the English and French languages are, and always have been, invalid and of no force and effect;

iii) The Acts of the Manitoba Legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect (*i.e.* current Acts) are deemed to have temporary validity and force and effect from the date of this judgment to the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing;

iv) Rights, obligations and any other effects which have arisen under current Acts, and purportedly repealed or spent Acts, of the Legislature of Manitoba, which are not saved by the *de facto* doctrine or doctrines such as *res judicata* and mistake of law, are deemed temporarily to have been, and to continue to be, valid, and of force and effect until the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing;

v) The Court will, at the request of either the Attorney General of Canada or the Attorney General of Manitoba, made within one hundred and twenty days of the date of this judgment, establish the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of (1) unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force were it not for their constitutional defect, and (2) the unilingual repealed and spent Acts of the Legislature of Manitoba. Following such a request, a special hearing will be set and submissions will be accepted from the Attorney General of Canada and the Attorney General of Manitoba and the other interveners.

vi) *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes,*

## VIII

Conclusions

i) L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont impératifs;

ii) Toutes les lois de la législature du Manitoba qui n'ont pas été imprimées et publiées en anglais et en français sont invalides et inopérantes et l'ont toujours été;

iii) Les lois de la législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel (*c.-à-d.* les lois actuelles), sont réputées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier;

iv) Les droits, obligations et tous autres effets qui ont découlé des lois actuelles ou des lois apparemment abrogées et périmées de la législature du Manitoba et qui ne sont pas sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou de principes comme ceux de la chose jugée et de l'erreur de droit, sont réputés temporairement avoir été valides et opérantes et continuer de l'être jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier ces lois;

v) À la demande du procureur général du Canada ou du procureur général du Manitoba, faite dans les cent vingt jours de la date du présent jugement, la Cour fixera le délai minimum requis pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier (1) les lois unilingues de la législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel et (2) les lois unilingues abrogées ou périmées de la législature du Manitoba. Suite à cette demande, une audition spéciale sera fixée et le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et les autres intervenants seront invités à soumettre des mémoires.

vi) *La Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1980*

1980 (Man.), c. 3, is invalid and of no force and effect in its entirety if it was not enacted, printed, and published in both official languages. In any event, ss. 1 to 5 are invalid and of no force and effect.

(Man.), chap. 3, est totalement invalide et inopérante si elle n'a pas été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles. De toute façon, les art. 1 à 5 sont invalides et inopérants.

a

## IX

Answer to the Questions*Question 1*

“Are the requirements of section 133 of the Constitution Act, 1867 and of section 23 of the Manitoba Act, 1870 respecting the use of both the English and French languages in

- (a) the Records and Journals of the Houses of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba, and
- (b) the Acts of the Parliament of Canada and of the Legislatures of Quebec and Manitoba

mandatory?”

*Answer:*

Yes.

*Question 2*

“Are those statutes and regulations of the Province of Manitoba that were not printed and published in both the English and French languages invalid by reason of section 23 of the Manitoba Act, 1870?”

*Answer:*

Yes, but, for the reasons given by the Court, the invalid current Acts of the Legislature will be deemed temporarily valid for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

*Question 3*

“If the answer to question 2 is affirmative, do those enactments that were not printed and published in English and French have any legal force and effect, and if so, to what extent and under what conditions?”

## IX

Réponse aux questions*Question n° 1*

«Les obligations imposées par l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et par l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, relativement à l'usage du français et de l'anglais dans:

- a) les archives, procès-verbaux et journaux des chambres du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba, et
- b) les actes du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba

sont-elles impératives?»

*Réponse:*

Oui.

*Question n° 2*

«Est-ce que les dispositions de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba rendent invalides les lois et les règlements de la province du Manitoba qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française?»

*Réponse:*

Oui, mais pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature qui sont invalides seront réputées temporairement valides pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

*Question n° 3*

«Dans l'hypothèse où il a été répondu par l'affirmative à la question n° 2, les textes législatifs qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française sont-ils opérants et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et à quelles conditions?»

*Answer:*

The Acts of the Legislature that were not enacted, printed and published in English and French have no legal force and effect because they are invalid, but, for the reasons given by the Court, the current Acts of the Legislature will be deemed to have temporary force and effect for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

*Question 4*

“Are any of the provisions of An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, enacted by S.M. 1980, Ch. 3, inconsistent with the provisions of section 23 of the Manitoba Act, 1870, and if so are such provisions, to the extent of such inconsistency, invalid and of no legal force and effect?”

*Answer:*

If *An Act respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes* enacted by S.M. 1980, Ch. 3, was not enacted, printed and published in both official languages, then it is invalid and of no force and effect in its entirety.

If it was enacted, printed and published in both official languages, then ss. 1 to 5 are invalid and of no force and effect.

*The questions referred to were answered as follows:*

*Question 1:—Yes.*

*Question 2:—Yes, but, for the reasons given by the Court, the invalid current Acts of the Legislature will be deemed temporarily valid for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.*

*Question 3:—The Acts of the Legislature that were not enacted, printed and published in English and French have no legal force and effect because*

*Réponse:*

Les lois de la Législature qui n'ont pas été adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais sont inopérantes pour cause d'invalidité mais, pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature seront réputées temporairement opérantes pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

*Question n° 4*

«Est-ce que l'une ou l'autre des dispositions de la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, constituant le chapitre 3 des Statuts du Manitoba de 1980, sont incompatibles avec les dispositions de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et, dans l'affirmative, est-ce que les dispositions considérées sont, dans la mesure de l'incompatibilité, invalides et inopérantes?»

*Réponse:*

Si la *Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs*, promulguée à S.M. 1980, chap. 3, n'a pas été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles, alors elle est totalement invalide et inopérante.

Si la Loi a été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles, alors les art. 1 à 5 sont invalides et inopérants.

*Les questions soumises reçoivent les réponses suivantes:*

*Question n° 1:—Oui.*

*Question n° 2:—Oui, mais pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature qui sont invalides seront réputées temporairement valides pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.*

*Question n° 3:—Les lois de la Législature qui n'ont pas été adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais sont inopérantes pour cause d'in-*

they are invalid, but, for the reasons given by the Court, the current Acts of the Legislature will be deemed to have temporary force and effect for the minimum period <sup>a</sup> of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

Question 4:—If An Act Respecting the Operation <sup>b</sup> of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, enacted by S.M. 1980, Ch. 3, was not enacted, printed and published in both official languages, then it is invalid and <sup>c</sup> of no force and effect in its entirety.

If it was enacted, printed and published in both official languages, <sup>d</sup> then ss. 1 to 5 are invalid and of no force and effect.

Solicitor for the Attorney General of Canada:  
R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the Société franco-manitobaine:  
Joseph E. Magnet, Ottawa.

Solicitor for the Fédération des francophones hors Québec: Gérald-A. Beaudoin, Hull.

Solicitors for the Attorney General of Quebec:  
Jean-K. Samson and André Binette, Ste-Foy.

Solicitor for Roger Bilodeau: Vaughan L. Baird, Winnipeg.

Solicitor for Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitor for the Freedom of Choice Movement: <sup>h</sup> Walter J. Roustan, Montréal.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba:  
R. H. Tallin, Winnipeg.

Solicitor for Douglas L. Campbell, James A. <sup>i</sup> Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz and Patricia Maltman:  
D. C. H. McCaffrey, Winnipeg.

validité mais, pour les motifs exposés par la Cour, les lois actuelles de la Législature seront réputées temporairement opérantes pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

Question n° 4:—Si la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, promulguée à S.M. 1980, chap. 3, n'a pas été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles, alors elle est totalement invalide et inopérante.

Si la Loi a été adoptée, imprimée et publiée dans les deux langues officielles, alors les art. 1 à 5 sont invalides et inopérants.

Procureur du procureur général du Canada: <sup>e</sup> R. Tassé, Ottawa.

Procureur de la Société franco-manitobaine:  
Joseph E. Magnet, Ottawa.

Procureur de la Fédération des francophones <sup>f</sup> hors Québec: Gérald-A. Beaudoin, Hull.

Procureurs du procureur général du Québec:  
Jean-K. Samson et André Binette, Ste-Foy.

Procureur de Roger Bilodeau: Vaughan L. <sup>g</sup> Baird, Winnipeg.

Procureur d'Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Procureur du Mouvement de la liberté de choix: <sup>h</sup> Walter J. Roustan, Montréal.

Procureur du procureur général du Manitoba:  
R. H. Tallin, Winnipeg.

Procureur de Douglas L. Campbell, James A. <sup>i</sup> Richardson, Cecil Patrick Newbound, Russell Doern, Herbert Schulz et Patricia Maltman: D. C. H. McCaffrey, Winnipeg.





**Deloitte Haskins and Sells Limited**  
*Appellant;*

and

**The Workers' Compensation Board**  
*Respondent;*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General for Alberta, Attorney General of Nova Scotia, Workers' Compensation Board of New Brunswick, Workers' Compensation Board of Ontario, Workers' Compensation Board of British Columbia and Workers' Compensation Board of the Yukon**  
*Intervenors.*

File No.: 17587.

1983: December 14; 1985: June 13.

Present: Laskin C.J.\* and Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Bankruptcy — Assessments owed provincial board given secured status by provincial statute — Lesser status and priority accorded under Bankruptcy Act — Whether or not conflict — Whether or not provincial provision inoperative — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50(6), 107(1)(h) — The Workers' Compensation Act, 1973 (Alta.), c. 87, s. 78(4).*

Respondent Board claimed unpaid assessments owing under *The Workers' Compensation Act* from an employer and filed a proof of claim as secured creditor following the employer's declaration in bankruptcy. Appellant, which was the trustee in bankruptcy, sold the assets, settled a bank claim and applied the balance to its own fees rather than to the Board's claim. Both lower court's accepted the Board's argument that the Board was a secured creditor, with a higher priority than a trustee's fees, because of the operation of the provincial statute which created a charge on the employer's property to the extent of the moneys owed. The trustee contended that, notwithstanding the provincial statute, the Board should be accorded the status of preferred

\* Laskin C.J. and Ritchie J. took no part in the judgment.

**Deloitte Haskins and Sells Limited**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **The Workers' Compensation Board** *Intimée;*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Commission des accidents du travail du Nouveau-Brunswick, Commission des accidents du travail de**  
<sup>c</sup> **l'Ontario, Workers' Compensation Board of British Columbia et Workers' Compensation Board of the Yukon** *Intervenants.*

N° du greffe: 17587.

<sup>d</sup> 1983: 14 décembre; 1985: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin\* et les juges Ritchie\*, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Faillite — Loi provinciale accordant à des cotisations dues à une commission provinciale le statut de créances garanties — Loi sur la faillite accordant un statut et un rang inférieurs — Y a-t-il conflit? — La disposition provinciale est-elle inopérante? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50(6), 107(1)(h) — The Workers' Compensation Act, 1973 (Alb.), chap. 87, art. 78(4).*

La Commission intimée a réclamé à un employeur des cotisations impayées dues en vertu de *The Workers' Compensation Act* et a déposé une preuve de réclamation à titre de créancière garantie à la suite de la déclaration de faillite de l'employeur. L'appelante qui était syndic de la faillite a vendu l'actif, a réglé une réclamation de la banque et a affecté le solde à ses honoraires plutôt qu'à la réclamation de la Commission. Les deux cours d'instance inférieure ont accepté l'argument de la Commission selon lequel elle était une créancière garantie dont la réclamation avait priorité sur les honoraires d'un syndic à cause de l'application d'une loi provinciale qui crée une charge sur les biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la somme due. Le syndic

\* Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie n'ont pas pris part au jugement.

creditor pursuant to the *Bankruptcy Act* and therefore have a lower priority than the fees of a trustee in bankruptcy. The constitutional question before this Court was whether or not s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* conflicted with s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*, such as to render inoperative s. 78(4).

*Held* (Estey J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson, Beetz and Chouinard JJ.: Section 78(4) of *The Workers' Compensation Act* is valid legislation that can stand alone and have its own legitimate spheres of influence independent of that of s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

In the case of bankruptcy s. 107(1)(h) disposes of the matter.

The constitutional question must be answered in the affirmative: s. 78(4) is inoperative in a bankruptcy situation.

*Per* McIntyre, Lamer and Wilson JJ.: A claimant in bankruptcy cannot claim by virtue of a provincial Act to be a secured creditor within the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and thereby avoid the priority accorded by s. 107(1). A contrary interpretation of s. 107(1) would effectively allow the provinces to determine priorities on bankruptcy—a matter within exclusive federal jurisdiction. Since the provincial legislation does not purport to deal with a bankruptcy situation it can and should be construed in accordance with the presumption of constitutionality as inapplicable to such a situation. The paramountcy doctrine only applies if there is direct conflict between the federal and provincial laws. When properly construed s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* does not conflict with s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Absent such direct conflict both provisions can stand and have their own proper spheres of influence.

*Per* Estey J. dissenting: The distribution scheme of a debtor's estate, as adopted by Parliament, did not affect the legal consequences and status of the secured charge created by provincial legislation. A claimant is excepted from the distribution of s. 107 of the *Bankruptcy Act* by the opening words in subs. (1) if the provincial legislation creates a charge which falls within the definition of s. 2 and if the appropriate paragraph under s. 107(1) does not reduce the status of secured creditor to that of preferred creditor. Parliament, while it has the exclusive authority to determine priorities in the event of bank-

a soutenu que, notwithstanding la loi provinciale, la Commission devrait avoir le statut de créancière privilégiée en vertu de la *Loi sur la faillite* et que, par conséquent, sa réclamation prendrait rang après les honoraires du syndic de la faillite. La question constitutionnelle soumise à cette Cour soulève la question de savoir si l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* entre en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* de façon à le rendre inopérant.

*Arrêt* (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* Dickson, Beetz et Chouinard: Le paragraphe 78(4) de *The Workers' Compensation Act* est une disposition législative valide qui peut subsister seule et avoir sa sphère légitime d'application indépendamment de l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

En cas de faillite, l'al. 107(1)(h) règle la question.

La question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative: le par. 78(4) est inopérant en cas de faillite.

*Les juges* McIntyre, Lamer et Wilson: Un créancier de la faillite ne peut réclamer en vertu d'une loi provinciale le statut de créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence éviter la priorité qu'accorde le par. 107(1). Une interprétation contraire du par. 107(1) permettrait effectivement aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence exclusive du fédéral. Puisque la loi provinciale ne vise pas le cas de faillite, on peut et doit l'interpréter comme inapplicable à cette situation selon la présomption de constitutionnalité. Le principe de la prépondérance s'applique seulement en cas de conflit direct entre la loi fédérale et la loi provinciale. Quand on l'interprète correctement, le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* n'entre pas en conflit avec l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Comme il n'y a pas de conflit direct, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application.

*Le juge* Estey, dissident: Le plan de répartition de l'actif d'un débiteur qu'a établi le Parlement est sans effet sur les conséquences et la situation juridiques d'une charge garantie créée par une loi provinciale. Un créancier est exclu de la répartition prévue à l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* par les premiers mots du par. (1) si la loi provinciale crée une charge qui relève de la définition de l'art. 2 et si aucun alinéa du par. 107(1) ne s'applique de manière à imposer au créancier garanti le rang inférieur de créancier privilégié. Bien que le Parlement ait compétence exclusive pour déterminer l'ordre de

ruptcy and while it can relegate a secured creditor to a lesser status if it chooses to do so, has not reduced respondent's status in these circumstances. Respondent therefore ranks as a secured creditor.

#### Cases Cited

By the majority

*Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187; *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] S.C.R. 676; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253, affirming *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176, considered; *Davis v. Workers' Compensation Board*, [1980] 2 W.W.R. 349; *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238; *Re R. A. Nelson Construction Ltd.* (1966), 8 C.B.R. (N.S.) 221; *Re Trinel Office Products Ltd.; Workers' Compensation Board of Alberta v. Davis* (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 248; *Workers' Compensation Board v. Kinross Mortgage Corporation*, [1982] 1 W.W.R. 87; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, referred to.

By the minority

*Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238; *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] S.C.R. 676; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253, affirming *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 50(6), 107(1)(h), (j).  
*Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, s. 30.  
*Workers' Compensation Act*, 1973 (Alta.), c. 87, s. 78(4)(a), (b).

collocation en cas de faillite et qu'il puisse, s'il le juge bon, reléguer un créancier garanti à un rang inférieur, il n'a pas modifié le rang de l'intimée en l'espèce. L'intimée a donc le rang de créancier garanti.

#### <sup>a</sup> Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts examinés: *Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187; *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] R.C.S. 676; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253, confirmant *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; arrêts mentionnés: *Davis v. Workers' Compensation Board*, [1980] 2 W.W.R. 349; *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238; *Re R. A. Nelson Construction Ltd.* (1966), 8 C.B.R. (N.S.) 221; *Re Trinel Office Products Ltd.; Workers' Compensation Board of Alberta v. Davis* (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 248; *Workers' Compensation Board v. Kinross Mortgage Corporation*, [1982] 1 W.W.R. 87; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054.

Citée par la minorité

*Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238; *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] R.C.S. 676; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253, confirmant *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.

#### <sup>i</sup> Lois et règlements cités

*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 50(6), 107(1)(h), (j).  
*Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 30.  
*Workers' Compensation Act*, 1973 (Alb.), chap. 87, art. 78(4)a, b).

## Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswells, 1977.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1983] 3 W.W.R. 587, 144 D.L.R. (3d) 525, 25 Alta. L.R. (2d) 57, 43 A.R. 241, dismissing an appeal from a judgment of Hope J. Appeal allowed, Estey J. dissenting.

*L. N. Boddy* and *M. J. McCabe*, for the appellants.

*J. Douglas Carr*, for the respondent.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *Susan Clarke*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*William Henkel, Q.C.*, for the interveners the Attorney General for Alberta.

*Gordon D. Gillis*, for the interveners the Attorney General of Nova Scotia.

*Levi E. Clain* and *Catherine Walsh*, for the interveners Workers' Compensation Board of New Brunswick.

*A. M. Austin*, for the interveners Workers' Compensation Board of Ontario.

*Gerald Massing*, for the interveners Workers' Compensation Board of British Columbia.

*Don Kidd*, for the interveners Workers' Compensation Board of the Yukon.

The judgment of Dickson, Beetz and Chouinard JJ. was delivered by

CHOUINARD J.—I agree with Madame Justice Wilson that s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* [1973 (Alta.), c. 87] and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* [R.S.C. 1970, c. B-3] can stand and have their own legitimate spheres of operation.

That section 78(4) is perfectly valid legislation is, in my view, beyond dispute.

There is nothing in the Act however to suggest that s. 78(4) would not apply in a bankruptcy situation. Were it not for the *Bankruptcy Act* it would undoubtedly apply. It is not because of

## Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswells, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1983] 3 W.W.R. 587, 144 D.L.R. (3d) 525, 25 Alta. L.R. (2d) 57, 43 A.R. 241, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Hope. Pourvoi accueilli, le juge Estey est dissident.

*L. N. Boddy* et *M. J. McCabe*, pour l'appelante.

*J. Douglas Carr*, pour l'intimée.

*T. B. Smith, c.r.*, et *Susan Clarke*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Gordon D. Gillis*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Levi E. Clain* et *Catherine Walsh*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail du Nouveau-Brunswick.

*A. M. Austin*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

*Gerald Massing*, pour l'intervenante Workers' Compensation Board of British Columbia.

*Don Kidd*, pour l'intervenante Workers' Compensation Board of the Yukon.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz et Chouinard rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Je suis d'accord avec Madame le juge Wilson pour dire que le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* [1973 (Alb.), chap. 87] et l'al. 170(1)h) de la *Loi sur la faillite* [S.R.C. 1970, chap. B-3] peuvent subsister et qu'ils ont chacun leur sphère légitime d'application.

Il est à mon avis indiscutable que le par. 78(4) est une disposition législative valide.

Toutefois, rien dans la Loi ne suggère que le par. 78(4) ne s'applique pas en cas de faillite. À défaut de la *Loi sur la faillite*, il s'appliquerait indubitablement. Si le par. 78(4) ne s'applique pas

anything inherent in s. 78(4) that it has no application in a bankruptcy but because of s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which disposes of the matter.

In the result I am of the view, with respect, that the constitutional question must be answered in the affirmative: s. 78(4) is inoperative in a bankruptcy situation.

I would otherwise dispose of the appeal in the manner proposed by Madame Justice Wilson.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—As the judgment of my colleague Wilson J. has set out the facts and the relevant provisions in the provincial and federal legislation, it is not necessary to repeat those matters here. The following constitutional question was stated by order of the Chief Justice of Canada dated May 19, 1983:

Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 conflict with s. 78(4) of the *Workers' Compensation Act*, 1973 (Alta) c. 87, such as to render inoperative s. 78(4)?

I would dismiss the appeal on the basis of interpretation of the bankruptcy statute and therefore find it unnecessary to answer the constitutional question or indeed to inquire into the constitutional basis under either the *Bankruptcy Act*, *supra*, or *The Workers' Compensation Act*, *supra*. The issue is not whether the Parliament of Canada could regulate the effect in law of the Alberta statute for the purposes of bankruptcy procedures but rather, has the Parliament of Canada done so with reference to a charge arising under the provincial compensation statute. The result of course amounts to the same thing as answering the constitutional question in the negative.

The provincial Act, s. 78(4)(a) clearly and validly establishes a charge against the property of a delinquent employer. The section in part states:

78. ...

(4) ... the amount due to the Board by an employer upon any assessment made under this Act ...

en cas de faillite, ce n'est pas à cause de quelque chose d'inhérent à ce paragraphe, mais à cause de l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* qui règle la question.

<sup>a</sup> En définitive, je suis d'avis, avec égards, que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative: le par. 78(4) est inopérant en cas de faillite.

<sup>b</sup> Pour le reste, je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose Madame le juge Wilson.

Version française des motifs rendus par

<sup>c</sup> LE JUGE ESTEY (*dissentant*)—Comme ma collègue le juge Wilson a exposé les faits et reproduit les dispositions pertinentes des lois provinciale et fédérale, point n'est besoin de les répéter ici. Par ordonnance du Juge en chef du Canada rendue le 19 mai 1983, la question constitutionnelle a été ainsi formulée:

<sup>d</sup> L'alinéa 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, 1973 (Alb.), chap. 87, de façon à le rendre inopérant?

<sup>e</sup> Me fondant sur l'interprétation de la loi en matière de faillite, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle ni même d'en examiner le fondement constitutionnel soit en vertu de la *Loi sur la faillite*, précitée, ou de *The Workers' Compensation Act*, précitée. En fait, la question n'est pas de savoir si le Parlement du Canada peut, aux fins de la procédure de faillite, déterminer la portée juridique de la loi albertaine en matière d'indemnisation des accidents du travail, mais plutôt de savoir s'il en a limité la portée relativement à une charge créée par cette loi. Il va sans dire que ma conclusion équivaut à une réponse négative à la question constitutionnelle.

<sup>f</sup> L'alinéa 78(4)a de la loi provinciale établit clairement et valablement une charge grevant les biens d'un employeur en défaut. Cet alinéa porte notamment:

[TRADUCTION] 78. ...

<sup>g</sup> (4) ... le montant dû à la Commission par un employeur au titre d'une cotisation établie en vertu de la présente loi ...

(a) is a charge upon the property or proceeds of property of the employer . . . .

The reach of that charge in law is further elaborated on in para. (b) of this section where it is given priority over all “. . . liens, charges, mortgages or other encumbrances whatsoever . . . .” The nature of this charge having been clearly established in the law, the second and determinative question is: how is this charge treated by the Parliament of Canada in the *Bankruptcy Act*, *supra*, as regards the distribution of the estate of a bankrupt? Section 2 of the *Bankruptcy Act* defines a secured creditor as follows:

“secured creditor” means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based upon, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and upon which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

It is to be noted at once that in defining a secured creditor Parliament has not made any exception for charges or other security established by provincial statute either generally or specifically with reference to those statutes of the provinces which are named in s. 107 of the Act.

In section 107 Parliament has established a “Scheme of Distribution” for the assets of the estate of a bankrupt. The detailed scheme is introduced as follows:

**107. (1)** Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(Emphasis added.)

The scheme of distribution is entirely predicated upon the prior rights of secured creditors. There is nothing in the use of the term “secured creditors” in the opening of this plan of distribution of a bankrupt’s assets to indicate that Parliament did not intend to incorporate into s. 107 the statutory definition of that term.

a) grève les biens ou le produit des biens de l’employeur . . .

La nature juridique de cette charge est précisée davantage à l’al. b) du même article qui lui donne priorité sur tout [TRADUCTION] «. . . privilège, charge, hypothèque ou autre sûreté . . . » Le caractère de cette charge ayant été clairement établi par la loi, il faut se poser une seconde question qui est déterminante: aux fins de la répartition de l’actif d’un failli, quelle est la situation de cette charge dans le contexte de la *Loi sur la faillite* fédérale, précitée? À l’article 2 de la *Loi sur la faillite*, le terme «créancier garanti» est ainsi défini:

«créancier garanti» signifie une personne détenant un *mortgage*, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d’une dette échue ou à échoir, ou une personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n’est responsable qu’indirectement ou secondairement;

Notons d’abord que dans sa définition d’un créancier garanti, le Parlement ne crée pas d’exception générale ou particulière à l’égard d’une charge ou d’une autre garantie établie par une loi provinciale visée à l’art. 107 de la Loi.

À l’article 107, le Parlement prévoit un «Plan de répartition» de l’actif d’un failli. Il s’agit d’un plan détaillé qui débute par ces termes:

**107. (1)** Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d’un failli doivent être distribués d’après l’ordre de priorité de paiement suivant:

(C’est moi qui souligne.)

Le plan de répartition est fondé entièrement sur le droit de priorité des créanciers garantis. Rien n’indique dans l’utilisation de l’expression «créanciers garantis» au début de ce plan de répartition de l’actif d’un failli que le Parlement n’a pas voulu incorporer à l’art. 107 la définition légale de cette expression.

The priorities of claimants other than secured creditors is then established by paras. (a) to (j) of s. 107(1). We are here concerned with para. (h) which provides as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*;

It will be noted again that this paragraph does not refer to charges created under *The Workers' Compensation Act*, nor does the paragraph make any reference such as "notwithstanding any secured claim arising thereunder". Nor does Parliament refer back to the exception of secured creditors in the opening of the subsection or to the definition of "secured creditor" in s. 2, *supra*. The issue, in my respectful view, is not whether the Workers' Compensation Board of a province can create the status of secured creditor which can be recognized in bankruptcy proceedings, but whether the bankruptcy procedures as laid out by the Parliament of Canada recognize a secured creditor status as created under *The Workers' Compensation Act* of Alberta. The natural sequence, in my view, is that the provincial statute is examined to determine the character of the status of the claim in provincial law. The federal Act is then examined to determine whether the provincial claim so established will be recognized as a secured claim or otherwise in the bankruptcy scheme adopted by Parliament.

The Alberta Court of Appeal some time ago in *Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298, concluded that the then equivalent of s. 78(4) of the Alberta statute established a floating charge covering all of the employers' property which crystallized into a fixed charge upon perfection pursuant to the terms of the statute. Such a fixed charge created by valid legislation is clearly included in s. 2, *supra*. Here the Board did indeed perfect its secured claim by placing a Distress Warrant in the hands of the appropriate Sheriff, and further by

L'ordre de collocation des créanciers chirographaires est établi par les al. a) à j) du par. 107(1). En l'espèce, c'est l'al. h) qui nous intéresse. En voici le texte:

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, *pari passu*;

Là encore, il est à noter que cet alinéa ne parle pas de charges créées par *The Workers' Compensation Act* ni ne contient d'expression du genre «nonobstant toute créance garantie résultant d'une telle loi». De plus, le Parlement ne renvoie ni à l'exception créée à l'égard des créanciers garantis au début du par. 107(1) ni à la définition du terme «créancier garanti» que donne l'art. 2, précité. J'estime, avec égards, que la question n'est pas de savoir si la commission des accidents du travail d'une province a compétence pour créer une catégorie de créanciers garantis qui peuvent être reconnus en tant que tels dans des procédures de faillite, mais de savoir si les procédures de faillite prévues par le législateur fédéral reconnaissent le statut de créancier garanti issu de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta. Selon moi, il est bien normal d'examiner d'abord la loi provinciale afin de déterminer la nature de la réclamation en droit provincial. Puis, il faut étudier la loi fédérale pour établir si la réclamation fondée sur la loi provinciale sera ou non considérée comme une créance garantie dans le contexte de la loi fédérale en matière de faillite.

La Cour d'appel de l'Alberta a conclu il y a quelques années dans l'arrêt *Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298, que la disposition qui correspondait à l'actuel par. 78(4) de la loi albertaine créait une charge générale sur tous les biens de l'employeur et que celle-ci se transformait en un privilège spécial dès qu'elle devenait parfaite aux termes de la loi. C'est manifestement ce genre de charge générale créée par une loi valide que vise l'art. 2, précité. En l'espèce, la Commission a bel et bien parfait sa créance garantie en produisant

registration in the Land Titles Office in Edmonton, prior to the assignment in bankruptcy under which the appellant has been appointed as trustee.

It is not surprising to find a statement by Parliament in the *Bankruptcy Act* which recognizes the continued existence of substantive provisions in other law. I refer to s. 50(6):

50. ...

(6) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by such law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

The reference to the entitlement of the trustee to avail himself of such other laws cannot be read as an indirect directive from Parliament that creditors may not do likewise.

It is said that this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35, has so construed s. 107 as to reduce the respondent's charge to a preferred claim. With respect I do not believe such to be the case. The Court was there concerned with s. 107(1)(j) which read as follows:

107. (1) ...

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

Parliament was there concerned with claims of the Crown not previously mentioned. The claim of the Board here was, of course, mentioned in para. (h) ranking in priority to para. (j). The principal distinguishing feature between these two paragraphs is, however, the rider at the end of para. (j) which expressly mandates that distribution shall be "*pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary". There is, of course, no such directive, express or implicit, in para. (h)

une saisie-gagerie auprès du shérif compétent et aussi par l'enregistrement de la créance au bureau des titres de biens-fonds à Edmonton, avant la cession des biens et la déclaration de faillite par la suite desquelles l'appelante a été nommée syndic.

Il n'est pas surprenant que le Parlement dise dans la *Loi sur la faillite* que les dispositions de fond d'autres lois continuent de s'appliquer. Cette déclaration se trouve au par. 50(6), dont voici le texte:

50. ...

(6) Les dispositions de la présente loi ne sont pas censées abroger ou remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec les dispositions de la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

On ne saurait donc conclure qu'en autorisant le syndic à se prévaloir d'autres lois, le Parlement interdit indirectement aux créanciers d'en faire autant.

On prétend que, selon l'interprétation donnée à l'art. 107 par cette Cour dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35, la charge de l'intimée n'est qu'une réclamation privilégiée. Avec égards, je ne crois pas qu'il en soit ainsi. Dans l'affaire *Re Bourgault*, il était question de l'al. 107(1)(j) qui est ainsi rédigé:

107. (1) ...

(j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

Là, le législateur vise les réclamations non précédemment mentionnées de la Couronne. La réclamation de la Commission en l'espèce est évidemment mentionnée à l'al. h) et prend donc rang avant les réclamations prévues à l'al. j). Toutefois, l'al. j) se distingue principalement de l'al. h) par sa disposition finale qui prévoit expressément que la répartition doit s'effectuer "*pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire". Bien entendu, l'al. h) ne contient aucune disposition



with reference to indebtedness under any workmen's compensation legislation. Pigeon J., writing for the majority in *Re Bourgault*, explicitly stated, at p. 44, that "the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j)". Later in the judgment His Lordship stated, at pp. 44-45:

There is of course a contradiction between the reservation at the outset of the rights of secured creditors which include privileges and "notwithstanding any statutory preference . . ." However, it is certainly clear that the reservation is a general rule and the "notwithstanding" an exception which takes precedence wherever applicable.

There may be comments in the majority judgment which can be extended to refer to a broader base for the disposition there made by the Court but, in my view, those comments are unnecessary to the decision of the case and are clearly disavowed by Pigeon J. in his several references to the precise and unique wording of para. (j). For example, at p. 44:

It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax.

and at p. 43:

Due to the "notwithstanding", I find it even clearer in para. 107(1)(j) that the federal Parliament intended to deal with the preferential rights of the federal and provincial tax collectors, just as it intended in para. 107(1)(e) and (f) to define those of municipal corporations and of lessors.

Paragraph (h) was before the British Columbia Court of Appeal in *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238. Wilson J.A., speaking for a unanimous court, held at p. 244:

The argument is that this allocation by Parliament to the Workmen's Compensation Board of the status of a preferred creditor of the eighth class deprives it of the position given it by provincial law as the holder of the senior charge on the property involved. I cannot accept

expresse ou implicite de ce genre relativement à une dette créée par une loi en matière d'accidents du travail. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité dans l'arrêt *Re Bourgault*, déclare explicitement, à la p. 44, que «c'est . . . à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) qu'il faut s'arrêter». Puis, aux pp. 44 et 45, il affirme:

Il y a évidemment contradiction entre la réserve des droits du «créancier garanti» par privilège et le «nonobstant tout privilège». Mais n'est-il pas assez clair que la réserve est la règle générale et le «nonobstant», une exception qui doit prévaloir pour ce qui en fait l'objet?

On pourrait voir dans certaines observations de la majorité un fondement plus large de la conclusion retenue par la Cour mais, à mon avis, ces observations ne sont pas utiles pour régler l'affaire et elles sont clairement rejetées par le juge Pigeon lorsqu'il mentionne à plusieurs reprises le caractère à la fois précis et unique du texte de l'al. j). Il dit, par exemple, à la p. 44:

Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu.

À la page 43, il affirme:

À cause du «nonobstant» il me paraît encore plus clair que le législateur fédéral a entendu déterminer par l'al. 107(1)(j) les droits privilégiés du fisc fédéral et provincial, tout comme il a entendu régler par les al. 107(1)(e) et (f) ceux des municipalités et des bailleurs.

Dans l'affaire *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était appelée à étudier l'al. h). Le juge Wilson, qui a rédigé les motifs du jugement unanime de la cour, a conclu, à la p. 244:

[TRADUCTION] On fait valoir que, le Parlement lui ayant conféré la qualité de créancier privilégié de la huitième catégorie, la Commission des accidents du travail ne peut bénéficier de la charge de premier rang que lui accorde la loi provinciale sur les biens en cause.

this as correct. The rights stated in s. 95 are expressly made subject to the primary rights of secured creditors. If Parliament had intended to deprive the Workmen's Compensation Board of the position of secured creditor which is given it by s. 2(r) of the Bankruptcy Act, Parliament would have said so in explicit language. No member of any of the classes of persons listed in the scheme of distribution in s. 95 is to be taken, by reason of his being named in that section, as deprived of the benefit of any security he may hold.

In *Re Bourgault, supra*, Pigeon J. commented on that case by noting that the British Columbia court made no reference to an earlier case of this Court (*Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] S.C.R. 676, dealing with a landlord's privilege under the Quebec *Civil Code*), and then added: "... and the wording of the paragraph [para. (h)] is also quite different", that is from para. (j) then before the Court. It should be noted in passing that *Re Gingras Automobile Ltée, supra*, was concerned with the status of a claim by a landlord for arrears of rent under the secured creditor definition in the *Bankruptcy Act*. The Court came to the conclusion that the landlord's claim under the Quebec *Civil Code* was not a secured interest which fell within the definition of secured creditor in the *Bankruptcy Act*. This, of course, is very different from the nature of the charge held by the respondent in these proceedings.

The Nova Scotia courts in *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176, (on appeal *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253) concluded that a charge under the *Workers' Compensation Act* of Nova Scotia did not qualify under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* as a secured claim. With reference to that decision, I respectfully adopt the comments of Lieberman J. in the court below in the case at bar:

In my view *Re Bourgault* and *Re Black Forest* are distinguishable from the case at bar and are not authority for the proposition that a claimant whose claim falls

Je ne puis retenir cet argument. Il est expressément prévu que les droits des créanciers garantis prennent rang avant les droits énoncés à l'art. 95. Si le Parlement avait voulu priver la Commission des accidents du travail de la qualité de créancier garanti que lui reconnaît l'al. 2r) de la *Loi sur la faillite*, il l'aurait dit en des termes explicites. Il faut se garder de conclure qu'une personne comprise dans l'une des catégories énumérées dans le plan de répartition de l'art. 95 perd de ce fait l'avantage de toute garantie qu'elle peut posséder.

Dans l'arrêt *Re Bourgault*, précité, le juge Pigeon fait remarquer relativement à l'arrêt *Re Clemenshaw* que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait passé sous silence un arrêt antérieur de cette Cour (*Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] R.C.S. 676, portant sur le privilège du bailleur sous le régime du *Code civil* du Québec); puis, il ajoute: « ... et le texte de l'alinéa [al. h)] est rédigé différemment», c'est-à-dire qu'il est différent de celui de l'al. j) sur lequel la Cour avait à se prononcer. Je souligne en passant que, dans l'arrêt *Re Gingras Automobile Ltée*, précité, il s'agissait d'un propriétaire qui, invoquant sa qualité de créancier garanti au sens de la définition figurant dans la *Loi sur la faillite*, réclamait un arriéré de loyers. La Cour a conclu que la réclamation du propriétaire, fondée sur le *Code civil* du Québec, n'était pas une créance garantie visée par la définition de créancier garanti dans la *Loi sur la faillite*. Bien entendu, cette créance n'est pas du tout la même chose que la charge dont il s'agit dans la présente instance.

Dans l'affaire *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (en appel *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253), les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont conclu qu'une charge créée par la *Workers' Compensation Act* de la Nouvelle-Écosse ne constituait pas une créance garantie aux fins du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. À ce propos, j'adopte, avec égards, les observations faites dans la présente espèce par le juge Lieberman de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] À mon avis, les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest* se distinguent de l'espèce et ne consacrent pas le principe qu'un créancier dont la récla-

within s. 107 cannot be a "secured creditor" even if the claim satisfies the requirements of s. 2. The *Workers' Compensation Act* of Nova Scotia provides that the claim of the Board establishes a lien against the assets of the employer without the Board having to perform an overt act, whereas in the Alberta legislation (s. 78(4)) a floating charge is created which becomes a proprietary interest only after the Board has performed overt acts of filing the certificate and initiating distress proceedings. The Board in this case has performed those overt acts and in my view it has caused a floating charge to be crystallized in accordance with s. 78(4) of the *Workers' Compensation Act*. The claim thus comes within the definition of "secured creditor" in s. 2 of the *Bankruptcy Act*.

The Nova Scotia case and the comments upon it in the court below further illustrate the proper interrelationship between the provincial and the federal legislation where bankruptcy takes place. It is not a case where provincial legislation, by creating a secured and fixed charge, defeats a scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. It is quite the reverse. The relevant question is whether the scheme of distribution of a debtor's estate as adopted by Parliament affects the legal consequences and status of a secured charge created by provincial legislation. If the provincial legislation creates a charge which falls within the definition of s. 2, and if the appropriate paragraph under s. 107(1) does not reduce the status of the secured creditor to that of a preferred creditor, then the claimant is excepted from the distribution of s. 107 by the opening words in subs. (1). It is not because the provincial legislature has defeated or subverted the federal statutory scheme. It is because the federal scheme recognizes the provincially legislated charge which gives the claimant the status of a secured creditor. It is, in my view, quite contrary to law to translate this interrelationship between the provincial and the federal statutes as elevating the provinces to the position where they may determine priorities in the event of a bankruptcy. This is undoubtedly the exclusive domain of the Parliament of Canada. Parliament can, as it did in para. (j), relegate a secured creditor to a lesser status if it chooses so to do. It has not chosen to do so in para. (h) and until Parliament does so, persons claiming, in the cir-

mation est visée par l'art. 107 ne peut être un «créancier garanti» même si la réclamation répond aux exigences de l'art. 2. La *Workers' Compensation Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit que la réclamation de la Commission constitue un privilège sur les biens de l'employeur sans que la Commission soit tenue de faire un geste concret alors que la loi albertaine (par. 78(4)) crée une charge générale qui ne devient un droit de propriété qu'après que la Commission a accompli les gestes concrets qui consistent à produire le certificat et à commencer les procédures de saisie-gagerie. En l'espèce, la Commission a accompli ces gestes concrets et, à mon avis, a cristallisé une charge générale conformément au par. 78(4) de la *Workers' Compensation Act*. La réclamation entre donc dans le champ de la définition de «créancier garanti» de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*.

L'affaire néo-écossaise et les commentaires qu'elle a suscités en Cour d'appel en l'espèce illustrent bien les rapports qui doivent exister entre la législation provinciale et la législation fédérale lorsqu'il y a faillite. On n'est pas en présence d'un cas où une loi provinciale, par la création d'une charge garantie et spéciale, rend inopérant un plan de répartition prévu par la *Loi sur la faillite*. C'est tout le contraire. La question qui se pose est de savoir si le plan de répartition de l'actif d'un débiteur qu'a établi le Parlement a un effet quelconque sur les conséquences et la situation juridiques d'une charge garantie créée par une loi provinciale. Si cette charge relève de la définition formulée à l'art. 2 et qu'aucun alinéa du par. 107(1) ne s'applique de manière à imposer au créancier garanti le rang inférieur de créancier privilégié, alors, en raison de l'exception établie au début du par. (1), le réclamant est exclu du plan de répartition prévu par l'art. 107. Ce n'est pas que la législature provinciale a mis en échec ou modifié le plan prévu par la loi fédérale. C'est plutôt que le plan fédéral reconnaît la charge créée par la loi provinciale qui confère au réclamant la qualité de créancier garanti. Selon moi, il est tout à fait contraire au droit de conclure de cette interrelation des lois provinciale et fédérale que les provinces peuvent fixer l'ordre de collocation en cas de faillite. Cela est incontestablement du ressort exclusif du Parlement du Canada. Le Parlement peut, s'il juge bon de le faire, reléguer un créancier garanti à un rang inférieur, comme il l'a fait à l'al. j). Il n'a pas choisi de le faire à l'al. h) et, tant que le

cumstances of the respondent, in my view, rank as secured creditors.

Accordingly I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McIntyre, Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—The issue on this appeal is the interaction of s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*, 1973 (Alta.), c. 87, and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3.

Section 78(4) of *The Workers' Compensation Act* provides:

78. . . .

(4) Notwithstanding anything in any other Act, the amount due to the Board by an employer upon any assessment made under this Act or in respect of any amount that the employer is required to pay to the Board under any of its provisions or upon any judgment for that assessment or amount,

- (a) is a charge upon the property or proceeds of property of the employer, including moneys payable to, for or on account of the employer, within Alberta, and
- (b) has priority over all assignments by way of security, debts, liens, charges, mortgages or other encumbrances whatsoever, whenever created or to be created, except wages due to workers by their employer in cases where the exercise of the priority would deprive the workers of their wages.

(Emphasis added.)

Section 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* provides:

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workers' Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*;

(Emphasis added.)

Parlement n'aura pas décidé de le faire, tout réclama-  
nt qui se trouve dans la situation de l'intimée  
sera, à mon avis, un créancier garanti.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pour-  
voi avec dépens.

Version française des motifs des juges McIntyre,  
Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—La question soulevée par le  
présent pourvoi porte sur les rapports existant  
entre le par. 78(4) de *The Workers' Compensation  
Act*, 1973 (Alb.), chap. 87 et l'al. 107(1)(h) de la  
*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3.

Le paragraphe 78(4) de *The Workers' Compensa-  
tion Act* dispose:

[TRADUCTION] 78. . . .

(4) Nonobstant toute disposition d'une autre loi, le  
montant dû à la Commission par un employeur au titre  
d'une cotisation établie en vertu de la présente loi ou de  
tout montant qu'un employeur est tenu de payer à la  
Commission en vertu des dispositions de la loi ou par  
suite de tout jugement en raison de cette cotisation ou de  
ce montant,

- a) grève les biens ou le produit des biens de l'em-  
ployeur, notamment les sommes payables à l'em-  
ployeur, pour lui ou pour son compte, en Alberta, et
- b) a priorité sur toute autre cession sous forme de  
sûreté, dette, privilège, charge, hypothèque ou  
autre sûreté présente ou future, sauf les salaires  
dus aux employés par leur employeur dans les cas  
où l'exercice de la préférence aurait pour effet de  
les en priver.

(C'est moi qui souligne.)

L'alinéa 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*  
prévoit:

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garan-  
tis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli  
doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de  
paiement suivant:

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité  
d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur  
l'assurance-chômage, d'une disposition quelconque de  
la Loi de l'impôt sur le revenu ou de la Loi de l'impôt  
de guerre sur le revenu créant une obligation de  
rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été  
déduites ou retenues, *pari passu*;

(C'est moi qui souligne.)

The question arising under these two provisions is whether the charge created by s. 78(4) makes the respondent Board a secured creditor of the bankrupt employer for purposes of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* or whether the respondent Board's claim falls under para. (h) of the subsection and is postponed to the claims listed in paras. (a) to (g). The appeal proceeded upon an agreed statement of fact as follows:

1. At all material times to this action Jacs Jackets & Crests Ltd. was an employer in an industry within the scope of *The Workers' Compensation Act*, c. 87, S.A. 1973, and amendments thereto and was liable to pay assessments to the Board.

2. On or about January 9, 1980 the Board placed a Distress Warrant in the hands of the Sheriff of the Judicial District of Edmonton claiming unpaid assessments by Jacs Jackets & Crests Ltd. in the amount of \$3,646.18 under the provisions of *The Workers' Compensation Act*.

3. On January 15, 1980 the Board also registered a Certified Statement at the Land Titles Office at Edmonton in the amount of \$3,648.68 under the provisions of *The Workers' Compensation Board* [sic].

4. On January 28, 1980 Jacs Jackets & Crests Ltd. made an assignment into bankruptcy and Deloitte Haskins and Sells Limited was appointed Trustee of the Estate.

5. On February 6, 1980 the Board filed a Proof of Claim in the sum of \$3,657.08 as a secured creditor of Jacs Jackets & Crests Ltd. under the provisions of Section 78(4) of *The Workers' Compensation Act*.

6. The Trustee admittedly made a search of the Bankrupt's creditors under the name of "Jack's" rather than the proper name of "Jacs", both at the Land Titles Office and at the Sheriff's Office Edmonton, which revealed no creditors.

7. The Trustee then sold the assets of the Bankrupt in the amount of \$11,700.00 and settled a claim of the Bank of British Columbia under a Chattel Mortgage in the amount of \$8,950.00, the balance being applied to the Trustee's fees.

8. The Board filed an Objection to the final Statement of Receipts and Disbursements and the discharge of the Trustee alleging the monies received by the Trustee

La question soulevée par ces deux dispositions est de savoir si la charge créée par le par. 78(4) fait de la Commission intimée un créancier garanti de l'employeur failli pour l'application des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* ou si la réclamation de la Commission intimée relève de l'al. h) du paragraphe et prend rang après les réclamations énumérées aux al. a) à g). Le pourvoi a été entendu en fonction de l'exposé conjoint des faits que voici:

[TRADUCTION] 1. À toutes les époques en cause, Jacs Jackets & Crests Ltd. était un employeur industriel au sens de *The Workers' Compensation Act*, chap. 87, S.A. 1973, et ses modifications, et était tenue de payer des cotisations à la Commission.

2. Le 9 janvier 1980 ou vers cette date, la Commission a produit une saisie-gagerie auprès du shérif du district judiciaire d'Edmonton, par laquelle elle réclamait des cotisations dues par Jacs Jackets & Crests Ltd. au montant de 3 646,18 \$ en vertu des dispositions de *The Workers' Compensation Act*.

3. Le 15 janvier 1980, la Commission a également enregistré une déclaration attestée au bureau des titres de biens-fonds d'Edmonton, pour la somme de 3 648,68 \$ en application des dispositions de *The Workers' Compensation Board* (sic).

4. Le 28 janvier 1980, Jacs Jackets & Crests Ltd. a fait cession de ses biens et déclaré faillite et Deloitte Haskins and Sells Limited a été nommée syndic de la faillite.

5. Le 6 février 1980, la Commission a déposé une preuve de réclamation pour la somme de 3 657,08 \$ à titre de créancière garantie de Jacs Jackets & Crests Ltd. en application du par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*.

6. Le syndic reconnaît avoir fait une recherche des créanciers de la faillie sous le nom de «Jack's» plutôt que sous le véritable nom de «Jacs», tant au bureau des titres de biens-fonds qu'à celui du shérif, à Edmonton, recherche qui n'a révélé aucun créancier.

7. Le syndic a alors vendu l'actif de la faillite pour la somme de 11 700 \$ et réglé une réclamation de 8 950 \$ due à la Banque de la Colombie-Britannique en vertu d'une hypothèque mobilière, et a affecté le solde à ses honoraires.

8. La Commission a produit une opposition à l'état final des recettes et débours et à la libération du syndic alléguant que les sommes reçues par le syndic avaient

were distributed contrary to law and established practice.

9. The Trustee had refused or declined to pay the Board's claim and the Board applied to The Court of Queen's Bench of Alberta for Direction of Judgment in this matter.

10. There are sufficient funds available for distribution so that the question of priorities between the Board and the claimant Bank will not arise if the Judgment of the Chambers Judge is affirmed.

The learned Chambers judge who heard the application held that the Board was a secured creditor within the definition of s. 2 of the *Bankruptcy Act*. That section reads as follows:

2. In this Act

"secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based upon, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and upon which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

Accordingly, the Board had priority over the claims of the trustee in bankruptcy. The Court of Appeal agreed. The trustee was granted leave to appeal to this Court.

By order of the Chief Justice of Canada dated May 19, 1983 a constitutional question was stated as follows:

Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 conflict with s. 78(4) of the *Workers' Compensation Act*, 1973 (Alta) c. 87, such as to render inoperative s. 78(4)?

The Attorney General of Canada and the other interveners were granted leave to intervene on the appeal.

The main ground of appeal is that the Court of Appeal was wrong in according the Board secured, as opposed to preferred, status in bankruptcy. Although s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* gave the Board the status of a secured creditor in a non-bankruptcy situation, the provisions of the *Bankruptcy Act* had to be looked to for its status in bankruptcy. Section 107(1) of that Act, a provi-

été distribuées en contravention de la loi et des usages reconnus.

9. Le syndic a refusé de payer la réclamation présentée par la Commission et la Commission s'est adressée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour obtenir un jugement sur cette question.

10. Il y a suffisamment de fonds à distribuer de sorte que la question de priorité entre la Commission et la banque créancière ne se posera pas si le jugement du juge en chambre est confirmé.

Le juge en chambre qui a entendu la requête a statué que la Commission était un créancier garanti au sens de la définition de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*. Voici cet article:

2. Dans la présente loi

«créancier garanti» signifie une personne détenant un *mortgage*, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou une personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement;

En conséquence, la réclamation de la Commission avait priorité sur celle du syndic de la faillite. La Cour d'appel a été du même avis. Le syndic a reçu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

Par ordonnance du Juge en chef du Canada rendue le 19 mai 1983, une question constitutionnelle a été ainsi formulée:

L'alinéa 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, 1973 (Alb.), chap. 87, de façon à le rendre inopérant?

Le procureur général du Canada et les autres intervenants ont reçu permission d'intervenir dans le pourvoi.

Selon le principal moyen d'appel, la Cour d'appel a eu tort d'accorder à la Commission le statut de créancier garanti de la faillite plutôt que celui de créancier privilégié. Bien que le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* donne à la Commission le statut de créancier garanti dans le cas où il n'y a pas faillite, il faut avoir recours aux dispositions de la *Loi sur la faillite* pour détermi-

sion establishing priorities among non-secured creditors, specifically included claims such as the claim of the Board in para. (h). In face of that specific reference, how can it be argued that such claims are secured and covered by the opening words of s. 107(1)? Counsel submits that para. (h) is conclusive evidence of Parliament's intention to treat such claims as unsecured. If effect is given to s. 78(4) in a bankruptcy context it will change the priority given to workers' compensation claims from priority (h) to a first priority as secured claims.

Counsel for the trustee submits that the Court of Appeal fell into error because it approached the problem of the interaction of the federal and provincial legislation in the wrong way. The federal statute, he submits, must be looked at first because it discloses Parliament's intention with respect to priorities in a bankruptcy context. If the provincial legislation is looked at first in order to establish the nature of the claim, then the policy of the *Bankruptcy Act* with respect to priorities could be completely defeated. Moreover, there would be no guarantee of consistency in the treatment of claims arising in different provinces. Their ranking for bankruptcy purposes would be controlled by the provincial legislatures instead of by the federal Parliament to which exclusive legislative jurisdiction in relation to "Bankruptcy and Insolvency" was given under s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*. There are two valid laws, counsel submits, one federal and one provincial and they are in operational conflict. In such circumstances the rule is that the federal law must prevail.

Counsel for the Board responds that the Alberta legislature, acting within its constitutional authority in relation to "Property and Civil Rights in the Province", has conferred on the Board in s. 78(4) a first charge on the property of the employer. In *Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298, the Alberta Court of Appeal held that the Board's charge under s. 78(4) is a floating charge on all

ner son statut en cas de faillite. Le paragraphe 107(1) de la Loi, qui établit la priorité entre les créanciers non garantis, vise spécialement, dans son al. h), des créances comme celle de la Commission. Vu leur mention spécifique, comment peut-on soutenir que de telles créances sont garanties et visées par les premiers mots du par. 107(1)? L'avocat soutient que l'al. h) est une preuve concluante que le législateur a eu l'intention de considérer ces réclamations comme non garanties. Si on applique le par. 78(4) dans le contexte d'une faillite, il a pour effet de changer la priorité accordée à la réclamation de la Commission de celle de l'al. h) à une première priorité en tant que créance garantie.

L'avocat du syndic soutient que la Cour d'appel a commis une erreur parce qu'elle a mal abordé la question des rapports existant entre la loi fédérale et la loi provinciale. Il faut, soutient-il, tenir compte d'abord de la loi fédérale parce qu'elle révèle l'intention du législateur relativement aux priorités dans le contexte d'une faillite. Si l'on tenait d'abord compte de la loi provinciale pour déterminer la nature de la réclamation, on pourrait mettre complètement en échec les principes directeurs de la *Loi sur la faillite* quant aux priorités. De plus, il n'y aurait pas de garantie d'uniformité dans la façon de disposer des réclamations provenant de différentes provinces. Pour les fins de la faillite, leur rang serait régi par les législateurs provinciaux plutôt que par le législateur fédéral à qui le par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde la compétence exclusive de légiférer sur «La faillite et l'insolvabilité». L'avocat soutient qu'il y a deux dispositions législatives valides, une fédérale et l'autre provinciale, et qu'elles sont incompatibles. Dans de telles circonstances, la règle veut que la loi fédérale prévale.

L'avocat de la Commission réplique que le législateur de l'Alberta, agissant en vertu de la compétence constitutionnelle qu'il possède quant à «la propriété et [aux] droits civils dans la province», a accordé à la Commission par le par. 78(4) une charge de premier rang sur les biens de l'employeur. Dans l'affaire *Workmen's Compensation Board v. Provincial Treasurer of Alberta* (1967), 59 W.W.R. 298, la Cour d'appel de l'Alberta a

the employer's property which, upon registration, crystallizes into a fixed legal charge. Accordingly, the Board, if it has perfected its security by registration prior to the bankruptcy, has a secured claim. If it has not perfected its security in time, then it has a preferred claim under s. 107(1)(h): see *Davis v. Workers' Compensation Board*, [1980] 2 W.W.R. 349.

Counsel for the Board relies further on s. 50(6) of the *Bankruptcy Act* which provides:

50. ...

(6) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by such law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

Counsel submits that this provision clearly recognizes the application and effect of provincial statutes relating to property and civil rights. The *Bankruptcy Act*, he says, merely defines secured creditors, it does not create them, the latter being the constitutional prerogative of the provinces.

Some assistance on the interaction of the federal and provincial legislation is to be derived from the authorities. The seminal case is the decision of the Privy Council in *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187. In that case the Privy Council held that the exclusive legislative jurisdiction conferred on the federal legislature in relation to Bankruptcy and Insolvency enabled it to legislate the relative priorities of creditors on a bankruptcy. Although it was competent to a provincial legislature under the head of Property and Civil Rights to secure certain debts on property of the debtor, as soon as such provincial legislation came into conflict with federal bankruptcy legislation, the federal bankruptcy legislation prevailed. Quoting from the judgment of Viscount Cave L.C., at p. 197:

statué que la charge accordée à la Commission en vertu du par. 78(4) était une charge générale sur tous les biens de l'employeur, qui, dès l'enregistrement, se transforme en un privilège précis. En conséquence, si la Commission a parfait sa sûreté par l'enregistrement avant la faillite, elle a une réclamation garantie. Si elle n'a pas parfait sa sûreté à temps, elle a une réclamation privilégiée en vertu de l'al. 107(1)h: voir *Davis v. Workers' Compensation Board*, [1980] 2 W.W.R. 349.

L'avocat de la Commission invoque également le par. 50(6) de la *Loi sur la faillite* qui prescrit:

50. ...

(6) Les dispositions de la présente loi ne sont pas censées abroger ou remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec les dispositions de la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

L'avocat soutient que cette disposition reconnaît clairement l'application et la portée des lois provinciales relatives à la propriété et aux droits civils. La *Loi sur la faillite*, dit-il, définit simplement les créanciers garantis, elle ne les constitue pas, ce qui relève de la prérogative constitutionnelle des provinces.

La jurisprudence peut nous aider à préciser les rapports entre la législation fédérale et la législation provinciale. L'arrêt de principe est celui du Conseil privé dans l'affaire *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187. Dans cet arrêt, le Conseil privé a statué que la compétence exclusive de légiférer accordée au législateur fédéral en matière de faillite et d'insolvabilité lui permet de déterminer la priorité relative des créanciers dans une faillite. Bien qu'il relève de la compétence du législateur provincial sous le titre de la propriété et des droits civils de garantir certaines dettes sur la propriété du débiteur, dès qu'une telle loi provinciale entre en conflit avec la loi fédérale sur la faillite, la loi fédérale prévaut. Voici un extrait des motifs du vicomte Cave, lord Chancelier, à la p. 197:



In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada* ([1894] A.C. 189, 200), Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of opinion that the exclusive authority thereby given to the Dominion Parliament to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency enables that Parliament to determine by legislation the relative priorities of creditors under a bankruptcy or an authorized assignment.

In *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] S.C.R. 676, Abbott J. followed *Royal Bank of Canada v. Larue, supra*. He said, at p. 678:

The present Act, like its predecessor acts, provides that subject to the Act all debts proved in bankruptcy shall be paid *pari passu*. To that rule of absolute equality, certain exceptions are made including those provided for by s. 95. The exclusive authority given to Parliament by s. 91(21) of the *British North America Act* to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency, enables Parliament to determine the relative priorities of creditors under a bankruptcy: *Royal Bank v. Larue*. To the extent that such priorities may be in conflict with provincial law, the federal statute must prevail.

In *Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35, this Court had to consider the interaction of s. 30 of the *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, and s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*. Section 30 of the Quebec statute made any sums due to the Crown under the Act "a privileged debt" ranking immediately after law costs. Section 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* provided:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada* ([1894] A.C. 189, à la p. 200), lord Herschell fait remarquer qu'un ensemble de lois sur la faillite peut souvent imposer différentes dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, d'aborder l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la législature de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il est loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement viserait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de l'Acte de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion de légiférer sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée.

Dans l'arrêt *Produits Caoutchouc Marquis Inc. v. Trottier (Re Gingras Automobile Ltée)*, [1962] R.C.S. 676, le juge Abbott a suivi l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Larue*, précité. Il dit à la p. 678:

[TRADUCTION] La Loi actuelle, comme les lois antérieures, dispose que, sous réserve de la Loi, toutes les dettes prouvées de la faillite seront payées *pari passu*. Il y a des exceptions à cette règle d'égalité absolue, notamment celles de l'art. 95. La compétence exclusive accordée au Parlement par le par. 91(21) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de légiférer sur toutes les matières relevant de la faillite et de l'insolvabilité permet au Parlement de déterminer la priorité relative des créanciers en cas de faillite: *Royal Bank v. Larue*. Dans la mesure où cette priorité peut contredire des lois provinciales, la loi fédérale doit prévaloir.

Dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35, cette Cour a dû se prononcer sur les rapports qui existent entre l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, chap. 71, et l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*. L'article 30 de la loi québécoise faisait de toute somme due à Sa Majesté en vertu de la loi «une dette privilégiée» prenant rang immédiatement après les frais de justice. L'alinéa 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* dispose:

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

The Deputy Minister alleged that he was a "secured creditor" within the definition of s. 2 of the Act and therefore did not fall within the purview of para. (j). Pigeon J., writing for the majority, found otherwise. He said, at p. 44:

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j). When s. 95 (now 107) of the 1949 *Bankruptcy Act* is compared with s. 51 of the 1919 *Bankruptcy Act*, it is apparent that by the new Act, Parliament has established a much more elaborate "Scheme of Distribution". Its power to legislate concerning the provincial as well as federal Crown privilege, in the case of bankruptcy, having been established by *In re Silver Brothers Ltd.* ([1932] A.C. 514), the provision clearly indicates its intention to do so and the only question remaining is as to the scope of the provision. It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words "notwithstanding any statutory preference to the contrary". The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a "secured creditor" and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority.

Estey J. dissented in *Re Bourgault* on the basis that the Deputy Minister was a secured creditor by virtue of the provincial legislation and s. 107 of the *Bankruptcy Act* elevated his claim over the preferred claims listed in the scheme of distribution in s. 107. Although he does not refer to the case in

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

Le Sous-ministre soutenait qu'il était un «créancier garanti» au sens de la définition de l'art. 2 de la Loi et qu'en conséquence il n'était pas visé par l'al. j). Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité, conclut le contraire. Il dit, à la p. 44:

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) qu'il faut s'arrêter. Lorsqu'on fait la comparaison entre l'art. 95 (aujourd'hui 107) de la *Loi sur la faillite* de 1949 et l'art. 51 de la *Loi de faillite* de 1919, on voit que le législateur fédéral a dans la nouvelle Loi établi un «Plan de répartition» beaucoup plus élaboré. L'arrêt *In re Silver Brothers Ltd.* ([1932] A.C. 514) lui ayant reconnu le pouvoir de statuer sur le privilège du fisc provincial comme sur celui du fisc fédéral au cas de faillite, le texte indique clairement son intention de le faire et tout ce qu'il faut se demander c'est quelle doit être la portée de la disposition. Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: "nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire". Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. A mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité.

Le juge Estey a été dissident dans l'arrêt *Re Bourgault* pour le motif que le Sous-ministre était un créancier garanti en vertu de la loi provinciale et que l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* faisait passer sa réclamation avant les réclamations privilégiées énumérées dans le plan de distribution de

his reasons, the approach taken by Estey J. is similar to that taken by the British Columbia Court of Appeal in *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238, and adopted in *Re R. A. Nelson Construction Ltd.* (1966), 8 C.B.R. (N.S.) 221 (B.C.S.C.), in *Re Trinel Office Products Ltd.; Workers' Compensation Board of Alberta v. Davis* (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 248 (Alta. S.C.)

Counsel for the appellant submits that *Re Bourgault* is a judgment of this Court directly in its favour. Counsel for the Board distinguishes *Re Bourgault* on the basis it was dealing with a claim under para. (j) of s. 107(1) as opposed to para. (h) and para. (j) ends with the phrase "notwithstanding any statutory preference to the contrary". This, he submits, makes it clear that the provincial legislation yields to the scheme of distribution under s. 107(1) as far as claims under para. (j) are concerned. No such overriding language appears in para. (h).

With respect, it seems to me that the "notwithstanding" language in para. (j) was a second string to the Court's bow in *Re Bourgault*. I think this is the significance of Pigeon J.'s comment at p. 43 of his reasons:

Due to the "notwithstanding", I find it even clearer in para. 107(1)(j) that the federal Parliament intended to deal with the preferential rights of the federal and provincial tax collectors, just as it intended in para. 107(1)(e) and (f) to define those of municipal corporations and of lessors.

(Emphasis added.)

The "notwithstanding" language reinforced the principle in *Royal Bank of Canada v. Larue* and *Re Gingras Automobile Ltée*, that provincial legislation yields to federal in the event of bankruptcy. I do not think the majority reasons in *Re Bourgault* can be divorced from the wider principle and made to rest solely on the "notwithstanding" provision. I am supported in this view by the judgment of Cowan C.J. in *Re Black Forest Res-*

art. 107. Bien qu'il ne mentionne pas l'arrêt dans ses motifs, le point de vue du juge Estey est semblable à celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Clemenshaw; Workers' Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 238, et adopté dans les arrêts: *Re R. A. Nelson Construction Ltd.* (1966), 8 C.B.R. (N.S.) 221 (C.S.C.-B.), *Re Trinel Office Products Ltd.; Workers' Compensation Board of Alberta v. Davis* (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 248 (C.S. Alb.)

L'avocat de l'appelante soutient que l'arrêt *Re Bourgault* de cette Cour appuie directement son point de vue. L'avocat de la Commission distingue l'arrêt *Re Bourgault* de l'espèce parce qu'il porte sur une réclamation présentée en vertu de l'al. j) du par. 107(1) et non de l'al. h) et parce que l'al. j) se termine par l'expression «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Cela, selon lui, indique clairement que la loi provinciale cède le pas au plan de distribution prévu au par. 107(1) pour autant que les réclamations faites en vertu de l'al. j) sont visées. L'alinéa h) ne comporte pas cette réserve importante.

Avec égards, il me semble que la clause «nonobstant» de l'al. j) était une deuxième corde à l'arc de la Cour dans l'arrêt *Re Bourgault*. Je crois que c'est là le sens du commentaire du juge Pigeon à la p. 43 de ses motifs:

À cause du «nonobstant» il me paraît encore plus clair que, le législateur fédéral a entendu déterminer par l'al. 107(1)(j) les droits privilégiés du fisc fédéral et provincial, tout comme il a entendu régler par les al. 107(1)(e) et f) ceux des municipalités et des bailleurs.

h

(C'est moi qui souligne.)

La clause «nonobstant» confirme le principe énoncé dans les arrêts *Royal Bank of Canada v. Larue* et *Re Gingras Automobile Ltée* selon lequel la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale en cas de faillite. Je ne crois pas qu'on puisse séparer le principe plus général des motifs de la majorité dans l'arrêt *Re Bourgault* et le fonder uniquement sur la clause «nonobstant». La décision du juge en chef Cowan dans l'affaire *Re Black Forest Res-*

*taurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176. The Chief Justice said at p. 191:

The claim of the Worker's Compensation Board is specifically referred to in s. 107(1)(h) and is not removed from the scope of that paragraph by the opening words of s. 107(1) preserving the rights of secured creditors. It is entitled to the priority provided for by s. 107(1)(h) and is not entitled to the statutory security or priority which s. 125 of the Workers' Compensation Act purports to create, and which would be valid and effective in the absence of bankruptcy of the employer.

And at p. 192:

The result, in my opinion, is that so long as there is no bankruptcy, full effect must be given to statutory provisions such as those contained in the Labour Standards Code of this province and in the Workers' Compensation Act of this province, which create liens and charges on property ranking ahead of pre-existing interests such as those created by mortgages or assignments of book debts, affecting the property said to be subject to the statutory liens and charges. However, when bankruptcy occurs, the provisions of s. 107 of the Bankruptcy Act take effect and the scheme of distribution of the property of the bankrupt coming into the hands of the trustee must be followed. The statutory liens and charges, to the extent to which they are affected by the provisions of s. 107, cease to be of any force and effect. The rights of secured creditors, whose security arises apart from such statutes, are preserved and may be enforced against the property charged by way of security. The creditors for whose benefit the statutory liens and charges were created are no longer entitled to enforce those statutory liens and charges, except to the extent permitted by s. 107, and their claims are dealt with in the priority set out in s. 107.

The Chief Justice was affirmed in the Nova Scotia Court of Appeal *sub nom. Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253. Jones J. speaking for the court said, at p. 260:

In view of these remarks I fail to see how it can be argued that *Re Clemenshaw* can still be considered a valid interpretation of s. 107(1) of the Bankruptcy Act. Mr. Justice Pigeon made it abundantly clear that priorities of provincial claims must be determined in accordance with s. 107(1) of the Bankruptcy Act notwithstand-

*taurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176, vient corroborer mon avis. Le Juge en chef dit à la p. 191:

[TRADUCTION] La réclamation de la Worker's Compensation Board (la Commission) est expressément mentionnée à l'al. 107(1)h) et n'est pas exclue de la portée de cet alinéa par les premiers mots du par. 107(1) qui protègent les droits des créanciers garantis. La Commission a droit à la priorité prévue à l'al. 107(1)h), mais elle n'a pas droit à la sûreté ou priorité que l'art. 125 de la *Workers' Compensation Act* prétend créer et qui serait valide et applicable s'il n'y avait pas eu faillite de l'employeur.

Plus loin à la p. 192:

[TRADUCTION] Il en résulte, à mon avis, que tant qu'il n'y a pas eu de faillite, il faut donner toute leur portée aux dispositions comme celles que comporte le *Labour Standards Code* de la province et la *Workers' Compensation Act* de la province, qui créent des privilèges et des charges sur la propriété, qui prennent rang avant les droits préexistants comme les droits créés en vertu d'hypothèques ou de cessions de dettes actives grevant la propriété assujettie aux privilèges et charges prévus dans la loi. Toutefois, lorsqu'il y a faillite, les dispositions de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* s'appliquent et le plan de distribution des biens du failli remis au syndic doit être suivi. Les privilèges et charges prévus dans la loi cessent de s'appliquer dans la mesure où ils sont visés par les dispositions de l'art. 107. Les droits des créanciers garantis dont la sûreté ne découle pas de ces lois, sont protégés et peuvent être exercés contre les biens grevés de sûretés. Les créanciers au profit desquels la loi crée des privilèges et charges n'ont plus droit de faire valoir ces privilèges et charges, sauf dans la mesure permise par l'art. 107, et leurs réclamations se règlent selon la priorité énoncée à l'art. 107.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé la décision du Juge en chef dans l'arrêt *sub nom. Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253. Le juge Jones qui rend l'arrêt de la cour dit à la p. 260:

[TRADUCTION] Étant donné ces observations, je ne puis voir comment on peut soutenir que l'arrêt *Re Clemenshaw* peut encore être considéré comme la bonne interprétation du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. M. le juge Pigeon a dit très clairement que les priorités des réclamations fondées sur la loi provinciale se déter-

ing any statutory preference to the contrary. Debts under the Workers' Compensation Act fall under s. 107(1)(h) of the Act. Claims for wages are governed by s. 107(1)(d). With deference, it is not open to the province to provide any higher or more extensive priority for wages in view of the express provisions contained in that clause. It is clear from *Rainville* that the provincial Crown cannot claim as a secured creditor under the Bankruptcy Act, notwithstanding the form of the provincial legislation, where the claim is governed by s. 107(1) of the Bankruptcy Act. In my view, the claims in the present case fall under s. 107(1) and accordingly the appeals must be dismissed with costs.

The Court of Appeal of British Columbia, sitting as a panel of five, followed *Re Black Forest Restaurant Ltd.* in *Workers' Compensation Board v. Kinross Mortgage Corporation*, [1982] 1 W.W.R. 87, and agreed with the Nova Scotia courts that its own earlier decision in *Re Clemenshaw* must be taken to have been overruled by this Court in *Re Bourgault*.

I believe that these authorities are determinative of the issue before us on this appeal and that the basis on which the Alberta Court of Appeal sought to distinguish them is an untenable one. I refer to the following excerpt from the reasons of Lieberman J.:

In my view *Re Bourgault* and *Re Black Forest* are distinguishable from the case at bar and are not authority for the proposition that a claimant whose claim falls within s. 107 cannot be a "secured creditor" even if the claim satisfies the requirements of s. 2. The *Workers' Compensation Act* of Nova Scotia provides that the claim of the Board establishes a lien against the assets of the employer without the Board having to perform an overt act, whereas in the Alberta legislation (s. 78(4)) a floating charge is created which becomes a proprietary interest only after the Board has performed overt acts of filing the certificate and initiating distress proceedings. The Board in this case has performed those overt acts and in my view it has caused a floating charge to be crystallized in accordance with s. 78(4) of the *Workers' Compensation Act*. The claim thus comes within the definition of "secured creditor" in s. 2 of the *Bankruptcy Act*.

minent selon le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire. Les dettes contractées en vertu de la *Workers' Compensation Act* tombent sous le coup de l'al. 107(1)(h) de la Loi. Les réclamations pour salaires sont régies par l'al. 107(1)(d). Avec égards, il n'est pas loisible à la province d'accorder une priorité plus grande ou plus étendue pour les salaires vu les dispositions expresses de cet alinéa. Il ressort clairement de l'arrêt *Rainville* que Sa Majesté du chef de la province ne peut faire valoir de réclamation à titre de créancière garantie en vertu de la *Loi sur la faillite*, en dépit de la formulation de la loi provinciale, si la réclamation est régie par le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. À mon avis, les réclamations en l'espèce sont visées par le par. 107(1) et en conséquence il faut rejeter les appels avec dépens.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, formée de cinq juges, a suivi l'arrêt *Re Black Forest Restaurant Ltd.* dans l'arrêt *Workers' Compensation Board v. Kinross Mortgage Corporation*, [1982] 1 W.W.R. 87, et a partagé l'avis des tribunaux de la Nouvelle-Écosse selon lesquels il faut considérer que son arrêt antérieur *Re Clemenshaw* a été infirmé par cette Cour dans l'arrêt *Re Bourgault*.

Je crois que cette jurisprudence règle le litige qui nous est soumis ici et que le fondement sur lequel la Cour d'appel de l'Alberta a voulu la distinguer de l'espèce n'est pas défendable. Je renvoie au passage suivant des motifs du juge Lieberman:

[TRADUCTION] À mon avis, les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest* se distinguent de l'espèce et ne consacrent pas le principe qu'un créancier dont la réclamation est visée par l'art. 107 ne peut être un «créancier garanti» même si la réclamation répond aux exigences de l'art. 2. La *Workers' Compensation Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit que la réclamation de la Commission constitue un privilège sur les biens de l'employeur sans que la Commission soit tenue de faire un geste concret alors que la loi albertaine (par. 78(4)) crée une charge générale qui ne devient un droit de propriété qu'après que la Commission a accompli les gestes concrets qui consistent à produire le certificat et à commencer les procédures de saisie-gagerie. En l'espèce, la Commission a accompli ces gestes concrets ce qui, à mon avis, a cristallisé une charge générale conformément au par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. La réclamation entre donc dans le champ de la définition de «créancier garanti» de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*.

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. In effect, this is the position adopted by the Court of Appeal and advanced before us by the respondent. It cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

How then should the constitutional question stated by the Chief Justice be answered? Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* conflict with s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* so as to render the latter provision inoperable? I do not believe so. Section 78(4) does not purport to deal with a bankruptcy situation and, by virtue of the presumption of constitutionality, the provincial legislature is presumed to be legislating within its competence rather than outside it. Faced with the choice of construing the provincial legislation in a way which would cause it to invade the federal sphere, thereby attracting the doctrine of paramountcy, or construing it in accordance with the presumption of constitutionality, I prefer the latter course. I believe also that it accords better with the more recent authorities on the scope of the paramountcy doctrine.

Avec égard, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. En réalité, c'est la position adoptée par la Cour d'appel et plaidée devant nous par l'intimée. Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Comment devrait-on alors répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef? L'alinéa 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* de façon à le rendre inopérant? Je ne le crois pas. Le paragraphe 78(4) n'est pas censé viser un cas de faillite et, en vertu de la présomption de constitutionnalité, le législateur provincial est censé légiférer dans le cadre de sa compétence plutôt qu'à l'extérieur de celle-ci. Si j'ai le choix d'interpréter la loi provinciale de manière qu'elle envahisse la sphère de compétence fédérale, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance ou de l'interpréter en conformité avec la présomption de constitutionnalité, je préfère cette dernière interprétation. Je crois en outre qu'elle se conforme mieux à la jurisprudence et à la doctrine récentes relativement à la portée de la doctrine de la prépondérance.

In *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, Martland J. expressed the view at p. 800 that the doctrine of paramountcy only applies so as to render provincial legislation inoperative when "compliance with one law involves breach of the other". This approach was continued in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, where Beetz J. stated at p. 780 that "it was incumbent upon *Montcalm* to establish that it could not comply with provincial law without committing a breach of the federal Act" and that "*Montcalm* had to prove that federal and provincial law were in actual conflict for the purposes of this case". In Beetz J.'s view a person challenging provincial legislation on the basis of the paramountcy doctrine must establish an inevitable conflict between the two pieces of legislation in the particular situation: it was not enough that the two provisions might on one reading conflict.

This approach has most recently been reaffirmed by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. He states, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

I do not believe that this is the case here. I think rather that the applicable principle is the one stated by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at p. 1065, to the effect that "if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises", *i.e.*, those within federal competence.

As Professor Hogg points out in his text *Constitutional Law of Canada*, the narrower the definition of conflict, the broader the scope within which valid provincial legislation can operate: the broader the definition of conflict, the greater the impact

Dans l'arrêt *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la p. 800, le juge Martland a exprimé l'opinion que la doctrine de la prépondérance ne s'applique pour rendre la loi provinciale inopérante que lorsque [TRADUCTION] «se conformer à l'une ... signifie ... que l'on enfreint l'autre». Ce point de vue a été repris dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, dans lequel le juge Beetz a dit à la p. 780 qu'il incombait à *Montcalm* d'établir qu'elle ne pouvait se conformer à la loi provinciale sans violer la loi fédérale et que «*Montcalm* devait prouver, aux fins de cette affaire, que les lois fédérale et provinciale étaient véritablement en conflit». Selon l'opinion du juge Beetz, celui qui conteste une loi provinciale en invoquant la doctrine de la prépondérance doit établir qu'il existe un conflit inévitable entre les deux textes législatifs dans une situation précise: il n'est pas suffisant que les deux dispositions risquent à première vue d'être en conflit.

Ce point de vue a plus récemment été de nouveau confirmé par le juge Dickson (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Il dit à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. Je crois plutôt que le principe applicable est celui qu'a formulé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1065, selon lequel «si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises», *c.-à-d.* celles qui relèvent de la compétence fédérale.

Comme le souligne le professeur Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, plus la définition de conflit est restreinte, plus large est le champ d'application de la loi provinciale valide: plus la définition de conflit est étendue, plus grand

of the paramountcy doctrine to cut it down. He states, at p. 103:

When are two laws deemed to be inconsistent (or conflicting) so as to attract the doctrine of paramountcy? The question has profound implications for the scope of judicial review and for the balance of power in the federal system. Given the overriding force of federal law, a wide definition of inconsistency will result in the defeat of provincial laws in "fields" which are "covered" by federal law; a narrow definition, on the other hand, will allow provincial laws to survive so long as they do not "expressly contradict" federal law. The wide definition is the course of judicial activism in favour of central power; the narrow definition is the course of judicial restraint, leaving all but the irreconcilable conflicts to be resolved in the political arena.

I believe that the trend of the more recent authorities favours a restrictive approach to the concept of "conflict" and a construction of impugned provincial legislation, where this is possible, so as to avoid operational conflict with valid federal legislation. Where this is done both provisions can stand and have their own legitimate spheres of operation. In this sense I find no conflict between s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*. I would accordingly answer the question as framed by stating that s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* applies to determine priorities on a bankruptcy and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* has no application in such a situation.

I would allow the appeal and grant the appellant its costs throughout to be taxed on the appropriate scale.

*Appeal allowed with costs, ESTEY J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Ogilvie & Company, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: J. Douglas Carr, The Workers' Compensation Board Legal Department, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

sera l'effet de la doctrine de la prépondérance en vue de le restreindre. Il écrit à la p. 103:

[TRADUCTION] Quand deux lois sont-elles réputées incompatibles (ou en conflit) de manière à faire intervenir la doctrine de la prépondérance? La question est lourde de conséquences en ce qui a trait à la portée du contrôle judiciaire et à l'équilibre du pouvoir dans le régime fédéral. Étant donné la suprématie des lois fédérales, une définition élargie de l'incompatibilité entraînera l'annulation des lois provinciales dans les «domaines» qui sont «visés» par des lois fédérales; par ailleurs, une définition restreinte permettra aux lois provinciales de survivre tant qu'elles ne «contredisent pas expressément» les lois fédérales. La définition élargie est la voie de l'activisme judiciaire en faveur du pouvoir central; la définition restreinte est la voie de la retenue judiciaire, qui fait en sorte que tous les conflits, sauf ceux qui sont irréductibles, soient réglés sur la scène politique.

Je crois que le courant doctrinal et jurisprudentiel le plus récent favorise une conception restrictive de la notion de «conflit» et, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi provinciale contestée qui évite un conflit d'application avec la loi fédérale valide. Dans un tel cas, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application. En ce sens, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. L'alinéa 107(1)h de la *Loi sur la faillite* ne rend pas ce paragraphe inopérant; ce dernier ne s'applique tout bonnement pas en cas de faillite, quand on l'interprète correctement. Par conséquent, la question formulée par le Juge en chef doit recevoir une réponse négative.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'adjudger à l'appelante ses dépens dans toutes les cours taxés selon le barème applicable.

*Pourvoi accueilli avec dépens, le juge ESTEY est dissident.*

*Procureurs de l'appelante: Ogilvie & Company, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: J. Douglas Carr, The Workers' Compensation Board Legal Department, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Gordon F. Coles, Halifax.*

*Solicitors for the intervener Workers' Compensation Board of New Brunswick: McKelvey, Macaulay, Machum, St. John.*

*Solicitors for the intervener Workers' Compensation Board of Ontario: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Workers' Compensation Board of British Columbia: Gerald W. Massing, Workers' Compensation Board, Richmond.*

*Solicitors for the intervener Workers' Compensation Board of the Yukon: Boylan, Preston, Kidd & O'Brien, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gordon F. Coles, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des accidents du travail du Nouveau-Brunswick: McKelvey, Macaulay, Machum, St. John.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Workers' Compensation Board of British Columbia: Gerald W. Massing, Workers' Compensation Board, Richmond.*

*Procureurs de l'intervenante Workers' Compensation Board of the Yukon: Boylan, Preston, Kidd & O'Brien, Whitehorse.*

**Ivan Grdic** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 17235.

1984: January 30.

Present: Ritchie, Beetz, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

Re-hearing: 1985: June 5; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Defences — Issue estoppel — Circumstances in which doctrine applicable — Acquittal on charges of impaired driving and of excessive blood alcohol level — Whether issue estoppel available on subsequent charge of perjury.*

Appellant, after giving alibi evidence, was acquitted on charges of impaired driving and of driving with alcohol in his blood exceeding the legal limit. Subsequently charged with perjury with respect to his testimony at the earlier trial, appellant was acquitted on the basis of issue estoppel. The trial judge found that the issue before him on the perjury trial—the truthfulness of appellant's alibi—had been determined at the impaired driving trial and that the evidence called on the perjury trial was available to the Crown at the earlier trial. On appeal, the Court of Appeal held that the trial judge erred in allowing issue estoppel as a defence to the charge of perjury, set aside the acquittal and ordered a new trial.

*Held* (Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: The defence of issue estoppel was available to the appellant. On a charge of perjury, the Crown is estopped from re-litigating an issue decided in favour of the appellant—in this case, the truthfulness of appellant's alibi—unless it is tendering, in addition to or in lieu of the evidence previously adduced, evidence that was not available by the exercise of reasonable diligence at the

**Ivan Grdic** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 17235.

1984: 30 janvier.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>b</sup> Nouvelle audition: 1985: 5 juin; 1985: 13 juin.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Moyens de défense — Fin de non-recevoir — Cas d'application de cette doctrine — Acquittement relativement à des accusations d'avoir conduit avec facultés affaiblies et avec un taux d'alcoolémie trop élevé — Est-il possible d'opposer une fin de non-recevoir à une accusation subséquente de parjure?*

<sup>e</sup> Grâce à l'alibi qu'il a fourni, l'appelant a été acquitté relativement à des accusations d'avoir conduit avec facultés affaiblies et d'avoir conduit avec un taux d'alcoolémie supérieur à celui permis par la loi. Accusé par la suite de parjure relativement à son témoignage au cours du premier procès, l'appelant a invoqué une fin de non-recevoir et a été acquitté. Au cours du procès pour parjure, le juge a conclu que la question en litige—celle de la véracité de l'alibi de l'appelant—avait été tranchée dans le cadre du procès relatif à la conduite avec facultés affaiblies et que les témoins cités par la poursuite au cours du procès pour parjure auraient pu l'être au procès initial. En appel, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en accueillant la fin de non-recevoir opposée à l'accusation de parjure. Par conséquent, elle a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

<sup>i</sup> Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: L'appelant pouvait invoquer une fin de non-recevoir. Dans le cas d'une accusation de parjure, le ministère public ne peut rouvrir une question tranchée en faveur de l'appelant—en l'occurrence, celle de la véracité de l'alibi de ce dernier—à moins qu'il ne produise, en plus ou à la place de la preuve déjà apportée, une preuve qui ne pouvait être obtenue lors du premier

time of the first trial. Here, the new evidence relevant to the falsity of the alibi was available at the time of the original trial but was not called. Although the Crown was taken by surprise by the appellant's alibi it could have introduced the evidence necessary to disprove that alibi on rebuttal.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson J.J., *dissenting*: The availability of issue estoppel, although applicable in principle to criminal proceedings where the Crown brings a second charge tangentially concerning the same facts as the charge on which the accused was acquitted, depends on there being explicit findings of fact on which the initial verdict logically depended. These facts must be affirmatively found by the original court and cannot be inferred from an initial verdict reflecting only a reasonable doubt. A judgment fraudulently obtained cannot form the basis of an estoppel. Therefore, if perjury can be established any estoppel which might otherwise exist will necessarily be lost. In such cases, the record of the initial trial must be put in evidence since the falsity of the accused's testimony is central to the charge. The Crown, however, cannot use the perjury charge as a guise to re-litigate the original charge on evidence it failed to adduce at the original trial, but there is no logical reason to estop a prosecution from introducing fresh evidence which, although available all along, is probative of the essential elements of the perjury charge. In the case at bar, the defence of issue estoppel was not available to the accused because the factual determination underlying the defence would have had to be inferred from the earlier judgment. Indeed, at the first trial, the judge, not only made no finding that the accused was not the person driving the car at the time alleged by the police, but he gave a strong indication that he did not accept the accused's version of the facts. However, because he also had a reasonable doubt as to the Crown's version of the facts, he felt obliged to acquit.

#### Cases Cited

By the majority

*The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, applied; *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339; *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v.*

procès en faisant preuve de diligence raisonnable. En l'espèce, la preuve nouvelle quant à la fausseté de l'alibi était disponible au moment du premier procès, mais n'a pas été produite. Quoique pris au dépourvu par l'alibi de l'appelant, le ministère public aurait pu produire la contre-preuve nécessaire pour détruire cet alibi.

*Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson, dissidents*: Bien qu'une fin de non-recevoir puisse en principe être invoquée dans le cadre de poursuites criminelles engagées par le ministère public relativement à une seconde accusation qui se rapporte indirectement aux mêmes faits que ceux de l'accusation relativement à laquelle l'accusé a été acquitté, on ne peut la soulever en l'absence de conclusions de fait expresses dont dépend logiquement le verdict initial. Ces faits doivent être clairement établis par la première cour; ils ne peuvent être inférés d'un verdict initial qui ne traduit qu'un doute raisonnable. Un jugement obtenu par la fraude ne peut fonder une fin de non-recevoir. Par conséquent, s'il est possible d'établir le parjure, une fin de non-recevoir qui aurait pu par ailleurs être invoquée ne pourra nécessairement plus l'être. Dans ces cas, il faut que le dossier du premier procès soit produit en preuve, car la fausseté du témoignage de l'accusé se trouve au centre de l'accusation. Le ministère public ne peut cependant pas se servir de l'accusation de parjure comme prétexte pour rouvrir le procès sur l'accusation initiale en apportant des preuves non produites au premier procès. Toutefois, il n'y a aucune raison logique d'empêcher la poursuite de produire une nouvelle preuve qui, bien qu'elle l'ait toujours eue à sa disposition, établit les éléments essentiels de l'accusation de parjure. En l'espèce, l'accusé ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir parce que la conclusion de fait qui en constitue le fondement devrait être inférée du jugement antérieur. En fait, non seulement le juge du premier procès n'a pas conclu que ce n'était pas l'accusé qui était au volant de l'automobile à l'heure mentionnée par la police, mais il a laissé fortement entendre qu'il n'acceptait pas la version des faits présentée par l'accusé. Toutefois, comme il entretenait un doute raisonnable quant à la version des faits donnée par le ministère public, il s'est senti obligé de prononcer un acquittement.

#### i Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; arrêts mentionnés: *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339; *Gushue c. La Reine*,

*Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *R. v. Parkin (No. 2)* (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309; *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230; *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297, referred to.

#### By the minority

*Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536; *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804; *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, revg. [1975] 2 All E.R. 1023; *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122; *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480; *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; *R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801.

#### Authors Cited

Friedland, M.L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d) 379, 29 C.R. (3d) 395, [1982] 6 W.W.R. 184, allowing a Crown's appeal from accused's acquittal on a charge of perjury and ordering a new trial. Appeal allowed, Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson J.J. dissenting.

*Murray L. Smith and Deborah Strachan*, for the appellants.

*Richard Cairns*, for the respondent.

[1980] 1 R.C.S. 798; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *R. v. Parkin (No. 2)* (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309; *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230; *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297.

#### b Citée par la minorité

*Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798; *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655; *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536; *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804; *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, inf. [1975] 2 All E.R. 1023; *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644; *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122; *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480; *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; *R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112; *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801.

#### f

#### Doctrine citée

Friedland, M.L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 3 C.C.C. (3d) 379, 29 C.R. (3d) 395, [1982] 6 W.W.R. 184, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de parjure et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents.

*Murray L. Smith et Deborah Strachan*, pour l'appellant.

*Richard Cairns*, pour l'intimée.

The reasons of Dickson C.J. and Beetz, Chouinard and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleague, Mr. Justice Lamer, but must respectfully disagree with his conclusion that the defence of issue estoppel *per rem judicatam* is available to the applicant Grdic in this case.

Grdic was charged with driving while impaired on June 23, 1979 with a blood alcohol level over .08. The arresting officer testified at his trial on November 1, 1979 that he had stopped Grdic at 6:30 p.m. on the day in question. A breathalyzer certificate was introduced showing that Grdic had provided breath samples at 7:30 p.m. and again at 7:50 p.m. that same day and both samples indicated a blood alcohol level of .17. Grdic's defence was mistaken identity. He acknowledged that he was stopped on the day in question but denied that it was at the time alleged. He testified that he was stopped around noon and was home by 5:30 p.m. His daughter corroborated his testimony. His case therefore was that the police must have confused his breathalyzer certificates with someone else's.

The trial judge acquitted Grdic of the driving charges, stating:

It is quite apparent that perjury has been committed in this Court room. I think it is not up to me to resolve that problem. I think it is up to somebody else and I dismiss both counts.

At the perjury trial the Crown called the same police constable who had given evidence at the impaired driving trial but in addition the Crown called a guard from the Police Station to say that he received a radio call from that police constable and noted the time to be 6:50 p.m. on June 23, 1979. The Crown also called the breathalyzer technician as a witness. His testimony was essentially the same as the information contained in his certificate of analysis which was made an exhibit at the trial in November 1979. The trial judge, relying on this Court's judgment in *Gushue v. The*

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Chouinard et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Lamer et avec égards, je ne souscris pas à sa conclusion que l'appelant Grdic peut en l'espèce soulever une fin de non-recevoir *per rem judicatam*.

Grdic a été accusé d'avoir, le 23 juin 1979, conduit alors que ses facultés étaient affaiblies, son taux d'alcoolémie étant supérieur à 0,08. Au procès, tenu le 1<sup>er</sup> novembre 1979, le policier qui avait procédé à l'arrestation a témoigné qu'il avait arrêté Grdic à 18 h 30 le jour en question. On a produit en preuve un certificat d'ivressomètre établissant que Grdic avait fourni à 19 h 30 et encore à 19 h 50 ce même jour deux échantillons d'haleine qui indiquaient l'un et l'autre un taux d'alcoolémie de 0,17. Grdic a plaidé l'erreur sur la personne. Il reconnaît avoir été arrêté le jour en question, mais nie que ce soit à l'heure mentionnée. D'après son témoignage, corroboré par celui de sa fille, il a été arrêté vers midi et à 17 h 30 il se trouvait chez lui. Grdic fait donc valoir que la police a dû confondre ses certificats d'ivressomètre avec ceux de quelqu'un d'autre.

Le juge du procès a acquitté Grdic relativement aux accusations de conduite avec facultés affaiblies, disant:

[TRADUCTION] Il est bien évident qu'il y a eu parjure en cette Cour. J'estime toutefois que ce n'est pas à moi de résoudre ce problème. Cette tâche appartient à quelqu'un d'autre et je rejette les deux chefs d'accusation.

Au procès pour parjure, le ministère public a cité le policier qui avait déjà déposé au cours du procès pour conduite avec facultés affaiblies, mais a fait témoigner en outre un gardien du poste de police qui a dit avoir reçu un appel radio dudit policier le 23 juin 1979 et avoir noté qu'il était 18 h 50. Le ministère public a également cité comme témoin l'opérateur de l'ivressomètre. Son témoignage recoupe essentiellement les renseignements contenus dans son certificat d'analyse produit comme pièce au procès de novembre 1979. S'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Gushue c. La*

*Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798, acquitted the appellant on the basis of issue estoppel before he was required to elect whether or not to call evidence. He found that the issue before him on the perjury trial had been determined at the impaired driving trial. He also found that the evidence called on the perjury trial was available to the Crown at the earlier trial.

The Crown appealed to the British Columbia Court of Appeal which allowed the appeal. McFarlane J.A., writing for the Court, found that the trial judge misapprehended and misapplied *Gushue* in the same way as *Gushue* had been misapprehended and misapplied by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, and by the Saskatchewan District Court in *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13. The Court of Appeal did not, however, make clear whether it believed that Chief Justice Laskin's decision in *Gushue* stands for the proposition that issue estoppel is *never* available on a perjury charge or whether it is available only where the Crown is attempting to re-try the accused.

In both *Gordon* and *Linnen*, *supra*, *Gushue* was interpreted as holding that the defence of issue estoppel is available to a person accused of perjury whenever the effect of the perjury charge would be to re-try the accused on issues considered during the first trial in which the impugned testimony was given. As articulated by Kerans J. in *Gordon* at p. 657, issue estoppel would apply any time a common issue can be made out between the initial trial and the subsequent perjury charge. This view is premised on Chief Justice Laskin's statement that the initial "jury finding . . . must be regarded as conclusively true" (*Gushue* at p. 805). This statement, in turn, was construed by the courts in *Gordon* and *Linnen* as grounding issue estoppel in a policy that the integrity of jury verdicts must be protected. By contrast, the Court of Appeal in the case at bar suggests that the alternative interpretation of *Gushue*, namely that issue estoppel is available only where the accused is placed in double jeopardy, is the more plausible one. The problem

*Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798, le juge du procès a acquitté l'appelant sur le fondement de la fin de non-recevoir avant que celui-ci ait pu être appelé à décider s'il allait citer des témoins. Il a conclu que la question dont il était saisi dans le cadre du procès pour parjure avait été tranchée au procès pour conduite avec facultés affaiblies. Il a conclu en outre que les témoins cités par le ministère public au cours du procès pour parjure auraient pu être au procès initial.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par le ministère public. Le juge McFarlane, qui a rédigé les motifs de la Cour, a conclu que le juge du procès avait mal compris et mal appliqué l'arrêt *Gushue* comme l'avaient fait la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, et la Cour de district de la Saskatchewan dans l'affaire *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13. La Cour d'appel n'a toutefois pas précisé si elle estimait que le juge en chef Laskin pose comme principe dans l'arrêt *Gushue* qu'une fin de non-recevoir ne peut *jamais* être opposée à une accusation de parjure ou si elle peut être soulevée seulement lorsque le ministère public essaie de faire juger à nouveau l'accusé.

Dans les affaires *Gordon* et *Linnen*, précitées, on a conclu que l'arrêt *Gushue* établit qu'une fin de non-recevoir peut être invoquée par une personne accusée de parjure chaque fois que le procès relatif à cette accusation aurait pour effet de juger à nouveau l'accusé sur des questions examinées au cours du procès initial à l'occasion duquel a été rendu le témoignage attaqué. Selon le point de vue exprimé par le juge Kerans dans l'affaire *Gordon*, à la p. 657, la fin de non-recevoir pourrait s'appliquer chaque fois qu'il est possible de prouver que le procès portant sur l'accusation de parjure soulève une question déjà étudiée au procès initial. Cette opinion est fondée sur la déclaration du juge en chef Laskin que la première «conclusion du jury . . . doit être considérée comme définitive» (l'arrêt *Gushue*, à la p. 805). Dans les affaires *Gordon* et *Linnen*, les cours ont jugé que, vu cette déclaration, la fin de non-recevoir avait pour fondement une politique générale visant à maintenir intacts les verdicts des jurys. En l'espèce, par contre, la

confronting the Court in the present appeal, therefore, is to determine the scope of issue estoppel as enunciated in *Gushue* and particularly its applicability to criminal verdicts and subsequent perjury prosecutions.

The appellant appealed as of right to this Court pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*. Three distinct issues of law are raised on the appeal, namely (a) issue estoppel; (b) the relationship between issue estoppel and fraud; and (c) the kind of evidence the Crown must produce in the perjury trial. I propose to deal with those in turn.

(a) Issue estoppel

The doctrine of *res judicata* reflects the fundamental premise that there must at some point be an end to litigation. Accordingly, the doctrine is generally treated as part of the law of estoppel. In its broadest sense a plea of *res judicata* is an allegation that the entire legal rights and obligations flowing between the parties, including questions of both law and fact, have been conclusively disposed of by an earlier judgment: see *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) An estoppel, however, can apply also to a single issue which may arise between two parties who, although litigating for the second time regarding issues related factually to their first case, face each other in an altogether new cause of action: see *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

In *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536, Lord Guest indicated that the criteria required for the operation of issue estoppel are threefold: (a) the identical question must have been decided in both cases; (b) the judgment creating the estoppel must be a final judgment; and (c) the parties must be the same in both actions. For purposes of this appeal, however, the most significant criterion is that the issue

Cour d'appel retient l'autre interprétation de l'arrêt *Gushue*, c'est-à-dire qu'une fin de non-recevoir ne peut être utilisée que lorsque l'accusé est devant un double péril. Le problème qui se présente à la Cour ici consiste donc à établir quelle est, selon l'arrêt *Gushue*, la portée de la fin de non-recevoir et, en particulier, comment elle s'applique aux verdicts en matière criminelle et aux poursuites subséquentes pour parjure.

L'appelant s'est pourvu de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *Code criminel*. Le pourvoi soulève trois questions de droit distinctes, savoir a) la fin de non-recevoir; b) la relation entre la fin de non-recevoir et la fraude et c) le genre de preuve à produire par le ministère public au cours d'un procès pour parjure. Je me propose de traiter à tour de rôle chacun de ces points.

a) La fin de non-recevoir

Le principe de la chose jugée traduit la prémisse fondamentale qu'un litige ne peut durer indéfiniment. Par conséquent, on classe généralement ce principe dans le droit relatif à la fin de non-recevoir. Dans son sens le plus large, un plaidoyer de chose jugée revient à faire valoir qu'un jugement antérieur a réglé définitivement l'ensemble des questions relatives aux droits et aux obligations des parties, y compris les questions de droit et de fait: voir l'arrêt *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.) Une fin de non-recevoir peut toutefois être invoquée dans le cas d'une unique question soulevée par deux parties qui, bien qu'il s'agisse d'un second litige sur des questions qui se rapportent par leurs faits à celles débattues au premier procès, ont une cause d'action tout à fait nouvelle: voir l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.)

Dans l'affaire *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.*, [1966] 2 All E.R. 536, lord Guest indique que trois critères doivent être remplis pour qu'on puisse invoquer une fin de non-recevoir: a) la question litigieuse doit être identique dans les deux causes; b) le jugement sur lequel repose la fin de non-recevoir doit être final; et c) il doit s'agir des mêmes parties dans les deux actions. Aux fins du présent pourvoi, toutefois, le critère le plus impor-

alleged to trigger the estoppel must have clearly confronted the court in the previous proceeding and must have been determined with certainty in the course of that court's findings: see *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804 (C.A.); *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369 (H.L.) As Dickson J. (as he then was) stated in *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 254-55:

Is the question to be decided in these proceedings . . . the same as was contested in the earlier proceedings? If it is not, there is no estoppel. It will not suffice if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment.

(Emphasis added.)

It was held by Laskin C.J. in *Gushue* that issue estoppel can in theory apply so as to prevent re-litigation of an issue between the Crown and the accused in criminal proceedings although as Lord Morris of Borth-y-Gest pointed out in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 at pp. 1321-22, it is only in extremely rare circumstances that the relevant issue whose re-litigation is sought to be estopped can be with sufficient precision identified in the judgment on the earlier proceedings. Indeed, Lord Devlin in *Connelly* highlighted the central concern in indicating that a criminal verdict typically entails no determination of separate issues by the trier of fact so that its conclusion on any given issue must, in the words of Dickson J. in *Angle, supra*, be inferred by argument from the judgment. Accordingly Laskin C.J. in *Gushue* expressed extreme hesitancy in ever permitting an estoppel of a particular question of fact to be premised on a previous criminal verdict in which no specific findings of fact were articulated. Otherwise, he queried, at p. 803:

How can it be ascertained on what issue or issues the finding rested for the purpose of foreclosing a relitiga-

tant est que la question qui est censée donner lieu à une fin de non-recevoir doit avoir été posée clairement à la cour au cours des procédures antérieures et avoir été tranchée de façon définitive: voir les arrêts *Re Koenigsberg, Public Trustee v. Koenigsberg*, [1949] 1 All E.R. 804 (C.A.); *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] 1 All E.R. 369 (H.L.) Comme le souligne le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, aux pp. 254 et 255:

Est-ce que la question à être décidée en l'espèce . . . est la même que celle que l'on a débattue dans l'affaire antérieure? Si elle ne l'est pas, il n'y a pas de fin de non-recevoir. Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge en chef Laskin a conclu dans l'arrêt *Gushue* qu'une fin de non-recevoir peut théoriquement être soulevée pour empêcher que, dans le cadre d'une poursuite criminelle, une question soit remise en cause; toutefois, comme le fait remarquer lord Morris of Borth-y-Gest dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, aux pp. 1321 et 1322, c'est seulement dans des cas extrêmement rares que la question pertinente dont on veut empêcher la remise en cause se dégage de façon assez précise du jugement antérieur. En fait, dans l'arrêt *Connelly*, lord Devlin a fait ressortir la difficulté essentielle lorsqu'il souligne que, normalement, un verdict criminel ne comporte aucune décision du juge des faits sur des questions distinctes de sorte que sa conclusion sur une question donnée doit, suivant les mots employés par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, être inférée du jugement par raisonnement. C'est pourquoi le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Gushue*, se dit très réticent à permettre qu'une fin de non-recevoir opposée à une question de fait en particulier soit fondée sur un verdict criminel antérieur où aucune conclusion de fait précise n'a été exprimée. À ce propos, il se demande, à la p. 803:

Comment peut-on s'assurer de la question ou des questions sur lesquelles porte la conclusion pour empêcher



tion of that issue or those issues in a subsequent criminal prosecution?

The difficulty in identifying with certainty the factual basis upon which a criminal judgment rests has generally led to a much more limited application of issue estoppel in criminal law than in civil litigation. In the absence of specific findings by the previous court, issue estoppel has been held to "only estop[s] the Crown from questioning in later legal proceedings that which was in substance *fundamental* to the decision in earlier proceedings": *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (Ont. H.C.) at p. 218. (Emphasis added). The restrictive application of the doctrine may be illustrated by the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, a case which entailed facts identical to those in the present appeal. The accused, having first been acquitted of a motor vehicle offence on the strength of his defence of mistaken identity, was charged with having perjured himself during the course of the testimony he gave on his own behalf. Viscount Dilhorne, while expressing doubts as to the very availability of the doctrine in criminal law, noted that even if issue estoppel could operate as a bar to re-opening a conclusively determined fact, that fact would have to be so crucial to the verdict of the first court as to preclude its relevance to any other charge (p. 22). As Lord Widgery C.J. pointed out in the Court of Appeal, *R. v. Humphrys*, [1975] 2 All E.R. 1023, at p. 1026:

... it is only in quite exceptional cases that an argument based on issue estoppel is likely to succeed because it is only in the clearest cases, where it is obvious that the court before which the earlier proceedings were held must have applied its mind and decided the issue on which estoppel is claimed, that the matter can be recognised as having any virtue or effect on the subsequent proceedings.

I must respectfully differ from my learned colleague in his view that a finding was made by the trial judge trying Grdic on the impaired driving charges that he was not the person driving the car at 6:30 p.m. On the contrary, the trial judge, it seems to me, expressly refrained from making any

qu'elles ne soient remises en cause dans une poursuite criminelle subséquente?

Comme il est difficile d'établir avec certitude les faits sur lesquels repose un jugement criminel, la fin de non-recevoir a, de façon générale, une portée beaucoup plus restreinte en droit criminel qu'en matière civile. On a jugé que, à défaut de conclusions expresses de la première cour, une fin de non-recevoir [TRADUCTION] «a simplement pour effet d'empêcher le ministère public de remettre en cause dans le cadre d'une instance ultérieure ce qui était en substance *fondamental* dans la décision antérieure»: *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C. Ont.) à la p. 218. (Italiques ajoutées.) L'arrêt de la Chambre des lords, *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, dont les faits sont identiques à ceux de l'espèce, peut servir à illustrer la portée restreinte de la règle. Ayant opposé avec succès à une infraction relative à l'utilisation d'un véhicule automobile une défense d'erreur sur la personne, l'accusé a par la suite été inculpé de parjure commis au cours de son propre témoignage. Le vicomte Dilhorne, tout en faisant des réserves sur la possibilité même d'invoquer la règle en droit criminel, a fait remarquer que, même quand une fin de non-recevoir pouvait empêcher la réouverture des débats sur une question tranchée de façon définitive, il fallait que cette question soit un élément à ce point capital du verdict de la première cour qu'elle n'aurait aucune pertinence relativement à une autre accusation (à la p. 22). Comme le signalait le lord juge en chef Widgery en Cour d'appel, *R. v. Humphrys*, [1975] 2 All E.R. 1023, à la p. 1026:

[TRADUCTION] ... ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'un argument fondé sur une fin de non-recevoir a des chances d'être retenu, car c'est seulement dans les causes les plus claires, où il est évident que la cour saisie de l'instance antérieure a dû étudier et trancher la question pour laquelle la fin de non-recevoir est invoquée, qu'on peut dire que la décision a une incidence ou un effet quelconque sur les procédures subséquentes.

Avec égards, je me vois dans l'impossibilité de partager l'avis de mon savant collègue que lorsque le juge du procès a jugé Grdic sur les accusations de conduite avec facultés affaiblies, il a conclu que ce n'était pas lui qui était au volant de l'automobile à 18 h 30. Au contraire, à ce qu'il me semble,

finding on that issue. In stating his suspicion that perjury had been committed he gave a strong indication that, although he had a reasonable doubt as to the Crown's version of the events, he was not prepared to accept the facts as presented by the accused. Having regard to that reasonable doubt he had no alternative but to acquit. Accordingly, in the present case the factual determination on which the estoppel is based is one that would have to be inferred from the earlier judgment since it was not the subject of an express finding as required by Dickson J. in *Angle, supra*. Since it cannot conclusively be inferred from that judgment, I do not believe that issue estoppel constitutes a bar to the Crown's pursuit of the perjury charge.

(b) Issue estoppel and fraud

Having concluded that issue estoppel is not available to Grdic it is not, strictly speaking, necessary for me to address the issue of the effect of fraud on the application of the doctrine. However, since much of the argument was devoted to this issue and since my colleague has dealt with it at some length in his reasons, I am addressing it briefly.

Assuming that I am wrong in concluding that a finding of fact in the accused's favour was not implicit in his acquittal on the impaired driving charges and that the doctrine of issue estoppel may be raised by Grdic as a defence to the perjury charge, Grdic faces the hurdle that fraud represents an extrinsic act which can serve to vitiate the initial proceedings: see *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644. Perjury may be said to be a species of deceitful conduct which, although not itself actionable, partakes of all of the elements of fraud: see *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122 (Q.B.); *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480 (H.L.) Accordingly, it is evident that if perjury or other fraudulent conduct can be established any estoppel which might otherwise exist will necessarily be lost.

il s'est expressément abstenu de se prononcer sur cette question. En disant qu'il soupçonnait un parjure, il a laissé fortement entendre qu'il entretenait un doute raisonnable quant à la version des événements donnée par le ministère public, mais qu'il n'était pas davantage disposé à accepter les faits tels que l'accusé les a présentés. Compte tenu de ce doute raisonnable, le juge du procès n'avait d'autre choix que l'acquittement. Par conséquent, en l'espèce, la conclusion de fait qui constitue le fondement de la fin de non-recevoir devrait être inférée du jugement antérieur, puisqu'il ne s'agit nullement d'une conclusion expresse au sens où l'exige le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Étant donné qu'on ne peut pas l'inférer de ce jugement de façon concluante, je ne pense pas que la fin de non-recevoir empêche le ministère public de donner suite à l'accusation de parjure.

<sup>d</sup> b) La fin de non-recevoir et la fraude

Vu la conclusion que Grdic ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir, il n'est pas strictement nécessaire de traiter de l'effet de la fraude sur la possibilité de soulever ce type d'exception. Toutefois, puisque les plaidoiries ont porté en grande partie sur cette question et que mon collègue s'est étendu sur le sujet dans ses motifs, je me propose d'en parler brièvement.

À supposer que j'aie tort de conclure qu'une conclusion de fait en faveur de l'accusé ne découle pas implicitement de son acquittement sur les inculpations de conduite avec facultés affaiblies et qu'il puisse plaider la fin de non-recevoir en tant que défense à l'accusation de parjure, Grdic a tout de même un autre obstacle à surmonter, savoir que la fraude est un acte extrinsèque pouvant avoir pour effet de vicier les procédures initiales: voir *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644. On peut dire que le parjure est une espèce de conduite trompeuse qui, sans donner elle-même lieu à des poursuites, comprend tous les éléments de la fraude: voir les affaires *Hargreaves v. Bretherton*, [1958] 3 All E.R. 122 (Q.B.); *Watson v. M'Ewan*, [1905] A.C. 480 (H.L.) Il est donc évident que, s'il est possible d'établir le parjure ou toute autre conduite frauduleuse, une fin de non-recevoir qui aurait pu par ailleurs être invoquée ne pourra nécessairement plus l'être.

The offence of perjury requires for its proof an examination of the record of the initial proceedings since regardless of whether the court was actually misled, the *actus reus* of the offence is the giving of false evidence and the *mens rea* of knowingly doing so can be inferred from such an act: see *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107. The record of the prior testimony must be compared with some other objective evidence establishing the falsity of such testimony (*R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112, at p. 114) so that to a certain extent the record of the prior proceedings always constitutes part of the evidence in the subsequent one. Accordingly, although Lord Widgery correctly points out in *Humphrys, supra*, that there is no exception *per se* to the doctrine of issue estoppel in relation to a charge of perjury, and the perjury charge cannot be a guise for re-trying the initial case against the accused, the doctrine does not operate so as to make inadmissible evidence going to the act of making a false statement under oath. Proof of such an act, of course, then amounts to the fraud required in order to undermine the very basis on which the estoppel is founded.

(c) The need for new evidence

There are two accepted limitations to the rule that issue estoppel cannot be set up by a party who obtained the initial judgment by fraud, the first being the requirement that any subsequent case against such an accused be made by the Crown on the basis of fresh evidence. This limitation was accepted by Laskin C.J. in *Gushue* and is eminently sensible in view of the need to prohibit the Crown from re-litigating an issue determined adversely to it by the initial court. The fresh evidence rule, however, is not an issue in the present case as the Crown did in fact introduce evidence in the perjury case that had not previously formed part of its case against the accused.

The second limitation to the rule that fraud undermines issue estoppel, however, is very much in issue if one accepts for the moment that issue

Pour prouver l'infraction de parjure, il faut examiner le dossier des procédures initiales parce que, indépendamment de savoir si la cour a été effectivement induite en erreur, l'*actus reus* de l'infraction consiste à porter un faux témoignage et la *mens rea*, c'est-à-dire l'avoir fait sciemment, peut être inférée de cet acte: voir l'arrêt *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107. Il faut mettre le témoignage antérieur en regard d'autre preuve objective établissant la fausseté dudit témoignage (*R. v. Threlfall* (1914), 10 Cr. App. R. 112, à la p. 114) de sorte que, dans une certaine mesure, le dossier des procédures antérieures fait toujours partie de la preuve de l'instance subséquente. Par conséquent, bien que lord Widgery ait raison de souligner dans l'arrêt *Humphrys*, précité, qu'il n'existe pas d'exception en soi à la règle de la fin de non-recevoir dans le cas d'une accusation de parjure et que cette accusation ne peut constituer un prétexte pour juger à nouveau l'infraction initiale reprochée à l'accusé, cela n'entraîne pas l'inadmissibilité de preuves portant sur l'acte qui consiste à faire une fausse déclaration sous serment. Il va sans dire que la preuve d'un tel acte correspond alors à la fraude requise pour saper le fondement même de la fin de non-recevoir.

c) Le besoin d'une nouvelle preuve

On admet deux restrictions à la règle selon laquelle une partie qui a employé la fraude pour obtenir le jugement initial ne peut se prévaloir d'une fin de non-recevoir; la première restriction impose que toute poursuite subséquente du ministère public contre un tel accusé repose sur une nouvelle preuve. Cette restriction a été acceptée par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Gushue* et est éminemment raisonnable compte tenu de la nécessité d'empêcher le ministère public de remettre en cause une question sur laquelle la décision de la première cour lui est défavorable. Toutefois, il n'est pas question en l'espèce de l'application de la règle de la nouvelle preuve, car le ministère public a en fait produit dans le cadre du procès pour parjure des éléments de preuve qui n'avaient pas été apportés au cours de l'instance précédente.

La seconde restriction à la règle selon laquelle la fraude sape la fin de non-recevoir est toutefois directement en cause si on accepte, aux fins de

estoppel is available to the accused in the present situation. As it is traditionally stated, this limitation reflects the idea that a prior finding of fact can only be undermined through the introduction of new evidence which was not and could not by reasonable diligence have previously been obtained: see *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801 at p. 814 (H.L.) Lord Hailsham articulated the policy grounds underlying this rule in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, *supra*, at p. 40 where he stated that the fact that the accused was in jeopardy of answering the full case had the Crown been diligent in its conduct of the initial trial leads to a demand that it be barred from compensating for its lack of diligence in a second attempt to convict the accused. Accordingly, the rule reflects the fundamental premise of the entire doctrine of *res judicata* namely, that it is necessary at some point to put an end to any given piece of litigation.

As expressed by Lord Hailsham, the rule that any fresh evidence brought forward by the Crown must have been unavailable at the initial trial is based on the principle that the Crown must be estopped from increasing the prejudice faced by the accused resulting from the Crown's own lack of diligence. This rule, therefore, makes sense when applied to the ordinary plea of *res judicata* since the non-diligent prosecution of the accused for the offence charged cannot give way to a subsequent more thorough prosecution for the same offence. It is in this respect that Friedland in his book *Double Jeopardy* (1969), makes the assertion (p. 129) referred to by my colleague that an acquittal must be perceived as equivalent to a finding of innocence. However, an acquittal for the offence of impaired driving cannot be said to be equivalent to a finding of innocence in a separate charge for perjury any more than it can apply to an altogether factually distinct offence. Where the question is one of issue estoppel rather than *res judicata*, and the second offence is different from the one with which the accused was initially charged, the prejudice imposed upon the accused is not increased by a lack of diligence on the part of the Crown. Indeed, the only result of the Crown's

l'analyse, que l'accusé peut soulever une fin de non-recevoir en l'espèce. Dans sa formulation traditionnelle, cette restriction traduit la notion qu'une conclusion de fait antérieure ne peut être attaquée que par une nouvelle preuve qu'on n'a pas obtenu auparavant et qu'on ne pouvait pas obtenir par une diligence raisonnable: voir l'arrêt *Phosphate Sewage Co. v. Molleson* (1879), 4 App. Cas. 801, à la p. 814 (H.L.) Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, précité, à la p. 40, lord Hailsham énonce les principes généraux sur lesquels repose cette restriction. Selon lui, le fait que l'accusé aurait eu à répondre à l'ensemble de la preuve si le ministère public avait été diligent dans la conduite des poursuites initiales, entraîne que le ministère public ne doit pas pouvoir rattraper son manque de diligence en tentant une seconde fois de faire déclarer l'accusé coupable. La restriction exprime donc la prémisse fondamentale qui sous-tend tout le principe de la chose jugée, savoir qu'il faut bien à un moment donné mettre fin à un litige.

Telle qu'elle est énoncée par lord Hailsham, la règle voulant que toute nouvelle preuve produite par le ministère public ne doive pas avoir été disponible lors du procès initial a pour fondement le principe selon lequel il faut empêcher le ministère public, par son propre manque de diligence, d'accroître le préjudice auquel l'accusé est exposé. Il est donc logique d'appliquer cette règle au plaidoyer ordinaire de chose jugée, car, si on manque de diligence en poursuivant l'accusé pour l'infraction qui lui est reprochée, on ne peut par la suite engager des poursuites plus complètes relatives à la même infraction. C'est à ce propos que Friedland dans son ouvrage intitulé *Double Jeopardy* (1969), à la p. 129, fait l'observation, citée par mon collègue, qu'un acquittement doit être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence. Cependant un acquittement relatif à l'infraction de conduite avec facultés affaiblies n'est pas l'équivalent d'une déclaration d'innocence à l'égard d'une accusation distincte de parjure pas plus qu'il ne le serait dans le cas d'une infraction tout à fait différente sur le plan des faits. Lorsqu'on soulève une fin de non-recevoir plutôt que la chose jugée et que la seconde infraction est différente de celle initialement imputée à l'accusé, un

failure to bring forward all the evidence going to rebut the accused's allegedly perjured testimony in the first instance is the failure of the prosecution to win a conviction on the initial charge. Accordingly, rather than facing the possibility of two convictions, the accused is in jeopardy of conviction for only one offence. The policy ground of increased prejudice upon which Lord Hailsham's insistence on the requirement of previously unavailable evidence is based has no application here. So long as the Crown introduces some evidence that was not introduced on the initial trial there is no basis in principle for excluding fresh evidence probative of the alleged falsity of the accused's testimony.

#### Summary of Conclusions

Although the doctrine of issue estoppel is in principle applicable to criminal proceedings where the Crown brings a second charge tangentially concerning the same facts as a charge on which the accused was acquitted, availability of the doctrine depends on there being explicit findings of fact on which the initial verdict can be seen to have logically depended. Such facts must be perceived as having been affirmatively found by the original court and cannot be such as must be gathered only inferentially from the initial verdict or as to the finding of which the initial verdict reflects only a reasonable doubt.

Even if the necessary finding of fact can be discerned in the initial judgment, a party raising issue estoppel as a defence to a perjury charge must overcome the hurdle posed by the rule that a judgment fraudulently obtained cannot form the basis of an estoppel. Accordingly, at a minimum the record of the initial trial must be put in evidence since the falsity of the accused's testimony is the central issue in the perjury charge. Although the Crown may be barred from using the perjury charge as a guise in which to simply re-litigate the original charge on evidence it failed

manque de diligence de la part du ministère public n'a nullement pour effet d'accroître le préjudice auquel l'accusé est exposé. En fait, le défaut du ministère public de produire la totalité de la preuve contredisant le faux témoignage que l'accusé aurait fait au cours du premier procès n'a pas d'autre effet que d'empêcher la poursuite d'obtenir une déclaration de culpabilité sur l'accusation initiale. Tel étant le cas, l'accusé court le risque d'être déclaré coupable non pas de deux infractions, mais d'une seule. On ne peut appliquer en l'espèce le principe général relatif à l'accroissement du préjudice en fonction duquel lord Hailsham insiste pour qu'il y ait une preuve dont on ignorait auparavant l'existence. Du moment que le ministère public apporte une preuve non produite au cours du procès initial, on ne peut en vertu d'aucun principe exclure une nouvelle preuve tendant à établir la fausseté du témoignage de l'accusé.

#### Résumé des conclusions

Bien que la règle de la fin de non-recevoir puisse en principe être invoquée dans le cadre de poursuites criminelles engagées par le ministère public relativement à une seconde accusation qui se rapporte indirectement aux mêmes faits que ceux d'une accusation relativement à laquelle l'accusé a été acquitté, on ne peut la soulever en l'absence de conclusions de fait explicites dont, à l'évidence, dépendait logiquement le verdict initial. Ces faits doivent être considérés comme ayant été clairement établis par la première cour; il ne peut s'agir de faits qui doivent être inférés du verdict initial ou relativement auxquels ce verdict ne traduit qu'un doute raisonnable.

À supposer même qu'il soit possible de discerner la conclusion de fait nécessaire dans le jugement initial, une partie qui oppose une fin de non-recevoir à une accusation de parjure doit surmonter l'obstacle que constitue la règle voulant qu'un jugement obtenu par la fraude ne puisse fonder une fin de non-recevoir. En conséquence, il faut à tout le moins que le dossier du premier procès soit produit en preuve, car la fausseté du témoignage de l'accusé se trouve au centre de l'accusation de parjure. Quoique le ministère public puisse être irrecevable à se servir de l'accusation de parjure

to adduce on the original charge, there appears to be no logical reason to estop a prosecution from introducing fresh evidence which, although available all along, is probative of the essential elements of the perjury charge. Such evidence, despite its having been available, may have been perceived as of only minimal relevance to the initial charge and its subsequent introduction in the case to which it is highly relevant cannot be said to prejudice the accused in any way.

For these reasons I would dismiss the appeal.

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

LAMER J.—This appeal addresses the question of the availability of the defence of issue estoppel *per rem judicatam* on a charge of perjury. It also affords an opportunity to examine the application of the doctrine of double jeopardy and see to what extent its effect with respect to a perjury prosecution is to introduce an exception to the general rule that “issue estoppel” cannot be founded on fraud.

#### The Facts

In November 1979, the appellant Grdic was tried on charges that, on June 23, 1979, he drove while impaired and with a blood alcohol level over .08. A police constable testified that he had stopped Grdic at approximately 6:30 p.m. when he observed him driving erratically. A certificate of analysis was introduced to prove that Grdic had provided breath samples at 7:30 p.m. and 7:50 p.m. on June 23 and that the samples indicated a blood alcohol level of .17.

Grdic testified that he had been stopped for impaired driving on June 23 but denied that he was driving and was stopped at the time given by the constable. His testimony was that he was stopped at approximately noon, gave samples of his breath at that time, and that he was definitely home as of 5:00 p.m. Grdic’s daughter gave evi-

comme prétexte pour simplement remettre en cause l’accusation initiale en apportant des preuves non produites au premier procès sur cette accusation, il paraît ne pas y avoir de raison logique d’empêcher la poursuite de présenter une nouvelle preuve qui, bien qu’ayant toujours été disponible, établit les éléments essentiels de l’accusation de parjure. Malgré l’existence de cette preuve, on a pu estimer qu’elle n’avait que très peu de rapport avec l’accusation initiale et on ne peut pas dire que sa production ultérieure dans l’affaire où elle est éminemment pertinente cause un préjudice à l’accusé.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi porte sur la possibilité d’opposer une fin de non-recevoir *per rem judicatam* (estoppel) à une accusation de parjure. Il fournit en même temps l’occasion d’examiner l’application de la doctrine du double péril et de voir dans quelle mesure, dans des poursuites pour parjure, cette doctrine a pour effet de créer une exception à la règle générale selon laquelle une «fin de non-recevoir» ne peut se fonder sur la fraude.

#### Les faits

En novembre 1979, l’appellant Grdic a subi son procès relativement à des accusations d’avoir, le 23 juin 1979, conduit alors que ses facultés étaient affaiblies et qu’il avait un taux d’alcoolémie de plus de 0,08. Un agent de police a témoigné qu’il avait arrêté Grdic vers 18 h 30 après l’avoir vu conduire de façon irrégulière. On a produit en preuve un certificat d’analyse établissant que Grdic avait fourni des échantillons d’haleine à 19 h 30 et à 19 h 50 le 23 juin et que ces échantillons indiquaient un taux d’alcoolémie de 0,17.

Grdic a témoigné que, le 23 juin, il s’était fait arrêter pour conduite avec facultés affaiblies, mais il a nié avoir conduit et avoir été arrêté à l’heure mentionnée par l’agent de police. Selon le témoignage de Grdic, il a été arrêté vers midi, a alors fourni des échantillons d’haleine et était certainement chez lui dès 17 h. Son témoignage a été

dence corroborating his testimony. The Crown did not attempt to call anyone in rebuttal.

The trial judge dismissed the charges.

In June 1980, the appellant was tried on a charge that he had perjured himself during the course of his trial in November 1979. At the perjury trial the Crown called the same police constable who had testified at the original trial and called other witnesses, who had not, in order to corroborate the constable's version of the time at which Grdic had been stopped. The trial judge acquitted Grdic before he was required to elect whether to call evidence, on the basis of the application of issue estoppel.

#### Judgments

##### 1) *Provincial Court of British Columbia: Overend Prov. Ct. J.*

He was of the view that the point at issue in the perjury case, the truth of the appellant's alibi, was determined by Behncke Prov. Ct. J. who he dismissed the original charges; that the Crown was not allowed, in effect, to re-try an accused through the mechanism of a trial on perjury charges, except if there was fresh evidence which was not available at the time of the original trial. Finding that the evidence to rebut Grdic's alibi was available to the Crown at the time of the original trial and that it did not seek to apply for an adjournment to call rebuttal evidence, he applied the principle of issue estoppel and, as a result, acquitted the accused.

##### 2) *Court of Appeal of British Columbia: McFarlane J.A., Carrothers and Hinkson J.J.A. concurring.*

McFarlane J.A. felt it significant that the trial judge who acquitted Grdic on the original charges indicated that it was apparent that perjury had been committed and that it was not up to him to solve that problem.

He thought that the trial judge in the present case had misinterpreted *dicta* by Laskin C.J. in his

corroboré par celui de sa fille. Personne n'a présenté de contre-preuve au nom de la poursuite.

Le juge du procès a rejeté les accusations.

En juin 1980, l'appellant a été traduit en justice pour s'être parjuré au cours de son procès de novembre 1979. Au procès pour parjure, la poursuite a cité l'agent de police qui avait déjà témoigné au premier procès et d'autres témoins, qui n'avaient pas déposé à cette occasion-là, afin d'appuyer le récit de l'agent de police quant à l'heure où Grdic avait été arrêté. Le juge du procès, se fondant sur l'application de la fin de non-recevoir, a prononcé l'acquittement de Grdic avant que celui-ci n'ait eu à décider s'il allait présenter une preuve.

#### Les jugements

##### 1) *Cour provinciale de la Colombie-Britannique: le juge Overend*

Le juge Overend a été d'avis que le point en litige au procès pour parjure, savoir la véracité de l'alibi de l'appellant, avait été tranché par le juge Behncke de la Cour provinciale lorsqu'il a rejeté les accusations initiales et que le ministère public ne pouvait, par le biais de poursuites pour parjure, faire juger un accusé de nouveau, à moins qu'il y ait des preuves nouvelles non disponibles au premier procès. Concluant que la poursuite disposait des preuves nécessaires pour réfuter l'alibi de Grdic lors du premier procès et qu'elle n'avait pas demandé d'ajournement afin de pouvoir produire ces contre-preuves, le juge Overend a appliqué le principe de la fin de non-recevoir et, par conséquent, a acquitté l'accusé.

##### 2) *Cour d'appel de la Colombie-Britannique: le juge McFarlane à l'avis duquel les juges Carrothers et Hinkson ont souscrit.*

Le juge McFarlane a attaché de l'importance au fait que le juge du procès qui a acquitté Grdic relativement aux accusations initiales a indiqué qu'il y avait apparemment eu parjure, mais qu'il ne lui appartenait pas de résoudre ce problème.

Il a estimé que le juge du procès dans la présente affaire avait mal interprété l'opinion inci-

judgment in *Gushue v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 798. The case of *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, upon which the trial judge relied for his interpretation of *Gushue*, and *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13, were, in the opinion of the Court of Appeal, incorrectly decided.

In *Gushue* the Chief Justice said, at pp. 805-06:

Logical as this submission may appear to be, what we have to resolve here is a question of policy based on the premise that issue estoppel cannot be founded on false evidence where the falsity is disclosed by subsequent evidence not available at the trial from which issue estoppel is alleged to arise. In my view, unless it can be said that the subsequent prosecution is an attempt by the Crown to re-try the accused—and that is not the case here—the preferable policy is to exclude issue estoppel, especially when the contradictory statements on which the charge under s. 124 is founded consist of admissions of the accused himself.

A reading of these remarks in context shows, said he, that they do not support the proposition that issue estoppel applies on a perjury charge except where the falsity of the accused's evidence can be established by evidence not available at his first trial.

The Crown's appeal was accordingly allowed and a new trial was ordered.

#### Issue

Did the British Columbia Court of Appeal err in holding that issue estoppel was not available on the charge of perjury in this case?

In a contemporaneous case, *Duhamel v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 555, I have summarized the generalities on the law of *res judicata* and need only add here those comments particular to the case at bar.

#### The Meaning of an Acquittal

In the case at bar the trial judge alluded to the commission of perjury. Respondent has not sought support from this but I feel I should nevertheless

dente du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Gushue c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 798. De l'avis de la Cour d'appel, les décisions rendues dans l'affaire *R. v. Gordon*, [1980] 3 W.W.R. 655, sur laquelle le juge du procès a fondé son interprétation de l'arrêt *Gushue*, et dans l'affaire *R. v. Linnen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 13, sont mal fondées.

Dans l'arrêt *Gushue*, le Juge en chef écrit, aux pp. 805 et 806:

Aussi logique que puisse paraître cet argument, ce que nous devons décider ici est une question de principe fondée sur la prémisse que la fin de non-recevoir ne peut s'appuyer sur un faux témoignage lorsque la fausseté en est révélée par une preuve subséquente non disponible au procès d'où ce moyen de défense est censé émaner. À mon avis, sauf si l'on peut dire que par la poursuite subséquente, le ministère public tente de juger à nouveau l'accusé, et ce n'est pas le cas ici, le meilleur principe consiste à écarter la fin de non-recevoir, en particulier lorsque les déclarations contradictoires qui fondent l'accusation portée en vertu de l'art. 124 sont des aveux de l'accusé lui-même.

Ces observations lues dans leur contexte, dit-il, n'appuient pas l'argument selon lequel une fin de non-recevoir peut être opposée à une accusation de parjure, sauf lorsqu'il est possible d'établir la fausseté du témoignage de l'accusé par des preuves dont on ne disposait pas à son premier procès.

L'appel du ministère public a donc été accueilli et un nouveau procès ordonné.

#### La question en litige

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en concluant qu'en l'espèce une fin de non-recevoir ne pouvait être soulevée contre l'accusation de parjure?

Dans l'arrêt contemporain *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555, j'ai résumé les règles générales applicables en matière de *res judicata* et il suffit simplement d'ajouter ici les observations qui intéressent particulièrement la présente instance.

#### Ce que constitue un acquittement

En l'espèce, le juge du procès a fait allusion à la perpétration d'un parjure. L'intimée n'a pas cherché à s'appuyer sur ce point, mais je me sens



address the matter briefly as the Court of Appeal made some reference to the matter as follows:

At that trial the respondent in due course gave evidence to support a defence of alibi. I think it is by no means conclusive, of course, but it is not without significance that in giving his reasons for judgment the trial judge who acquitted the respondent on those charges said:

'It is quite apparent that perjury has been committed in this Court room. I think it is not up to me to solve that problem. I think that it is up to somebody else and I dismiss both counts.'

There are not different kinds of acquittals and, on that point, I share the view that "as a matter of fundamental policy in the administration of the criminal law it must be accepted by the Crown in a subsequent criminal proceeding that an acquittal is the equivalent to a finding of innocence" (see Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 129; also Chitty i, 648; *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339 at p. 349. To reach behind the acquittal, to qualify it, is in effect to introduce the verdict of "not proven", which is not, has never been, and should not be part of our law.

If the trial judge did not believe the accused, as he was entitled to, and his remarks might be construed as suggesting that he in fact did not believe the accused, he should have entered a conviction. Not having done so, Grdic is entitled to the full benefit of his acquittal.

However, this does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the issues raised in the first trial. But it does mean that any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused (see *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; *contra*, *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297 at p. 300). This is so even though the judgment might well be the result of a reasonable doubt on that issue, and even when the judge has said so or expressed views that indicate clearly that his find-

obligé de traiter brièvement de cette question, étant donné que la Cour d'appel en parle dans le passage suivant:

[TRADUCTION] À ce procès, l'intimé a, en temps utile, produit des preuves à l'appui d'une défense d'alibi. Je reconnais volontiers que c'est loin d'être concluant, mais il importe tout de même de noter que le juge du procès qui a acquitté l'intimé relativement à ces accusations tient les propos suivants dans ses motifs de jugement:

«Il est bien évident qu'il y a eu parjure en cette Cour. J'estime toutefois que ce n'est pas à moi de résoudre ce problème. Cette tâche appartient à quelqu'un d'autre et je rejette les deux chefs d'accusation.»

Il n'existe pas différentes sortes d'acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRADUCTION] «le ministère public doit accepter en tant que principe fondamental de l'administration du droit criminel que, dans une poursuite criminelle subséquente, un acquittement équivaut à une déclaration d'innocence» (voir Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 129; voir aussi Chitty i, 648; et *R. v. Plummer*, [1902] 2 K.B. 339, à la p. 349). Aller au-delà de l'acquittement pour le qualifier revient en fait à introduire le verdict de «non prouvé» qui ne fait pas partie de notre droit, n'en a jamais fait partie et ne devrait pas en faire partie.

Si le juge du procès n'a pas cru l'accusé, comme il avait le droit de le faire et comme ses observations peuvent le laisser croire, il aurait dû inscrire une déclaration de culpabilité. Puisque le juge n'a pas procédé de la sorte, Grdic a le droit de bénéficier pleinement de l'acquittement.

Toutefois, cela ne signifie pas qu'aux fins de l'application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées au premier procès. Mais cela signifie effectivement que toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé (voir *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213; à l'effet contraire *Villemaire v. The Queen* (1962), 39 C.R. 297, à la p. 300). Il en est ainsi quoique le jugement ait fort bien pu résulter d'un doute raisonnable sur cette question et même lorsque le juge dit que tel est le cas ou qu'il

ing, though inuring to the benefit of the accused, had been arrived at with reluctance and the judge has suggested that it is not conclusively in favour of the accused.

### The Favourable Finding

The accused, by his defence, is saying: the breathalyzer test taken that evening cannot be mine because I could not be there since I was at home.

The only avenue of acquittal open to the trial court, therefore, given that defence and the nature of the case, was a finding by the trial judge that there was reasonable doubt that the appellant was the person investigated at 6:30 p.m. That issue, subject to certain exceptions, cannot be re-litigated, because, as a matter of law *for the purpose of the application of the doctrine of res judicata*, there has been made in his favour a finding that he was not driving his car at 6:30 p.m.

### Issue Estoppel and Fraud

Issue estoppel cannot inure to a defendant if it be proven that the issue was determined in his favour as a result of fraud, subject to two limitations, one related to the principle of *res judicata*, the other the result of a policy consideration related to fairness to the accused and to the judicial process. De Grey C.J. speaking for the Court in *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644, stated clearly the rule as it had already developed at the time, at p. 651:

... if it was a direct and decisive sentence upon the point, and, as it stands, to be admitted as conclusive evidence upon the Court, and not to be impeached from within; yet, like all other acts of the highest judicial authority, it is impeachable from without: although it is not permitted to show that the Court was mistaken, it may be shown that they were misled.

Fraud is an extrinsic, collateral act; which vitiates the most solemn proceedings of Courts of Justice. Lord Coke says, it avoids all judicial acts, ecclesiastical or temporal.

exprime des opinions qui révèlent clairement que ce n'est qu'avec réticence qu'il est arrivé à sa conclusion en faveur de l'accusé et qu'il laisse entendre que la décision n'est pas rendue de façon concluante en faveur de l'accusé.

### La conclusion favorable

Dans sa défense, l'accusé dit ce qui suit: les alcootests pris ce soir-là ne peuvent être les miens, car je n'étais pas là puisque j'étais chez moi.

Vu ce moyen de défense et la nature de l'affaire, le juge du procès ne pouvait prononcer un acquittement que s'il concluait qu'il existait un doute raisonnable quant à savoir si l'appelant était la personne testée à 18 h 30. Sous réserve de certaines exceptions, le procès ne peut être rouvert sur cette question parce qu'en droit, *aux fins de l'application du principe de la res judicata*, il existe une conclusion en faveur de l'appelant que ce n'était pas lui qui conduisait l'automobile à 18 h 30.

### Fin de non-recevoir et fraude

Un défendeur ne peut invoquer la fin de non-recevoir s'il est prouvé que la question a été tranchée en sa faveur par suite d'une fraude. Cette règle souffre toutefois deux restrictions, l'une qui est reliée au principe de la *res judicata*, l'autre qui découle d'une considération de politique générale reliée à une obligation d'équité envers l'accusé et à l'égard du système judiciaire. Le juge en chef De Grey qui a rédigé les motifs de la cour dans l'affaire *The Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Smith L.C. (13th ed.) 644, formule clairement la règle telle qu'elle était déjà à l'époque, à la p. 651:

[TRADUCTION] ... s'il s'agit d'une décision définitive portant directement sur le point en litige, la Cour doit la recevoir telle quelle à titre de preuve concluante et elle ne doit pas être attaquée par la même preuve; cependant, comme tous les autres actes de la plus grande autorité judiciaire, cette décision peut être attaquée par une preuve extrinsèque; quoiqu'il ne soit pas permis de démontrer que la Cour a commis une erreur, on peut prouver qu'elle a été induite en erreur.

La fraude est un acte extrinsèque et accessoire qui vicie les procédures même les plus solennelles des cours de justice. De l'avis de lord Coke, elle emporte la nullité de tous les actes judiciaires, qu'ils soient ecclésiastiques ou civils.

Fraud may be set up against an accused so as to deny him the benefit of issue estoppel.

There are many forms of fraud that may be invoked, one of which, and I imagine the most common, is the allegation by the Crown of perjury committed by the defendant. Such an allegation is to the effect that the judge not only erred but erred because he was misled by the fraud, in this case, the perjury. If the allegation is successfully established, then the accused cannot estop the Crown from inviting the judge to re-litigate the issue.

#### The First Limitation

If to prove the allegation the Crown is merely tendering the same evidence as that tendered previously, then issue estoppel will survive the attack because the Crown's allegation is, in disguise, but a re-litigation of the issue *as litigated previously*, or, to use the words of De Grey C.J., an attempt "to impeach from within".

Indeed another judge, or conceivably the same judge, hearing the subsequent perjury charge is invited to reconsider the same evidence and conclude differently. This can only be done through the appeal process finding reversible error resulting in the ordering of a new trial before a different judge. Therefore perjury *may* defeat issue estoppel but, as said De Grey C.J., only "from without", that is, only if there is additional evidence (I use here the expression "additional evidence" as including any evidence that was not put before the trier of fact in the previous proceeding, whether available or not at the time); it may defeat the estoppel, but not necessarily, and this leads into the second limitation.

#### Second Limitation

If the additional evidence was available to the Crown under the laws of evidence, using reasonable diligence at the time of the first trial (I am paraphrasing Lord Hailsham of St. Marylebone in

La fraude peut être invoquée contre un accusé de manière à l'empêcher de bénéficier d'une fin de non-recevoir.

a On peut invoquer de multiples formes de fraude parmi lesquelles figure, et je crois que c'est la plus commune, le parjure que, selon le ministère public, le défendeur aurait commis. Selon cette allégation, non seulement le juge a commis une erreur, mais il b l'a commise parce qu'il a été trompé par la fraude, en l'espèce le parjure. Si l'on réussit à prouver cette allégation, l'accusé ne peut à ce moment-là empêcher le ministère public de demander au juge de rouvrir le procès sur la question.

#### La première restriction

c Si le ministère public ne fait que produire à l'appui de l'allégation la preuve apportée précédemment, la fin de non-recevoir sera alors accueillie parce qu'il s'agira simplement d'une tentative déguisée de rouvrir le procès sur la question *déjà plaidée* ou, pour reprendre les termes du juge en chef De Grey, d'une tentative d'attaquer «par la même preuve».

d En fait, on invite un autre juge, ou peut-être le même juge, saisi de l'accusation de parjure, à réexaminer la même preuve et à en tirer une conclusion différente. Cela peut seulement se faire par l'appel où l'on conclut à l'existence d'une erreur donnant lieu à cassation et où l'on ordonne en conséquence la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent. Il s'ensuit qu'un parjure e *peut* faire échouer la fin de non-recevoir mais, comme l'a dit le juge en chef De Grey, «par une preuve extrinsèque», c'est-à-dire, seulement s'il y a une preuve supplémentaire (j'entends par là toute preuve non soumise au juge des faits au cours de la procédure antérieure, peu importe qu'elle ait ou non été disponible à ce moment-là); cela peut faire échouer la fin de non-recevoir, mais ce n'est pas f *nécessairement*, et ceci nous amène à la seconde restriction.

#### La seconde restriction

g Si, en vertu des lois régissant la preuve, le ministère public pouvait, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, avoir accès à cette preuve supplémentaire à l'époque du premier procès (je

*Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, at p. 40), and the Crown failed to tender it, then it is estopped from so doing later on, not *per rem judicatam*, but for reasons of fairness to the accused who was in jeopardy of answering the full case had the Crown been diligent.

Lord Hailsham dealt with the matter under the doctrine of double jeopardy in *Humphrys, supra*, where at p. 40, he said:

In an indictment for perjury like the present I would think that it is the duty of the court to apply the double jeopardy rule against the Crown not as a matter of discretion but as a matter of law where it is satisfied in substance that all the prosecution is doing is trying to get behind the original verdict by re-trying the same evidence. But where the prosecution by calling additional evidence which it could not have had available using reasonable diligence at the time of the first trial is in substance as well as in form putting the accused in jeopardy not for the original alleged misdemeanour of which he has been acquitted (or convicted) but for his crime against justice committed by perjuring himself at the first trial, there is no double jeopardy and the prosecution is entitled to adduce the evidence and make the assertions necessary to achieve its purpose whether or not the effect is to give rise to the inference that the previous verdict of acquittal was insupportable, or the previous conviction and punishment right.

In *Gushue, supra*, this Court's reference to "subsequent evidence not available" must be viewed in the light of the fact that that was the factual situation addressed by the judgment, and that should not be construed as setting a narrower rule than that which I have expressed and which was that suggested by Lord Hailsham.

I would adopt the words of Kerans J. in *R. v. Gordon, supra*, where, addressing the same issue as in this case, he said, at p. 661:

... I don't think it is a matter only whether the evidence was actually before the court in the first trial or, on the other hand, whether it was evidence that simply didn't

paraphrase ici ce que dit lord Hailsham of St. Marylebone dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1977] A.C. 1, à la p. 40), et qu'il ait omis de la produire, il ne peut le faire par la suite; ce n'est pas une fin de non-recevoir *per rem judicatam* qui l'en empêche, mais l'équité envers l'accusé qui aurait été mis devant le péril de faire face à toute la preuve si le ministère public avait été diligent.

Lord Hailsham a traité de la question en vertu de la doctrine du double péril dans l'arrêt *Humphrys*, précité. À la p. 40 de cet arrêt, il dit:

[TRANSDUCTION] Dans le cas d'une accusation de parjure comme la présente, j'estime qu'il incombe à la cour d'appliquer la règle du double péril contre le ministère public, non pas discrétionnairement, mais en droit chaque fois que la cour est convaincue au fond que la poursuite vise uniquement à contourner le verdict initial en instruisant à nouveau le procès sur les mêmes preuves. Mais, lorsque la poursuite, par la production de preuves supplémentaires qu'une diligence raisonnable ne lui aurait pas permis d'obtenir au moment du premier procès, se trouve à mettre l'accusé en péril aussi bien en apparence qu'en réalité, non pas pour l'infraction qu'on lui reprochait initialement et à l'égard de laquelle il a été acquitté (ou reconnu coupable), mais pour le crime qu'il a perpétré contre la justice en se parjurant au cours du premier procès, il n'y a pas alors de double péril et la poursuite peut apporter les preuves et faire les assertions nécessaires pour atteindre son objectif, peu importe que cela puisse ou non amener à conclure au caractère insoutenable du verdict d'acquiescement antérieur ou au caractère juste du verdict de culpabilité et de la peine prononcés antérieurement.

Lorsque, dans l'arrêt *Gushue*, précité, cette Cour parle d'une «preuve subséquente non disponible», il faut se rappeler que c'était là la situation de fait visée par le jugement et qu'on devrait éviter toute interprétation qui établirait une règle plus restrictive que celle que j'ai déjà énoncée et qui était celle proposée par lord Hailsham.

Dans la décision *R. v. Gordon*, précitée, le juge Kerans était appelé à se prononcer sur la même question que celle posée en l'espèce. J'adopte ce qu'il dit à la p. 661:

[TRANSDUCTION] ... À mon avis, la question n'est pas simplement de savoir si la cour disposait réellement de la preuve en question lors du premier procès, ni non plus de

exist at the time of the first trial. I think rather the test is whether or not it was available.

It seems to me much the same policy is involved in the fresh evidence rule. And I am inclined to think the same rule should be applied: "available" means "available by the exercise of reasonable diligence". (Perhaps it should involve also a question of materiality. Fresh evidence operates as a justifying factor. If there is fresh evidence, then a case may be tried and the fresh evidence as well as all other relevant evidence may be advanced, including some that may have been available but not called at the first hearing. The fresh evidence is the Crown's ticket for a new trial. It should therefore be of some significance.)

The practical result of the interaction of these various policy considerations can be enunciated as follows:

On a charge of perjury arising in these circumstances, the Crown is estopped from re-litigating an issue decided in favour of the accused unless it is tendering, in addition to or in lieu of the evidence previously adduced, evidence that was not at the time of the first trial available by the exercise of reasonable diligence.

Now to deal with the facts of this case.

It is conceded by the Crown that the new evidence was available at the time of the original trial. It is argued that "it was not called because it could not have been anticipated that it was necessary". I agree that it could not have been anticipated during the Crown's case prior to the defence; indeed Grdic did not give any indication, either prior to trial or through his cross-examination of witnesses that his defence would be one of mistaken identity through proof of his being present elsewhere at the time of the taking of the sample. That the Crown was taken by surprise by this defence is beyond doubt, as is beyond doubt the fact that the Crown could not, through the exercise of reasonable diligence, foresee the defence. The Crown was therefore entitled to call

savoir s'il s'agissait d'une preuve qui n'existait tout simplement pas à ce moment-là. J'estime que le critère à appliquer est plutôt celui de la disponibilité de cette preuve.

*a* À ce qu'il me semble, l'objet est essentiellement le même que celui visé par la règle quant à la preuve nouvelle et je suis porté à croire qu'il y a lieu d'appliquer la même règle, auquel cas «disponible» signifie «disponible par l'exercice d'une diligence raisonnable». (Peut-être aussi que la pertinence devrait entrer en ligne de compte. Une preuve nouvelle sert de justification. Dès lors qu'il y a une preuve nouvelle, une cause peut être instruite et il devient alors possible de produire cette preuve nouvelle ainsi que toutes les autres preuves pertinentes, y compris celles qui ont pu être disponibles lors de la première audition, mais qui n'ont pas été utilisées. La preuve nouvelle est le moyen par lequel le ministère public peut obtenir un nouveau procès. Il faut donc que cette preuve revête une certaine importance.)

*d* Les conséquences pratiques de l'interaction de ces différentes considérations de politique générale peuvent se formuler de la manière suivante:

*e* Dans le cas d'une accusation de parjure dans ces circonstances, le ministère public ne peut rouvrir le procès sur une question tranchée en faveur de l'accusé, à moins qu'il n'offre, en plus ou à la place de la preuve déjà produite, une preuve qui ne pouvait être obtenue lors du premier procès en faisant preuve de diligence raisonnable.

Passons donc maintenant aux faits de la présente espèce.

*g* Le ministère public reconnaît que la preuve nouvelle était disponible au moment du premier procès. On fait valoir qu'«elle n'a pas été produite parce qu'il était impossible d'en prévoir la nécessité». J'admets volontiers qu'on n'a pas pu le prévoir pendant que la poursuite présentait sa preuve avant que la défense présente la sienne; en fait, Grdic n'a jamais laissé entendre, que ce soit avant le procès ou au cours de son contre-interrogatoire des témoins, qu'il invoquerait une défense d'erreur sur la personne, fondée sur la preuve de sa présence ailleurs au moment du prélèvement de l'échantillon. Il est indubitable que cela a pris le ministère public au dépourvu et il est tout aussi indubitable que le ministère public ne pouvait, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, prévoir

rebuttal evidence which, under the law, had it chosen to do so, should have been allowed. Indeed, a trial judge should exercise his discretion in favour of allowing rebuttal evidence when the issue raised by the defence arose *ex improviso*, could not have been foreseen by the Crown, and that the Crown is not in effect attempting to split its case. (See for example *R. v. Parkin (No. 2)* (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309 and *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230). Admissible through rebuttal, the evidence was available to the Crown and the Crown, having heard the defence, was no longer in a position to argue that "it could not have been anticipated that it was necessary" to call that evidence.

I would therefore allow this appeal, quash the order for a new trial entered by the Court of Appeal, and restore the acquittal entered by the trial judge.

*Appeal allowed, DICKSON C.J. and BEETZ, CHOUINARD and WILSON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Horembala & Smith, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for the Province of British Columbia.*

cette défense. Il lui était donc permis d'apporter une contre-preuve qui, en droit, s'il avait choisi de le faire, aurait dû être autorisée. En effet, le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire et admettre la contre-preuve lorsque le moyen plaidé en défense est soulevé *ex improviso*, que le ministère public ne pouvait le prévoir et que celui-ci n'essaie pas en réalité de scinder sa preuve. (Voir par exemple les décisions *R. v. Parkin (No. 2)* (1922), 37 C.C.C. 35; *R. v. Therien and Sanseverino* (1943), 80 C.C.C. 87; *R. v. Coombs* (1977), 35 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Campbell* (1978), 1 C.R. (3d) 309 et *R. v. Kerr* (1983), 18 Man. R. (2d) 230). Or le ministère public disposait de cette contre-preuve qui était admissible à titre de réplique et, après avoir entendu le moyen de défense, il ne pouvait dès lors plus prétendre «qu'il était impossible d'en prévoir la nécessité».

<sup>d</sup> Je suis donc d'avis d'accueillir ce pourvoi, de casser l'ordonnance de nouveau procès inscrite par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittal inscrit par le juge du procès.

<sup>e</sup> *Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et les juges BEETZ, CHOUINARD et WILSON sont dissidents.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'appelant: Horembala & Smith, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la province de la Colombie-Britannique.*

**The Attorney General of the Province of Quebec** *Appellant*;

and

**Carrières Ste-Thérèse Ltée** *Respondent*.

File No.: 17331.

1985: March 8; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Administrative law — Power of Minister — Order — Validity — Order made by Deputy Minister instead of Minister — Order quashed — Public Health Act, R.S.Q. 1964, c. 161, s. 55.*

Respondent continued operating its crushing plants without having a dust exhaust system approved and installed, contrary to an order made by the Deputy Minister of Social Affairs pursuant to the provisions of s. 5 of the *Social Affairs Department Act* and ss. 42, 46 and 55 of the *Public Health Act*. Complaints were filed against respondent under the *Summary Convictions Act* and it was convicted of unlawfully operating its plants. Respondent then appealed by trial *de novo* to the Superior Court, which quashed the decision of the judge of the Court of Sessions of the Peace on the ground that the order could only be made by the municipal authority or by the Minister in person. A majority of the Court of Appeal affirmed the judgment. These appeals at bar were to determine whether the Deputy Minister could validly make this order on behalf of the Minister.

*Held*: The appeals should be dismissed.

The order made and signed by the Deputy Minister is void. Under s. 55 of the *Public Health Act*, only the Minister in person could validly sign this order. The wording of s. 55 is clear and precise. It provides that, in cases which he deems to be urgent, the Minister may exercise directly the powers vested in the municipal authorities by ss. 46 to 55 of the *Public Health Act*, but he must then exercise them himself.

**Cases Cited**

*In re Golden Chemical Products Ltd.*, [1976] 1 Ch. 300; *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, referred to.

**Le procureur général de la province de Québec** *Appelant*;

et

**Carrières Ste-Thérèse Ltée** *Intimée*.

N° du greffe: 17331.

1985: 8 mars; 1985: 13 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit administratif — Pouvoir du ministre — Ordonnance — Validité — Ordonnance rendue par un sous-ministre à la place du ministre — Ordonnance annulée — Loi de l'hygiène publique, S.R.Q. 1964, chap. 161, art. 55.*

L'intimée a continué d'exploiter ses usines de concassage sans avoir fait approuver et installer un système d'aspiration des poussières contrairement à une ordonnance rendue par le sous-ministre des Affaires sociales en vertu des dispositions de l'art. 5 de la *Loi du ministre des affaires sociales* et des art. 42, 46 et 55 de la *Loi de l'hygiène publique*. Des plaintes ont été portées contre l'intimée en vertu de la *Loi des poursuites sommaires* et elle a été déclarée coupable d'avoir illégalement exploité ses usines. L'intimée a alors interjeté appel par voie de procès *de novo* devant la Cour supérieure qui a cassé la décision du juge de la Cour des sessions de la paix au motif que l'ordonnance ne pouvait être rendue que par l'autorité municipale ou par le ministre en personne. La Cour d'appel à la majorité a confirmé le jugement. Les présents pourvois visent à déterminer si le sous-ministre pouvait valablement rendre cette ordonnance pour le ministre.

*Arrêt*: Les pourvois sont rejetés.

L'ordonnance rendue et signée par le sous-ministre est nulle. En vertu de l'art. 55 de la *Loi de l'hygiène publique*, seul le ministre en personne pouvait valablement signer cette ordonnance. Le texte de l'art. 55 est clair et précis. Il porte que dans les cas où il juge qu'il y a urgence, le ministre peut exercer directement les pouvoirs confiés aux autorités municipales par les art. 46 à 55 de la *Loi de l'hygiène publique*, mais qu'il doit les exercer lui-même.

**Jurisprudence**

Arrêts mentionnés: *In re Golden Chemical Products Ltd.*, [1976] 1 Ch. 300; *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238.

**Statutes and Regulations Cited**

*Public Health Act*, R.S.Q. 1964, c. 161, ss. 42, 46, 49, 55.

*Social Affairs Department Act*, 1970 (Que.), c. 42, ss. 4, 5, 8.

APPEALS against five judgments of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 304, affirming five judgments of the Superior Court. Appeals dismissed.

*Pierre Lemieux*, for the appellant.

*Pierre LePage* and *André Denis*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—On October 26, 1972 an order was made pursuant to ss. 42 *et seq.* of the *Public Health Act*, R.S.Q. 1964, c. 161. That order read as follows:

[TRANSLATION]

ORDER

TO:

Les Carrières Ste-Thérèse Ltée  
City of Ste-Thérèse-Ouest  
County of Terrebonne

... under the powers conferred on me by ss. 5 of the *Social Affairs Department Act* (1970, chapter 42) and 42 *et seq.* of the *Public Health Act* (R.S.Q. 1964, chapter 161), I declare to be a public nuisance the operation of your asphalt and crushing plants as hitherto operated in the City of Ste-Thérèse-Ouest, and I order you, in order to remove this nuisance,

- (1) to prepare or cause to be prepared forthwith plans and specifications for a dust exhaust system at the various emission points in your plants, such as crushers, sieves, conveyers, loading, transfer and transportation areas, and so on . . . ;
- (2) to submit these plans and specifications to the environmental safety branch of the Department of Municipal Affairs and have them approved: the head of this branch is Jean-A. Roy, engineer;
- (3) not to operate your plants until the dust exhaust system as approved by the environmental safety branch in accordance with the foregoing paragraph has been installed to the satisfaction of the said branch.

**Lois et règlements cités**

*Loi de l'hygiène publique*, S.R.Q. 1964, chap. 161, art. 42, 46, 49, 55.

*Loi du ministère des affaires sociales*, 1970 (Qué.), chap. 42, art. 4, 5, 8.

POURVOIS contre cinq arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 304, qui ont confirmé cinq jugements de la Cour supérieure. Pourvois rejetés.

*Pierre Lemieux*, pour l'appelant.

*Pierre LePage* et *André Denis*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Le 26 octobre 1972, une ordonnance est rendue en vertu des art. 42 et suiv. de la *Loi de l'hygiène publique*, S.R.Q. 1964, chap. 161. Voici le dispositif de cette ordonnance:

ORDONNANCE

A:

Les Carrières Ste-Thérèse Ltée  
Ville de Ste-Thérèse-Ouest  
Comté Terrebonne

... en vertu des pouvoirs qui me sont conférés par les articles 5 de la *Loi du ministère des Affaires sociales* (1970, chapitre 42) et 42 et suivants de la *Loi de l'hygiène publique* (S.R.Q. 1964, chapitre 161), je déclare nuisance publique l'exploitation de vos usines de béton bitumineux et de concassage telle qu'elle a été faite jusqu'ici à la Ville de Ste-Thérèse-Ouest et je vous enjoins, en vue de faire disparaître cette nuisance,

- 1° de préparer ou de faire préparer sans délai les plans et devis d'un système d'aspiration des poussières aux différents points d'émission de vos usines, tels que concasseurs, tamis, convoyeurs, lieux de chargement, de transfert, de transport, etc . . . ;
- 2° de présenter ces plans et devis à la Direction générale de l'Hygiène du Milieu, du ministère des Affaires municipales et de les faire approuver. Le chef de cette Direction est l'ingénieur Jean-A Roy;
- 3° de ne pas exploiter vos usines tant et aussi longtemps que le système d'aspiration des poussières tel qu'approuvé par la Direction générale de l'Hygiène du Milieu suivant le paragraphe précédent, n'aura pas été installé à la satisfaction de ladite Direction générale.



If you fail to comply with this order, the proceedings mentioned in the Act for such cases will be taken immediately: the whole without prejudice to any other proceeding which may be brought against you.

The order concludes with the following words, written in typescript: [TRANSLATION] "Minister of Social Affairs, per:". It then bears the handwritten signature of the Deputy Minister of Social Affairs, with his family and given names repeated in typescript with his title, "Deputy Minister of Social Affairs".

The Court must decide whether the Deputy Minister could validly make this order on behalf of the Minister.

On May 21, 1974 five complaints were filed against respondent alleging that it operated its crushing or asphalt plants on five different dates, without obtaining approval for the plans and specifications of a dust exhaust system, and without installing such a system. The five dates in question are October 24 and November 5, 9, 12 and 14, 1973. All the complaints are worded in a similar fashion, except as to the date of the alleged offence and the number of times it was repeated, which may be relevant in sentencing. As an example, the complaint relating to the offence of October 24 reads as follows:

[TRANSLATION] CARRIERES STE-THERESE LIMITEE, at Ste-Thérèse-Ouest, district of Terrebonne:

did unlawfully operate its crushing or asphalt plants on or about October 24, 1973 without having the plans and specifications of a dust exhaust system approved by the environmental safety branch of the Department of Municipal Affairs, and without installing such a dust exhaust system to the satisfaction of the environmental safety branch;

the whole contrary to an order made by the Deputy Minister of Social Affairs on October 26, 1972, pursuant to the provisions of s. 5 of the Social Affairs Department Act (1970, chapter 42) and ss. 42, 46 and 55 of the Public Health Act (R.S.Q. 1964, chapter 161) and received by LES CARRIERES STE-THERESE LIMITEE on December 2, 1972, thereby committing a second offence as specified in section 106 of the Environment Quality Act (1972, chapter 49).

A défaut par vous d'observer la présente ordonnance, les procédures prévues par la loi dans de tels cas seront immédiatement prises. Le tout sans préjudice à toute autre procédure pouvant être intentée contre vous.

L'ordonnance se termine par les mots suivants écrits en caractères dactylographiés: «Le ministre des Affaires sociales par:». Puis elle porte la signature manuscrite du sous-ministre des Affaires sociales, ainsi que ses nom et prénom répétés en caractères dactylographiés avec son titre, «Sous-ministre des Affaires sociales».

Il faut décider si le sous-ministre peut valablement rendre cette ordonnance pour le ministre.

Le 21 mai 1974, cinq plaintes sont portées contre l'intimée lui reprochant d'avoir exploité ses usines de concassage ou de béton bitumineux à cinq dates différentes, sans avoir fait approuver les plans et devis d'un système d'aspiration des poussières et sans avoir installé un tel système. Les cinq dates en question sont le 24 octobre et les 5, 9, 12 et 14 novembre 1973. Toutes les plaintes sont rédigées de la même façon sauf quant à la date de l'infraction alléguée et au nombre de récidives qui peut être pertinent au plan de la sentence. Voici, à titre d'exemple, la plainte relative à l'infraction du 24 octobre:

CARRIERES STE-THERESE LIMITEE, à Ste-Thérèse-Ouest, district de Terrebonne:

a illégalement exploité ses usines de concassage ou de béton bitumineux le ou vers le 24 octobre 1973 sans avoir fait approuver les plans et devis d'un système d'aspiration des poussières par la Direction générale de l'hygiène du milieu du Ministère des Affaires municipales et sans avoir installé un tel système d'aspiration des poussières à la satisfaction de ladite Direction générale de l'hygiène du milieu,

le tout contrairement à une ordonnance émise par le sous-ministre des Affaires Sociales le 26 octobre 1972 conformément aux dispositions de l'article 5 de la Loi du Ministère des Affaires Sociales (1970, chapitre 42) et des articles 42, 46 et 55 de la Loi de l'hygiène publique (Statuts refondus, 1964, chapitre 161) et reçue par la compagnie LES CARRIERES STE-THERESE LIMITEE le 2 décembre 1972, commettant par là une deuxième infraction visée à l'article 106 de la Loi de la qualité de l'environnement (1972, chapitre 49).

On March 31, 1978, respondent was convicted of the offences charged by a judge of the Court of Sessions of the Peace, acting as a justice of the peace pursuant to the *Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1964, c. 35, and on April 14, 1978, it was sentenced to pay a \$10,000 fine for each of the five offences, pursuant to the *Environment Quality Act*, 1972 (Que.), c. 49, a statute which meanwhile had replaced the *Public Health Act*. The problem submitted to this Court was not raised before the judge of Sessions of the Peace.

Respondent appealed to the Superior Court by trial *de novo*, and on November 20, 1978, that Court allowed the appeal and quashed the decisions of the judge of Sessions of the Peace on the ground that an order with such far-reaching consequences as that of October 26, 1972 could only be made by the elected municipal authority or by the Minister in person, also elected, but not by a public servant, however senior.

On December 4, 1978, appellant obtained leave from a judge of the Court of Appeal to appeal in the five cases on the following point of law:

[TRANSLATION] "The validity and legality of an order made pursuant to the Public Health Act"

On June 14, 1982, in five majority judgments, the Court of Appeal dismissed the five appeals. The reasons of the Court of Appeal are contained in the judgment on the offence allegedly committed on October 24, 1973, [1982] C.A. 304. The reasons of the other judgments simply refer to this one.

One of the judges in the majority held that the order made on October 26, 1972, though applicable to a particular case, is still legislative in nature and cannot be delegated to the Deputy Minister, in view of the maxim *Delegatus non potest delegare*. In his view it does not, as the dissenting judge considered, fall within administration of the day-to-day business of the Department, which is the responsibility of the Deputy Minister. The other judge in the majority considered that the order made on October 26, 1972, entailed the exercise of a judicial power and a legislative

Le 31 mars 1978, l'intimée est déclarée coupable des infractions reprochées par un juge de la Cour des sessions de la paix agissant comme juge de paix suivant la *Loi des poursuites sommaires*, S.R.Q. 1964, chap. 35, et, le 14 avril 1978, elle est condamnée à payer 10 000 \$ d'amende pour chacune des cinq infractions, en vertu de la *Loi de la qualité de l'environnement*, 1972 (Qué.), chap. 49, une loi qui entre-temps a remplacé la *Loi de l'hygiène publique*. Devant le juge de la Cour des sessions de la paix il n'est pas question du problème qu'il nous faut résoudre.

L'intimée interjette appel par voie de procès *de novo* devant la Cour supérieure qui, le 20 novembre 1978, accueille l'appel et casse les décisions du juge de la Cour des sessions de la paix au motif qu'une ordonnance aussi lourde de conséquences que celle du 26 octobre 1972 ne peut être rendue que par l'autorité municipale, qui est élective, ou par le ministre en personne, lui-même élu, mais non pas par un fonctionnaire, si haut placé soit-il.

Le 4 décembre 1978, l'appellant obtient d'un juge de la Cour d'appel l'autorisation d'interjeter appel dans les cinq affaires sur la question de droit suivante:

«La validité et la légalité d'une ordonnance rendue en vertu de la Loi de l'Hygiène Publique»

Le 14 juin 1982, par cinq arrêts majoritaires, la Cour d'appel rejette les cinq appels. Les motifs de la Cour d'appel se trouvent dans l'arrêt relatif à l'infraction qui aurait été commise le 24 octobre 1973, [1982] C.A. 304. Les motifs des autres arrêts ne font que référer à ce dernier.

L'un des juges de la majorité tient que l'ordonnance rendue le 26 octobre 1972, quoique applicable à un cas particulier, reste de nature législative et ne peut être déléguée au sous-ministre, vu la maxime *Delegatus non potest delegare*. À son avis, elle n'entre pas, comme le pense le juge dissident, dans les cadres de l'administration des affaires courantes du ministère qui relève du sous-ministre. L'autre juge de la majorité est d'avis que l'ordonnance rendue le 26 octobre 1972 comporte un exercice du pouvoir judiciaire et du pouvoir législa-

power, which because of their significance could not be delegated to a public servant.

The dissenting judge analysed the relevant legislation, in particular s. 4 of the *Social Affairs Department Act*, 1970 (Que.), c. 42, which gives the Deputy Minister the power to administer day-to-day business under the direction of the Minister; in his view, this power includes that of making the order of October 26, 1972, as in general the significance of the consequences for individuals should not be taken into account in this regard, and he cited in support, in addition to abundant textbook authority, judgments such as those in *In re Golden Chemical Products Ltd.*, [1976] 1 Ch. 300, and *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238.

The order of October 26, 1972, and the complaint refer to s. 5 of the *Social Affairs Department Act*, and to ss. 42 *et seq.*, in particular ss. 42, 46 and 55, of the *Public Health Act*. It is necessary to cite the text of these provisions, along with certain other sections from the same Acts, which were also discussed by the Court of Appeal and the parties.

First, the relevant provisions of the *Social Affairs Department Act* read as follows:

4. The Lieutenant-Governor in Council shall appoint a Deputy Minister of Social Affairs, hereinafter called "the Deputy Minister".

Under the direction of the Minister, the Deputy Minister shall supervise the officers and employees of the Department; he shall administer its day to day business and exercise the other powers assigned to him by the Lieutenant-Governor in Council.

5. The orders of the Deputy Minister shall be carried out in the same manner as those of the Minister; his authority shall be that of the head of the Department and his official signature shall give force and effect to any document within the jurisdiction of the Department.

8. No deed, document or writing shall bind the Department or be attributed to the Minister unless it is signed by him, the Deputy Minister or an officer and only, in the case of the latter, to the extent determined by regulation of the Lieutenant-Governor in Council published in the *Québec Official Gazette*.

The relevant provisions of the *Public Health Act* read as follows:

tif qui, à cause de leur importance, ne sauraient être délégués à un fonctionnaire.

Quant au juge dissident, il analyse les dispositions législatives pertinentes, et particulièrement l'art. 4 de la *Loi du ministère des affaires sociales*, 1970 (Qué.), chap. 42, qui donne au sous-ministre le pouvoir d'administrer les affaires courantes sous la direction du ministre; selon lui, ce pouvoir comporte celui de rendre l'ordonnance du 26 octobre 1972, car en règle générale, on ne doit pas prendre en considération à cet égard l'importance des conséquences pour les justiciables et il cite à l'appui, outre une doctrine abondante, des arrêts comme *In re Golden Chemical Products Ltd.*, [1976] 1 Ch. 300, et *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238.

L'ordonnance du 26 octobre 1972 et la plainte renvoient à l'art. 5 de la *Loi du ministère des affaires sociales*, ainsi qu'aux art. 42 et suiv., et plus particulièrement aux art. 42, 46 et 55 de la *Loi de l'hygiène publique*. Il importe de citer le texte de ces dispositions de même que quelques autres articles des mêmes lois, que la Cour d'appel et les parties ont également discutés.

Voici d'abord le texte des dispositions pertinentes de la *Loi du ministère des affaires sociales*:

4. Le lieutenant-gouverneur en conseil nomme un sous-ministre des affaires sociales, ci-après désigné sous le nom de «sous-ministre».

Sous la direction du ministre, le sous-ministre a la surveillance des fonctionnaires et employés du ministère; il en administre les affaires courantes et exerce les autres pouvoirs qui lui sont assignés par le lieutenant-gouverneur en conseil.

5. Les ordres du sous-ministre doivent être exécutés de la même manière que ceux du ministre; son autorité est celle du chef de ministère et sa signature officielle donne force et autorité à tout document du ressort du ministère.

8. Nul acte, document ou écrit n'engage le ministère, ni ne peut être attribué au ministre, s'il n'est signé par lui, par le sous-ministre ou un fonctionnaire mais uniquement, dans le cas de ce dernier, dans la mesure déterminée par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil publié dans la *Gazette officielle du Québec*.

Voici ensuite le texte des dispositions pertinentes de la *Loi de l'hygiène publique*:

42. Everything declared by the Minister or by a municipal council or its board of health to be a nuisance or to be injurious to public health shall be considered to be such.

An appeal may, however, be taken to the Minister as to the definition given by a municipal council or by its board of health.

Section 43 imposes on the municipal sanitary authority a duty to cause the immoveables to be visited to ascertain whether there are any accumulations of filth, dirt, rubbish or other matter deleterious to health, or whether there are any nuisances.

Section 44 specifies who may file a complaint concerning a nuisance or unhealthy condition.

Section 45 imposes on the municipal sanitary authority a duty to institute an inquiry on receipt of a complaint and confers powers relating to this duty.

Section 46 provides:

46. When, upon a complaint or after inspection by its officers, the municipal sanitary authority has become aware of the existence, upon an immovable situated within the municipality, of a nuisance or of unhealthy conditions, it shall give notice in writing to the person responsible for such nuisance or unhealthy condition, or, if such person cannot be found, to the owner or occupant of the immovable, requiring him to abate the same or to do the necessary work to prevent its return, within the delay mentioned in the notice.

If it be ascertained that the nuisance or unhealthy condition arises from some defect in the construction of the building, or if the property be unoccupied, the notice prescribed by this section shall be given to the owner.

If the person responsible for the existence of such nuisance or unhealthy condition cannot be found, and if the municipal sanitary authority be of opinion that the nuisance or unhealthy condition is not due to the acts or omissions of the owner, it may cause it to be abated at the expense of the municipality.

Sections 47 and 48 are not relevant to the case at bar.

Section 49 provides:

49. If the notice mentioned in section 46 has no effect, the municipal health [sic] authority may have the neces-

42. Est condition non hygiénique ou nuisance tout ce qui a été déclaré tel par le ministre, ou par un conseil municipal ou son bureau d'hygiène.

On peut, toutefois, appeler au ministre de la définition donnée par le conseil municipal, ou par son bureau d'hygiène.

L'article 43 impose à l'autorité sanitaire municipale le devoir de faire visiter les immeubles pour rechercher s'il s'y trouve des accumulations d'immondices, d'ordures ou de déchets, ou des causes quelconques d'insalubrité ou s'il existe des nuisances.

L'article 44 précise qui peut porter plainte au sujet des nuisances ou des causes d'insalubrité.

L'article 45 impose à l'autorité sanitaire municipale le devoir de faire enquête sur réception d'une plainte et confère des pouvoirs afférents à ce devoir.

L'article 46 prescrit:

46. Lorsque, à la suite d'une plainte ou des constatations de ses officiers, l'autorité sanitaire municipale a reconnu qu'il existe, dans un immeuble de la municipalité, une nuisance ou une cause d'insalubrité, elle doit donner un avis écrit à la personne du fait de laquelle la nuisance ou la cause d'insalubrité dépend, ou, si cette personne ne peut être trouvée, au propriétaire ou à l'occupant de l'immeuble, lui enjoignant de la faire disparaître ou de faire les travaux nécessaires pour empêcher qu'elle ne se répète, dans le délai mentionné dans l'avis.

S'il est reconnu que la nuisance ou la cause d'insalubrité est dépendante d'un vice de construction de l'immeuble, ou si l'immeuble n'a pas d'occupant, l'avis visé par le présent article est donné au propriétaire.

Si la personne par le fait de laquelle la nuisance ou la cause d'insalubrité existe ne peut être trouvée, et si l'autorité sanitaire municipale est d'avis que la nuisance ou la cause d'insalubrité n'est pas due au fait ou à l'omission du propriétaire, elle peut la faire disparaître aux dépens de la municipalité.

Les articles 47 et 48 ne sont pas pertinents aux fins de l'espèce.

L'article 49 prescrit:

49. Si la mise en demeure dont il est question dans l'article 46 n'est pas suivie d'effet, l'autorité sanitaire

sary work to remove the nuisance or unhealthy condition done at the expense of the person in default.

However, if the performance of such work would entail an expense of five hundred dollars or more, such person may appeal therefrom to the Minister within fifteen days from the service of the notice.

If, after investigating the truth of the facts by every means he may deem advisable, the Minister decides that the nuisance must be abated, he shall give the appellant and the municipal sanitary authority notice of his decision, and the appellant shall comply therewith within the delay fixed by the decision; and if he fail to do so, the work shall be executed by the municipal sanitary authority at the expense of the appellant.

Section 50 concerns the fines that may be imposed on persons not complying with an order to abate a nuisance or unhealthy condition. As mentioned above, these fines have been replaced by those specified in the *Environment Quality Act*.

Sections 51 to 54 inclusive are not relevant to the case at bar.

Finally, s. 55 which, in our opinion, is conclusive, provides in its two versions:

55. Le ministre peut exercer directement lui-même les pouvoirs confiés aux autorités municipales par les articles 46 à 55, dans les cas où il juge qu'il y a urgence.

55. The Minister may himself exercise directly the powers vested in the municipal authorities by sections 46 to 55, in the cases which he deems to be urgent.

Appellant referred, first, to the general principles of the common law, according to which the powers of a Minister of the Crown are allegedly delegated by implication to a Deputy Minister. It relied *inter alia* on the textbook authority and precedent mentioned by the dissenting judge in the Court of Appeal.

Appellant further argued that the delegation of the Minister's powers to the Deputy Minister was made expressly by s. 5 and the first paragraph of s. 8 of the *Social Affairs Department Act*.

Finally, appellant argued that the judges in the majority on the Court of Appeal erred by considering the nature and significance of the power delegated, contrary to the judicial authority cited by the dissenting judge.

municipale peut faire exécuter les travaux nécessaires pour faire disparaître la nuisance ou la cause d'insalubrité, aux dépens de la personne en défaut.

Toutefois, si l'exécution de ces travaux doit entraîner une dépense de cinq cents dollars ou plus, cette personne peut en appeler au ministre dans les quinze jours de la signification de l'avis.

Si le ministre, après s'être instruit des faits à vérifier par tous les moyens qu'il juge convenables, décide que la nuisance doit être supprimée, il donne avis de sa décision à l'appelant et à l'autorité sanitaire municipale, et l'appelant est tenu de s'y conformer dans le délai que fixe cette décision; et, s'il ne le fait pas, les travaux doivent être exécutés par l'autorité sanitaire municipale aux frais de l'appelant.

L'article 50 est relatif aux amendes dont sont passibles ceux qui ne se conforment pas à l'injonction de faire disparaître une nuisance ou cause d'insalubrité publique. Comme il est dit plus haut, ces amendes ont été remplacées par celles que prévoit la *Loi de la qualité de l'environnement*.

Les articles 51 à 54 inclusivement ne sont pas pertinents aux fins de l'espèce.

Enfin l'article 55 qui, selon nous, est déterminant, prescrit dans ses deux versions:

55. Le ministre peut exercer directement lui-même les pouvoirs confiés aux autorités municipales par les articles 46 à 55, dans les cas où il juge qu'il y a urgence.

55. The Minister may himself exercise directly the powers vested in the municipal authorities by sections 46 to 55, in the cases which he deems to be urgent.

L'appelant invoque en premier lieu les principes généraux de la *common law* selon lesquels un sous-ministre jouirait d'une délégation implicite des pouvoirs d'un ministre de la Couronne. Il s'appuie entre autres sur la doctrine et la jurisprudence mentionnées par le juge dissident en Cour d'appel.

L'appelant soutient de plus que la délégation des pouvoirs du ministre au sous-ministre a été faite explicitement par l'art. 5 et le premier paragraphe de l'art. 8 de la *Loi du ministère des affaires sociales*.

L'appelant soutient enfin que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont erré en prenant en considération la nature et l'importance du pouvoir délégué, et ce, contrairement à la jurisprudence citée par le juge dissident.

It does not appear necessary to decide whether the principles of the common law and ss. 4, 5 and 8 of the *Social Affairs Department Act* have the scope suggested for them by appellant. Even admitting for the sake of argument that they have that scope, such general principles, whether or not codified by legislation which is itself as general as the sections in question, could not override such special, specific and express legislation as that of s. 55 of the *Public Health Act*.

This section is not mentioned in the order of October 26, 1972, but it is mentioned in the complaint. Further, appellant did not dispute that the Department of Social Affairs acted under this section, for it pleaded a state of urgency in responding to another objection raised by respondent, namely that the order contained no time limit as provided by ss. 46 and 49.

Section 55 provides that, in cases which he deems to be urgent, the Minister may exercise directly the powers vested in the municipal authorities by ss. 46 to 55, but he must then exercise them himself.

When questioned at the hearing on the meaning and scope of the word "himself", counsel for the appellant answered that this was a redundancy. We cannot agree. The legislator does not speak in vain.

The dissenting judge wrote that s. 55 is designed to emphasize that the Minister may sometimes short-circuit the municipal authorities, and that no other meaning than this should be given to the word *lui-même* [himself]. With respect, the Court also cannot adopt this view. The word *directement* [directly] suffices to confer on the Minister the power to short-circuit the municipal authorities, that is, the power to act otherwise than by way of appeal from the municipal authorities' order—and we do not have to decide whether he can act directly in non-emergency situations. But we feel that he can only exercise the emergency powers conferred by s. 55 if he is exercising them himself, that is, in person. This is the usual meaning and the one generally given to it by the dictionaries. Thus, the *Dictionnaire du français vivant* (Bordas) (1972) gives the word *lui-même* as a synonym for

Il ne nous paraît pas nécessaire de décider si les principes de la *common law* et les art. 4, 5 et 8 de la *Loi du ministère des affaires sociales* ont la portée que l'appelant leur attribue. Même en admettant pour les fins de la discussion qu'ils aient une telle portée, des principes aussi généraux, codifiés ou non par des dispositions législatives elles-mêmes aussi générales que les articles en question, ne sauraient prévaloir sur une disposition législative aussi particulière, spécifique et explicite que celle de l'art. 55 de la *Loi de l'hygiène publique*.

Cet article n'est pas mentionné dans l'ordonnance du 26 octobre 1972, mais il l'est dans la plainte. D'ailleurs l'appelant ne conteste pas que le ministère des Affaires sociales ait agi en vertu de cet article car il invoque l'état d'urgence pour répondre à une autre objection soulevée par l'intimée savoir que l'ordonnance ne comporte aucun délai comme le prescrivent les art. 46 et 49.

Or l'article 55 porte que, dans les cas où il juge qu'il y a urgence, le ministre peut exercer directement les pouvoirs confiés aux autorités municipales par les art. 46 à 55, mais qu'il doit alors les exercer lui-même.

Interrogé lors de l'audition sur le sens et la portée des mots «lui-même», le procureur de l'appelant a répondu qu'il s'agissait de mots inutiles. Ce n'est pas notre avis. Le législateur ne parle pas pour ne rien dire.

Le juge dissident, pour sa part, écrit que l'art. 55 a pour but de souligner que le ministre peut à l'occasion court-circuiter les autorités municipales et qu'il n'y aurait pas lieu d'attacher un autre sens que celui-là aux mots «lui-même». Ce n'est pas non plus notre avis, soit dit avec égards. Le mot «directement» suffit à conférer au ministre le pouvoir de court-circuiter les autorités municipales, c'est-à-dire le pouvoir d'agir autrement qu'en appel des autorités municipales—et nous n'avons pas à décider s'il peut agir directement dans des cas autres que des cas d'urgence. Mais nous pensons qu'il ne peut exercer les pouvoirs d'urgence visés par l'art. 55, qu'à la condition de les exercer lui-même, c'est-à-dire en personne. C'est le sens usuel et celui que donnent généralement les dictionnaires. Ainsi, le *Dictionnaire du français vivant* (Bordas) (1972) fait de l'expression «lui-même» un synonyme de «en

“in person”, as does the *Grand Larousse de la langue française* (1975). Littré, *Dictionnaire de la langue française* (1957), states that:

[TRANSLATION] *Même* is used without article, immediately after nouns to indicate more clearly the person or thing referred to . . . . It is joined in the same way with personal pronouns.

The *Dictionnaire Quillet de la langue française* (1975) states that [TRANSLATION] “placed after a pronoun which it modifies, [*même*] is used to place emphasis on the person, the identity . . . .” The word “himself” in the English version does not have a different meaning. The *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed., 1973) gives as its first meaning “Emphatic use, very him, very he, that very man”. The *Random House Dictionary of the English Language* (1973) also gives as the first meaning “an emphatic appositive of him or he: He himself spoke to the men”.

We conclude that only the Minister in person could validly have signed the order of October 26, 1972. It is therefore void.

The five appeals should be dismissed. Respondents shall be entitled to costs in this Court on a solicitor and client basis, both on the application for leave to appeal and on the appeals.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Claude Bouchard and Jean Piette, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Viau, Hébert, Denault, Montréal.*

personne». Le *Grand Larousse de la langue française* (1975) également. On lit dans Littré, *Dictionnaire de la langue française* (1957), que

Même s'emploie sans article, immédiatement après les noms pour marquer plus expressément la personne ou la chose dont on parle . . . . Il se joint de la même façon avec les pronoms personnels.

Le *Dictionnaire Quillet de la langue française* (1975) précise que «placé après un pronom qu'il modifie, [*même*] sert à insister sur la personne, sur l'identité . . . .» L'expression *himself* du texte anglais n'exprime pas un sens différent. Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3<sup>e</sup> éd., 1973) donne, comme sens premier [TRADUCTION] «Emploi emphatique en personne, cette personne précise». Quant au *Random House Dictionary of the English Language* (1973) il propose également comme sens premier [TRADUCTION] «Une apposition emphatique après lui: il a parlé aux hommes lui-même».

Nous concluons que seul le ministre en personne aurait pu valablement signer l'ordonnance du 26 octobre 1972. Celle-ci est donc nulle.

Les cinq pourvois sont rejetés. Les intimées ont droit aux dépens en cette Cour comme entre avocat et client, tant sur la requête en autorisation de pourvoi que sur les pourvois.

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs des appelants: Claude Bouchard et Jean Piette, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimée: Viau, Hébert, Denault, Montréal.*

**Telecommunication Workers Union, Timothy Clement, Dale Solaczek** *Appellants*;

and

**British Columbia Telephone Company, Canadian Telephone & Supplies Ltd.** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*.

File No.: 17469.

1985: May 1; 1985: June 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Labour law — Lay-offs — Notice of lay-off required by Labour Code — Regulations creating exceptions to Code requirements — Whether or not regulations breaching spirit of the Act and ultra vires — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 60(1), (4), 60.2, as amended — Canada Labour Standards Regulations, C.R.C., c. 986, s. 30(c)(i), (ii).*

Respondents notified appellant union of their intention to lay off a number of employees and subsequently gave 1800 employees six weeks notice of lay-off as required by the collective agreement. Six days before the lay-off, each employee was notified that he would be recalled on a fixed date within six months of the lay-off. Respondents did not give sixteen weeks notice, as required by s. 60 of the *Canada Labour Code*, because the lay-off was deemed not to be a termination of employment pursuant to the Regulations. Appellants sought an injunction preventing the lay-off because of non-compliance with s. 60 and a declaration that s. 30(c)(i) and (ii) of the Regulation creating the exemption was *ultra vires* the powers of the Governor in Council. The Court of Appeal reversed the trial judge's finding and declaration that s. 30(c)(i) of the Regulations was *ultra vires* and held all s. 30(c) *intra vires*.

*Held*: The appeal should be dismissed.

Section 30(c) of the *Canada Labour Standards Regulations* was validly enacted under s. 60.2 (d) of the *Canada Labour Code*. The Governor in Council did not act in breach of the spirit of the Code for the Regulation

**Telecommunication Workers Union, Timothy Clement, Dale Solaczek** *Appellants*;

et

<sup>a</sup> **British Columbia Telephone Company, Canadian Telephone & Supplies Ltd.** *Intimées*;

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada** *Intervenant*.

N° du greffe: 17469.

1985: 1<sup>er</sup> mai; 1985: 13 juin.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

<sup>d</sup> *Droit du travail — Mises à pied — Avis de mise à pied requis en vertu du Code du travail — Règlement créant des exceptions aux exigences du Code — Le Règlement est-il contraire à l'esprit de la Loi et ultra vires? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 60(1), (4), 60.2 et modifications — Règlement du Canada sur les normes du travail, C.R.C., chap. 986, art. 30c(i), (ii).*

Les intimées ont avisé le syndicat appelant de leur intention de mettre un certain nombre d'employés à pied et ont, par la suite, donné à 1 800 employés un avis de mise à pied de six semaines comme l'exige la convention collective. Six jours avant sa mise à pied, chaque employé a été avisé qu'il serait rappelé au travail à une date déterminée moins de six mois après la mise à pied. Les intimées n'ont pas donné l'avis de seize semaines comme l'exige l'art. 60 du *Code canadien du travail* parce que la mise à pied n'est pas censée être la fin d'un emploi en vertu du Règlement. Les appelants ont demandé une ordonnance visant à empêcher la mise à pied à cause de l'inobservance de l'art. 60 et une déclaration portant que les sous-al. 30c(i) et (ii) du Règlement qui créent l'exemption sont *ultra vires* du gouverneur en conseil. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et modifié sa déclaration que le sous-al. 30c(i) du Règlement est *ultra vires* et elle a conclu que l'al. 30c) est *intra vires*.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

L'alinéa 30c) du *Règlement du Canada sur les normes du travail* a été validement adopté en vertu de l'al. 60.2d) du *Code canadien du travail*. Le gouverneur en conseil n'a pas violé l'esprit du Code puisque le



was made in accordance with the precise terms of the statute. Section 60(4) of the Code provided for exceptions to be made by regulation in the case of lay-offs and s. 60.2 empowered the Governor in Council to prescribe the circumstances in which such exceptions would operate. Then, too, while the Regulations could have the effect of depriving an employee of the benefit of previous notice as provided for by s. 60 of the Code, the very fact of a group lay-off for financial reasons would alert everyone concerned of the possible need of assisting the affected employees in finding work. The combined effect of s. 60 of the Code and s. 30(c) of the Regulations, however, was that an employer would violate the Code if he failed to recall the employees at the time set out in the lay-off notice.

The fact that the circumstances defined in the regulations could be made through the action of an employer did not amount to a delegation of the Governor in Council's authority.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 60(1), (2), (4), 60.2(d).  
*Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, ss. 30(a), (b), (c)(i), (ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1982), 5 D.L.R. (4th) 15, 40 B.C.L.R. 379, [1983] 2 W.W.R. 274, 84 CLLC ¶ 14,031 allowing an appeal from a judgment of Spencer J. Appeal dismissed.

*Morely D. Shortt, Q.C.*, and *Theodore Arsenault*, for the appellants.

*Jack Giles, Q.C.*, for the respondents.

*W. B. Scarth, Q.C.*, and *Susan D. Clark*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this appeal is whether s. 30(c) of the *Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, was validly enacted under s. 60.2(d) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1970, c. L-1, as amended.

The proceedings began when the appellants filed a petition in the Supreme Court of British

Règlement a été pris dans les conditions précises prévues à la Loi. Le paragraphe 60(4) du Code prévoit la possibilité d'apporter des exceptions par règlement dans le cas de mises à pied et l'art. 60.2 accorde au gouverneur en conseil le pouvoir de prescrire les circonstances dans lesquelles ces exceptions s'appliqueront. Puis, il est possible que le Règlement ait pour effet d'empêcher un employé de bénéficier de l'avis prévu par l'art. 60 du Code, mais le fait même qu'il y ait une mise à pied collective pour des raisons financières, aurait dû signaler à toutes les personnes concernées que les employés touchés pourraient avoir besoin d'aide pour trouver un autre emploi. L'article 60 du Code et l'al. 30c) du Règlement ont pour effet, s'ils sont lus ensemble, de prévoir qu'un employeur viole les dispositions du Code s'il ne rappelle pas les employés à l'époque prévue dans l'avis de mise à pied.

Même si les circonstances définies dans le Règlement peuvent découler de l'action d'un employeur, cette situation n'équivaut pas à une délégation du pouvoir du gouverneur en conseil.

#### Lois et règlements cités

*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 60(1), (2), (4), 60.2d).  
*Règlement du Canada sur les normes du travail*, C.R.C., chap. 986, art. 30a), b), c)(i), (ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1982), 5 D.L.R. (4th) 15, 40 B.C.L.R. 379, [1983] 2 W.W.R. 274, 84 CLLC ¶ 14,031, qui a accueilli l'appel contre une décision du juge Spencer. Pourvoi rejeté.

*Morely D. Shortt, c.r.*, et *Theodore Arsenault*, pour les appelants.

*Jack Giles, c.r.*, pour les intimées.

*W. B. Scarth, c.r.*, et *Susan D. Clark*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit dans ce pourvoi de déterminer si l'al. 30c) du *Règlement du Canada sur les normes du travail*, C.R.C., chap. 986, a été validement adopté en vertu de l'al. 60.2d) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications.

Les procédures ont commencé en Cour suprême de la Colombie-Britannique par une requête des

Columbia seeking to enjoin the respondents from laying off a large group of employees without giving sixteen weeks' notice of their intention to do so to the federal Minister of Labour pursuant to s. 60 of the *Canada Labour Code*. The appellants also sought a declaration that paras. 30(c)(i) and (ii) of the Regulations was *ultra vires* the powers of the Governor in Council.

Spencer J., who heard the matter, found s. 30(c)(ii) *ultra vires* and issued a declaration accordingly. An appeal to the Court of Appeal of British Columbia was allowed, the majority, MacDonald and MacFarlane J.J.A., holding that all of s. 30(c) was *intra vires* the powers of the Governor in Council. Hutcheon J.A. dissented. Leave to appeal was then granted to this Court.

The issue can perhaps best be understood by first referring to several provisions of Division V.2 of the *Canada Labour Code* which deals with group termination of employment. Subsection 60(1) provides that when an employer terminates the employment of a group of fifty or more employees within a particular industrial establishment, he is required to give notice to the federal Minister of Labour of his intention to do so within a specified period depending on the number of employees affected. In the present case the period was sixteen weeks, there being over three hundred employees affected. The employer is also required to give a copy of the notice forthwith to the Canada Employment and Immigration Commission and to the employees' trade union. The obvious purpose of the scheme is to assist the employees to find other work by informing the Minister, the Canada Employment Commission and their union by giving them notice of the termination of employment; see s. 60.1 of the Code. The provisions of the Code so far as necessary to an understanding of the issue are as follows:

60. (1) Any employer who terminates, either simultaneously or within any period not exceeding four weeks, the employment of a group of fifty or more employees employed by him within a particular industrial establishment . . . shall . . . give notice to the Minister, in writing, of his intention to do so at least

appelants qui sollicitait une ordonnance interdisant aux intimées de mettre à pied un grand nombre d'employés sans avoir donné l'avis de seize semaines de leur intention de le faire au ministre fédéral du Travail conformément à l'art. 60 du *Code canadien du travail*. Les appelants voulaient également obtenir une déclaration que les sous-al. 30c)(i) et (ii) du Règlement sont *ultra vires* du gouverneur en conseil.

Le juge Spencer, qui était saisi de la question, a statué que le sous-al. 30c)(ii) est *ultra vires* et a prononcé une déclaration en conséquence. L'appel interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été accueilli, la majorité, les juges MacDonald et MacFarlane, statuant que tout l'al. 30c) relevait des pouvoirs du gouverneur en conseil. Le juge Hutcheon était dissident. L'autorisation de pourvoi a été accordée par cette Cour.

Pour faciliter la compréhension de la question litigieuse, il y a peut-être lieu de parler d'abord des diverses dispositions de la Division V.2 du *Code canadien du travail* qui porte sur les cessations d'emploi collectives. Le paragraphe 60(1) prévoit qu'un employeur qui met fin à l'emploi d'un groupe de cinquante employés ou plus dans un établissement industriel particulier doit donner un avis au ministre fédéral du Travail de son intention de ce faire dans un délai établi en fonction du nombre d'employés touchés. En l'espèce, le délai était de seize semaines, étant donné qu'il y avait plus de 300 employés touchés. L'employeur est également tenu de fournir immédiatement une copie de l'avis à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et au syndicat des employés. Cet ensemble de mesures vise manifestement à aider les employés à se trouver un autre travail en informant le Ministre, la Commission de l'emploi du Canada et leur syndicat au moyen d'un avis de la cessation d'emploi; voir l'art. 60.1 du Code. Voici les dispositions du Code qui sont nécessaires à la compréhension de la question:

60. (1) Tout employeur qui met fin, soit simultanément, soit au cours d'une période de quatre semaines ou moins, à l'emploi d'un groupe de cinquante employés ou plus qui sont à son service dans un établissement industriel particulier . . . doit . . . donner au Ministre un avis écrit de son intention de ce faire au moins

(c) sixteen weeks before the date mentioned in paragraph (a) where the group exceeds three hundred.

(2) A copy of any notice given to the Minister under subsection (1) shall be given forthwith by the employer to the Canada Employment and Immigration Commission and to any trade union certified to represent any employee in the group of employees whose employment is to be terminated or recognized by the employer as bargaining agent for any such employee . . .

(4) Except where otherwise prescribed by regulation, an employer shall, for the purpose of this Division, be deemed to have terminated the employment of an employee where he lays off that employee.

60.2 The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Division and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

(d) prescribing circumstances in which a lay-off of an employee shall not be deemed to be a termination of his employment by his employer.

Since, by virtue of s. 60(4), an employee who is laid off is deemed to have had his employment terminated, it follows that the notice must be given when employees are laid off, but the provision specifies that exceptions may be made to this by regulation. Paragraph 60.2(d) then provides that the Governor in Council may prescribe circumstances under which a lay-off shall not be deemed a termination of employment. Pursuant to this power the Governor in Council established the following regulation:

30. For the purposes of Divisions V.2, V.3 and V.4 of the Act, a lay-off of an employee shall be deemed not to be a termination of his employment by his employer where

- (a) the lay-off is a result of a strike or lockout;
- (b) the term of the lay-off is three months or less;

(c) the term of the lay-off is more than three months and the employer

- (i) notifies the employee at or before the time of the lay-off that he will be recalled to work on a fixed date or within a fixed period neither of which shall

c) seize semaines avant la date mentionnée à l'alinéa a), lorsque le groupe comprend plus de trois cents employés.

(2) Une copie d'un avis donné au Ministre en vertu du paragraphe (1) doit être fournie immédiatement par l'employeur à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et à tout syndicat ouvrier accrédité pour représenter tout employé du groupe d'employés dont l'emploi doit prendre fin, ou reconnu par l'employeur comme agent de négociation pour un tel employé . . .

(4) Sauf prescription contraire d'un règlement, un employeur est réputé, aux fins de la présente Division, avoir mis fin à l'emploi d'un employé lorsqu'il le met à pied.

60.2 Le gouverneur en conseil peut établir des règlements pour la réalisation des objets et l'application des dispositions de la présente Division et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, peut établir des règlements

d) prescrivant les circonstances dans lesquelles un employeur qui met à pied un employé n'est pas réputé avoir mis fin à l'emploi de cet employé.

Puisqu'en vertu du par. 60(4) l'emploi d'un employé mis à pied est réputé avoir pris fin, il faut donner l'avis lorsque les employés sont mis à pied, mais le paragraphe précise qu'il peut y avoir des exceptions prévues par règlement. L'alinéa 60.2d) prévoit que le gouverneur en conseil peut prescrire les circonstances dans lesquelles une mise à pied n'est pas réputée être la fin d'un emploi. Conformément à ce pouvoir, le gouverneur en conseil a pris le règlement suivant:

30. Aux fins de l'application des Divisions V.2, V.3 et V.4, la mise à pied d'un employé n'est pas censée être une cessation d'emploi de l'employé par son employeur lorsque

- a) la mise à pied découle d'une grève ou d'un lock-out;
- b) la durée de la mise à pied est de trois mois ou moins;
- c) la durée de la mise à pied est de plus de trois mois et que l'employeur

- (i) avertit l'employé, au moment de la mise à pied ou avant, qu'il sera rappelé au travail à une date déterminée ou dans un délai déterminé, cette date

be more than six months from the date of the lay-off, and

(ii) recalls the employee to his employment in accordance with subparagraph (i);

Owing to their financial situation, the respondents, on June 21, 1982, notified the appellant union of their intention to lay off a number of employees. Subsequently, the appellant employees, along with some 1800 others, were given six weeks notice, as required by the applicable collective agreement, that they would be laid off effective August 4, 1982. Six days before the lay-off, on July 29, each employee was notified that he or she would be recalled to work on February 1, 1983, *i.e.*, under six months from the date of the lay-off. The respondents did not give the sixteen weeks' notice provided for by s. 60(1)(c) because by virtue of s. 30(c) of the Regulations a lay-off under these circumstances is deemed not to be a termination of employment if the employees are recalled on the date fixed by the notice.

The appellants' argument that s. 30(c) of the Regulations is *ultra vires* the powers of the Governor General is that it is inconsistent with the spirit of the legislation which contemplates a notice before termination of employment so as to provide an opportunity for the employees to find other employment. Here an employee can only know if he will not be re-employed when that decision is taken, *i.e.* after he has been laid off.

There is no doubt that the general intention of the legislation is to give prior notice of a termination of work, and it is equally true that this may extend to lay-offs as well as final terminations of work by virtue of s. 60(4) of the *Canada Labour Code*. But that very provision provides for exceptions to be made by regulations in the case of lay-offs, and s. 60.2(d) of the Act goes on to give the Governor in Council power to prescribe the circumstances in which a lay-off shall not be deemed to be a termination of his employment and so not subject to the requirement to give notice under s. 60 of the Code. These specific provisions can scarcely be overlooked in determining the intention of Parliament. Here the Governor in Council did precisely what the Act authorizes it to

et ce délai ne devant pas dépasser six mois à compter de la date de la mise à pied, et

(ii) rappelle l'employé à son travail conformément au sous-alinéa (i);

<sup>a</sup> Étant donné leur situation financière, les intimées ont donné, le 21 juin 1982, un avis au syndicat appelant l'informant de leur intention de mettre à pied un certain nombre d'employés. Par la suite, les employés appelants, ainsi que quelque 1 800 autres, ont reçu un avis de six semaines, comme le requiert la convention collective applicable, qui leur annonçait qu'ils seraient mis à pied à partir du 4 août 1982. Six jours avant la mise à pied, le 29 juillet, chaque employé a reçu un avis selon lequel il ou elle serait rappelé(e) au travail le 1<sup>er</sup> février 1983, c.-à-d. moins de six mois après la date de la mise à pied. Les intimées n'ont pas donné l'avis de seize semaines prévu à l'al. 60(1)(c) parce qu'en vertu de l'al. 30(c) du Règlement, une mise à pied, dans ces circonstances, n'est pas réputée être la fin d'un emploi si les employés sont rappelés à une date fixée dans l'avis.

<sup>e</sup> Selon les appelants l'al. 30(c) du Règlement excède les pouvoirs du gouverneur en conseil puisqu'il est incompatible avec l'esprit de la Loi. En effet, cette dernière envisage un avis donné avant la fin d'un emploi de manière à permettre aux employés de s'en trouver un autre. En l'espèce, un employé pouvait seulement savoir qu'il ne serait pas réengagé qu'une fois cette décision est prise, c.-à-d. après qu'il a été mis à pied.

<sup>g</sup> Sans doute l'intention générale de la législation est-elle d'accorder un avis avant qu'un emploi prenne fin et sans doute cette intention peut-elle s'étendre aux mises à pied au même titre qu'à la fin réelle d'un emploi en vertu du par. 60(4) du *Code canadien du travail*. Mais cette disposition même précise que des exceptions peuvent être apportées par règlement dans le cas des mises à pied. Par ailleurs, l'art. 60.2(d) de la Loi accorde au gouverneur en conseil le pouvoir de prescrire les circonstances dans lesquelles une mise à pied n'est pas réputée être la fin d'un emploi, ce qui permet à l'employeur d'échapper à l'exigence d'avoir à donner l'avis prévu par l'art. 60 du Code. On ne peut guère négliger ces dispositions spéciales pour décider de l'intention du législateur. En l'espèce, le

do. It prescribed the circumstances when a lay-off is not to be deemed a termination of employment. To do precisely what the Code authorizes can hardly be said to breach its spirit.

The Regulations may have the effect of depriving an employee of the benefit of previous notice provided for by s. 60 of the Code, but Parliament, by the terms of that provision, clearly contemplated that a lay-off was subject to different considerations from those applicable to a permanent termination of work in some circumstances and delegated to the Governor in Council the discretion to determine those circumstances. The very fact that there was a group lay-off, for financial reasons, would go some way towards informing everyone concerned that the employees may have need for assistance in finding other work.

It is true that until the closing date set for a lay-off the parties, other than possibly the employer, would not know whether the employees' employment would terminate, but that would be true of most, if not all, lay-offs (for example, that described in s. 30(b) of the Regulations) unless one imports an obligation to recall an employee at the end of the period assigned in the notice of lay-off, a proposition which, I think, cannot be supported. In substance, the combined effect of s. 60 of the Code and s. 30(c) of the Regulations is that in circumstances such as the present an employer violates the provisions of the Code if he fails to recall the employees at the time set forth in the notice of lay-off.

The fact that the circumstances defined in the Regulations may be created by the action of an employer does not amount to a delegation of the Governor in Council's authority. A lay-off must inevitably be dependent on the employer's action.

The jurisdictional point raised in the courts below, having been abandoned on the hearing of this appeal, I have not considered it.

gouverneur en conseil a procédé exactement comme la Loi l'y autorisait. Il a prescrit les circonstances dans lesquelles une mise à pied n'est pas réputée être la fin d'un emploi. Faire précisément ce que le Code autorise peut difficilement être interprété comme la violation de l'esprit de ce Code.

Il est possible que le Règlement ait pour effet d'empêcher un employé de bénéficier de l'avis antérieur prévu par l'art. 60 du Code, mais le législateur a envisagé, en termes clairs dans cette disposition, la possibilité qu'une mise à pied fasse l'objet de considérations différentes de celles qui s'appliquent à la fin permanente d'un emploi dans certaines circonstances, et il a délégué au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de déterminer ces circonstances. Le fait même qu'il y ait eu une mise à pied collective, pour des raisons financières, aurait dû signaler à toutes les personnes concernées que les employés pourraient avoir besoin d'aide pour trouver un autre emploi.

Il est vrai que jusqu'à la date limite prévue pour une mise à pied, les parties, à l'exception peut-être de l'employeur, ne pouvaient savoir si leur emploi prendrait fin, mais cette constatation est vraie dans la plupart sinon dans tous les cas de mises à pied (par exemple celle qui est décrite à l'al. 30b) du Règlement) à moins que l'on puisse déduire que l'employeur est tenu de rappeler un employé à la fin de la période désignée dans l'avis de mise à pied, proposition qui me semble insoutenable. Essentiellement, lus ensemble, l'art. 60 du Code et l'al. 30c) du Règlement ont pour effet de prévoir que dans des circonstances comme les présentes un employeur viole les dispositions du Code s'il ne rappelle pas les employés à l'époque prévue dans l'avis de mise à pied.

Même si les circonstances définies dans le Règlement peuvent découler de l'action d'un employeur, cette situation n'équivaut pas à une délégation du pouvoir du gouverneur en conseil. Une mise à pied dépend inévitablement de l'action de l'employeur.

Je n'ai pas à examiner la question de compétence soulevée devant les tribunaux d'instance inférieure puisqu'elle a été abandonnée à l'audition du présent pourvoi.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Shortt and Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener: Department of Justice, Vancouver.*

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Shortt and Company,  
a Vancouver.*

*Procureurs des intimées: Farris, Vaughan,  
Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant: Ministère de la Jus-  
b tice, Vancouver.*

**Daniel Paul Courville** *Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 17369.

1985: May 21, 22; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Defence — Robbery — Specific intent — Whether loss of self-control or irresistible impulse caused by voluntary drug induced intoxication provides a defence to a criminal charge in Canada.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal<sup>1</sup> allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused by a County Court judge<sup>2</sup>. Appeal dismissed.

*Alan D. Gold*, for the appellant.

*Edward Then, Q.C.*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The appellant accused appeals a decision of the Ontario Court of Appeal in which that court entered verdicts of guilty, pursuant to its power under s. 613(4) of the *Criminal Code*, with respect to charges relating to a bank robbery.

The trial judge found that, though the accused appreciated the nature and quality of his acts, and understood that his acts were unlawful, his conduct was caused by a loss of self-control or an irresistible impulse, which was, in turn, caused by delusions resulting from voluntary drug induced intoxication. The accused was acquitted on the ground that his state of intoxication raised a reasonable doubt whether he had the necessary specific intent for the offences of which he was charged.

<sup>1</sup> [1982] Ont. D. Crim. Conv. 5270-02, 8 W.C.B. 425.

<sup>2</sup> [1982] Ont. D. Crim. Conv. 5290-04, 7 W.C.B. 368.

**Daniel Paul Courville** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 17369.

1985: 21, 22 mai; 1985: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

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

*Droit criminel — Moyen de défense — Vol qualifié — Intention spécifique — La perte de maîtrise de soi ou l'impulsion irrésistible causée par l'intoxication volontaire au moyen de stupéfiant constitue-t-elle un moyen de défense à une accusation criminelle au Canada?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup> qui a accueilli l'appel de la poursuite contre l'acquiescement de l'accusé par un juge de Cour de comté<sup>2</sup>. Pourvoi rejeté.

*Alan D. Gold*, pour l'appelant.

*Edward Then, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—L'accusé appelant se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel cette cour-là a rendu des verdicts de culpabilité, conformément au pouvoir que lui confère le par. 613(4) du *Code criminel*, relativement à des accusations de vol de banque.

Le juge du procès a conclu que bien que l'accusé apprécie la nature et la qualité de ses actes et comprenne que ses actes étaient illégaux, sa conduite était imputable à la perte de maîtrise de soi ou à une impulsion irrésistible qui était quant à elle due à des hallucinations résultant d'une intoxication volontaire au moyen de stupéfiant. L'accusé a été acquitté parce que l'état d'intoxication dans lequel il se trouvait soulevait un doute raisonnable sur le point de savoir s'il avait l'intention spécifique nécessaire à la perpétration des infractions dont on l'accusait.

<sup>1</sup> [1982] Ont. D. Crim. Conv. 5270-02, 8 W.C.B. 425.

<sup>2</sup> [1982] Ont. D. Crim. Conv. 5290-04, 7 W.C.B. 368.

We agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in acquitting the accused. Loss of self-control or irresistible impulse caused by voluntarily induced intoxication is not a defence to a criminal charge in Canada. The Court of Appeal was correct in entering verdicts of guilty on the charges.

This appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Alan D. Gold, Toronto.*

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

Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur en acquittant l'accusé. La perte de la maîtrise de soi ou l'impulsion irrésistible causée par une intoxication volontaire ne constitue pas un moyen de défense à une accusation criminelle au Canada. La Cour d'appel a eu raison de rendre des verdicts de culpabilité relativement aux accusations.

*b*

Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Alan D. Gold, Toronto.*

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



**Gérard Blais, in quality as Trustee of  
St. Louis Textiles Limited, a Bankrupt  
Appellant;**

and

**The Minister of National Revenue  
Respondent.**

File No.: 17824.

1985: May 24; 1985: June 13.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard,  
Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Taxation — Excise tax — Bankruptcy — Whether liability to pay tax on goods under the Excise Tax Act, s. 27(1), arises before goods are sold and is therefore a claim provable in bankruptcy under the Bankruptcy Act, s. 95(1) — Whether a trustee in bankruptcy is liable under the Excise Tax Act, s. 27(3) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 27(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 95(1).*

#### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 95(1).  
*Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 27(1), (3).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, *sub nom. Re St. Louis Textiles Limited; Minister of National Revenue v. Blais* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 98, allowing the appeal from a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

*Allan R. Hilton*, for the appellant.

*Claude Joyal and Gaspard Côté, Q.C.*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This is an appeal from the Court of Appeal for Quebec. The appellant is a trustee in bankruptcy who acquired the right to sell goods which had been purchased by the bankrupt company. He argues that the company incurred liability to pay tax on the goods under s. 27(1) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13 at the time

**Gérard Blais, en sa qualité de syndic de  
St-Louis Textiles Limited, faillie Appellant;**

<sup>a</sup> et

**Le ministre du Revenu national Intimé.**

N° du greffe: 17824.

<sup>b</sup> 1985: 24 mai; 1985: 13 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

*Droit fiscal — Taxe d'accise — Faillite — L'obligation de payer la taxe sur les marchandises en vertu de l'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise naît-elle avant la vente des marchandises et est-elle en conséquence une réclamation prouvable dans la faillite en vertu de l'art. 95(1) de la Loi sur la faillite? — Un syndic de faillite a-t-il une obligation en vertu de l'art. 27(3) de la Loi sur la taxe d'accise? — Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27(1), (3) — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 95(1).*

#### Lois et règlements cités

*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 95(1).  
<sup>f</sup> *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27(1), (3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, *sub nom. Re St. Louis Textiles Limited; Minister of National Revenue v. Blais* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 98, qui a accueilli l'appel d'un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

<sup>h</sup> *Allan R. Hilton*, pour l'appellant.

*Claude Joyal et Gaspard Côté, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

<sup>i</sup> LA COUR—Il s'agit d'un pourvoi interjeté contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec. L'appelant est un syndic de faillite qui a acquis le droit de vendre des marchandises achetées par la société faillie. Il allègue que la société avait contracté l'obligation de payer la taxe sur les marchandises en vertu du par. 27(1) de la *Loi sur la*

the goods were bought and that, therefore, the tax is a claim provable in proceedings under s. 95(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3.

The Court of Appeal found the company had no obligation under s. 27(1) of the *Excise Tax Act* since it had not sold the goods to an unlicensed purchaser, nor retained them for its own use or rental to others, prior to becoming bankrupt. Accordingly, the tax was not a claim provable in bankruptcy under the *Bankruptcy Act*. The court concluded that the appellant was liable to pay tax under s. 27(3) of the *Excise Tax Act* upon his sale of the goods, and that he could deduct the amount so paid from the proceeds of sale as an expense of administration.

We adopt the reasons of the Court of Appeal for Quebec and dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Côté, Ouellet & Demers, Montréal.*

*taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13, au moment de l'achat des marchandises et que, par conséquent, la taxe constituait une réclamation prouvable dans les procédures entamées en vertu du par. 95(1) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3.

La Cour d'appel a conclu que la société n'avait pas d'obligation en vertu du par. 27(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* puisqu'elle n'avait pas vendu les marchandises à un acheteur non muni d'une licence ni ne les avait retenues pour son propre usage ou pour être louées à d'autres, avant de faire faillite. La taxe n'était donc pas une réclamation prouvable dans la faillite en vertu de la *Loi sur la faillite*. La cour a conclu que l'appelant est assujéti au paiement de la taxe conformément au par. 27(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* au moment où il vend les marchandises, et qu'il peut déduire le montant ainsi payé du produit de la vente à titre de dépense d'administration.

Nous adoptons les motifs de la Cour d'appel du Québec et rejetons le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Côté, Ouellet & Demers, Montréal.*

**William James Lamb** *Appellant*;

and

**Elizabeth Ann Lamb** *Respondent*;

and

**Attorney General of Canada, Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan and Attorney General for Alberta** *Intervenors*.

File No.: 17394.

1985: June 7; 1985: June 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Divorce and family law — Support — Maintenance granted under Divorce Act and exclusive possession of matrimonial home ordered under Family Law Reform Act — Whether or not order for exclusive possession of home invalid because of paramourcy — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11 — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, ss. 18, 19, 40, 45.*

*Family law — Divorce — Support — Exclusive possession of matrimonial home ordered under Family Law Reform Act and maintenance ordered under Divorce Act — Whether or not order for exclusive possession of home invalid because of paramourcy.*

This appeal is from a judgment of the Ontario Court of Appeal upholding an order which was made in consolidated proceedings under the *Divorce Act* and the *Family Law Reform Act*, where respondent wife was granted nominal maintenance under the former Act and exclusive lifetime possession of the matrimonial home under the latter Act. A constitutional issue arose out of the award granting exclusive possession. The Court was asked to consider: (1) if s. 45 of the *Family Law Reform Act* was in relation to support and maintenance; (2) if it was invalid by reason of the *Divorce Act*; and (3) if it was inoperative if a s. 45 application were joined with one under the *Divorce Act*.

**Held:** The appeal should be dismissed.

**William James Lamb** *Appelant*;

et

**Elizabeth Ann Lamb** *Intimée*;

<sup>a</sup>

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan et procureur général de l'Alberta** *Intervenants*.

N° du greffe: 17394.

<sup>c</sup> 1985: 7 juin; 1985: 27 juin.

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

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

<sup>d</sup>

*Droit constitutionnel — Divorce et droit de la famille — Soutien — Entretien accordé en vertu de la Loi sur le divorce et possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la Loi portant réforme du droit de la famille — Invalidité ou non de l'ordonnance de possession exclusive à cause de la doctrine de la prépondérance — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11 — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 18, 19, 40, 45.*

<sup>f</sup>

*Droit de la famille — Divorce — Soutien — Attribution de la possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la Loi portant réforme du droit de la famille et de soutien en vertu de la Loi sur le divorce — Invalidité ou non de l'ordonnance de possession exclusive à cause de la doctrine de la prépondérance.*

<sup>g</sup>

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait confirmé une ordonnance rendue dans des procédures réunies en vertu de la *Loi sur le divorce* et de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. L'épouse intimée avait obtenu un soutien symbolique en vertu de la première loi et la possession exclusive à vie du foyer conjugal en vertu de la deuxième. L'attribution de la possession exclusive a soulevé une question constitutionnelle. On a demandé à la Cour d'examiner: (1) si l'art. 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* est une disposition en matière de soutien, (2) s'il est invalide en raison de la *Loi sur le divorce* et (3) s'il est inopérant lorsqu'une demande faite sous son régime est jointe à une demande faite en vertu de la *Loi sur le divorce*.

<sup>j</sup>

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

Section 45 of the *Family Law Reform Act* is not a legislative provision in relation to support and maintenance and the paramountcy doctrine does not apply here so as to render it either invalid or inoperative if joined with an application under the *Divorce Act*. Section 45 of the *Family Law Reform Act* and s. 11 of the *Divorce Act* are not mutually exclusive; rather, they are independent jurisdictions in relation to different subject matters conferred by *intra vires* federal and provincial statutes which complement each other. An award made under s. 11 of the *Divorce Act*, therefore, would not preclude an order for exclusive possession of the matrimonial home under the *Family Law Reform Act*. That order, while relevant to support, was not in and of itself a support order.

#### Cases Cited

*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, applied; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Sniderman v. Sniderman* (1982), 36 O.R. (2d) 289; *Reference re B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Fogel v. Fogel* (1979), 9 R.F.L. (2d) 55; *Stere v. Stere* (1980), 15 R.F.L. (2d) 357, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1).  
*Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, ss. 8, 18(1), (5), (6), 19(1)(d), 40(1), (2), 45(1), (3).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from an order of Rutherford J. Appeal dismissed.

*Thomas J. Lockwood, Q.C.*, and *David C. Moore*, for the appellants.

*A. Burke Doran, Q.C.*, and *Rebecca Regenstreif*, for the respondent.

*David Sgayias*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Elizabeth Goldberg* and *Craig Perkins*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Réal-A. Forest*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gail E. Mildren*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

L'article 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* n'est pas une disposition législative relative au soutien et la doctrine de la prépondérance ne s'applique pas ici de façon à le rendre invalide ou inopérant si on le joint à une demande en vertu de la *Loi sur le divorce*. L'article 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* et l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* ne s'excluent pas mutuellement; ce sont plutôt des compétences indépendantes relatives à des matières différentes et conférées par des lois fédérale et provinciale constitutionnelles qui se complètent. Une ordonnance rendue en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* n'empêche donc pas de rendre une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Cette ordonnance, bien que pertinente en matière de soutien, n'est pas en elle-même une ordonnance de soutien.

#### Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; arrêts mentionnés: *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Sniderman v. Sniderman* (1982), 36 O.R. (2d) 289; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Fogel v. Fogel* (1979), 9 R.F.L. (2d) 55; *Stere v. Stere* (1980), 15 R.F.L. (2d) 357.

#### Lois et règlements cités

*Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 8, 18(1), (5), (6), 19(1)(d), 40(1), (2), 45(1), (3).  
*Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge Rutherford. Pourvoi rejeté.

*Thomas J. Lockwood, c.r.*, et *David C. Moore*, pour l'appelant.

*A. Burke Doran, c.r.*, et *Rebecca Regenstreif*, pour l'intimée.

*David Sgayias*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Elizabeth Goldberg* et *Craig Perkins*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Réal-A. Forest*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Gail E. Mildren*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Graeme G. Mitchell*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*William Henkel, Q.C.*, and *Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This is an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal upholding an order of Rutherford J. in a family law matter.

The proceedings in which the impugned order was made were consolidated proceedings under the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, and the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8. Rutherford J. granted a decree of divorce to the wife (respondent) and made an order in her favour under s. 11 of the *Divorce Act* for maintenance in the sum of \$1.00 per year. No appeal is taken in this Court from that order.

The husband does, however, appeal two aspects of the order made under the *Family Law Reform Act*, namely the grant to the wife of exclusive possession of the matrimonial home for her lifetime and the award of compensation to her under s. 8 of the *Family Law Reform Act* in respect of her contribution to a non-family asset.

As far as the merits of the husband's appeal on these two aspects is concerned we are in agreement with the Ontario Court of Appeal that the trial judge had jurisdiction to grant the relief which he granted and that there was evidence to support his determinations. Counsel for the husband raised, however, a constitutional issue of some significance in relation to the award of exclusive possession of the matrimonial home. It is reflected in the following constitutional questions stated for the Court by Mr. Justice Estey:

1. Is Section 45 of the Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, Chapter 152, a legislative provision in relation to support and maintenance?
2. Are the provisions of Section 45 of the Family Law Reform Act, supra, invalid by reason of the provisions of

*Graeme G. Mitchell*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*William Henkel, c.r.*, et *Margaret Unsworth*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé une ordonnance du juge Rutherford dans une affaire de droit familial.

Les procédures au cours desquelles l'ordonnance attaquée a été rendue sont des procédures réunies en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, et de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8. Le juge Rutherford a accordé un jugement de divorce à l'épouse (intimée) et a rendu une ordonnance d'entretien en sa faveur en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* au montant d'un dollar par an. Cette ordonnance n'est pas attaquée en l'espèce.

Toutefois, le mari se pourvoit effectivement contre deux aspects de l'ordonnance rendue en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, savoir l'attribution à l'épouse de la possession exclusive du foyer conjugal à vie et l'attribution d'un versement compensatoire en vertu de l'art. 8 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* à l'égard de son apport à un bien autre que familial.

Quant au fond du pourvoi du mari sur ces deux aspects, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario que le juge de première instance avait compétence pour accorder le redressement qu'il a accordé et qu'il y avait des preuves à l'appui de sa décision. Toutefois l'avocat du mari a soulevé une question constitutionnelle d'une certaine importance relativement à l'attribution de la possession exclusive du foyer conjugal. Elle est reprise dans les questions constitutionnelles suivantes que juge Estey a énoncées pour la Cour:

1. L'article 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, est-il une disposition en matière de soutien?
2. Les dispositions de l'art. 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, précitée, sont-elles nulles en

the Divorce Act, R.S.C. 1970, Chapter D-8 relating to support and maintenance?

3. Are the provisions of Section 45 of the Family Law Reform Act, supra, inoperative when a claim thereunder is joined with an application for support and maintenance under the provisions of the Divorce Act, R.S.C. 1970, Chapter D-8?

Reproduced here for convenience are the relevant provisions of the federal and provincial statutes:

Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152:

18.—(1) A court may, upon application, order a person to provide support for his or her dependants and determine the amount thereof.

(5) In determining the amount, if any, of support in relation to need, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

- (a) the assets and means of the dependant and of the respondent and any benefit or loss of benefit under a pension plan or annuity;

raison des dispositions que renferme en matière de soutien la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8?

3. Les dispositions de l'art. 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, précitée, sont-elles sans effet lorsqu'une demande faite en vertu de ces dispositions est jointe à une demande de soutien en vertu de la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8?

Voici pour plus de commodité les articles pertinents des lois fédérale et provinciale:

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) de l'épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152:

18.—(1) La cour peut, sur demande, ordonner au défendeur de fournir des aliments aux personnes à sa charge et en fixer le montant.

(5) Dans le calcul du montant des aliments éventuellement dus, la cour tient compte de la situation globale des parties notamment:

- a) des biens et des ressources de la personne à charge et de ceux du défendeur y compris des prestations ou de la perte de prestations aux termes d'un régime de pension ou d'une rente;

- |   |  |  |
|---|--|--|
| <p>(b) the capacity of the dependant to provide for his or her own support;</p> <p>(c) the capacity of the respondent to provide support;</p> <p>(d) the age and the physical and mental health of the dependant and of the respondent;</p> <p>(e) the length of time the dependant and respondent cohabited;</p> <p>(f) the needs of the dependant, in determining which the court may have regard to the accustomed standard of living while the parties resided together;</p> <p>(g) the measures available for the dependant to become financially independent and the length of time and cost involved to enable the dependant to take such measures;</p> <p>(h) the legal obligation of the respondent to provide support for any other person;</p> <p>(i) the desirability of the dependant or respondent remaining at home to care for a child;</p> <p>(j) a contribution by the dependant to the realization of the career potential of the respondent;</p> <p>(k) where the dependant is a child, his or her aptitude for and reasonable prospects of obtaining an education;</p> <p>(l) where the dependant is a spouse, the effect on his or her earning capacity of the responsibilities assumed during cohabitation;</p> <p>(m) where the dependant is a spouse, whether the dependant has undertaken the care of a child who is of the age of eighteen years or over and unable by reason of illness, disability or other cause to withdraw from the charge of his or her parents;</p> <p>(n) where the dependant is a spouse, whether the dependant has undertaken to assist in the continuation of a program of education for a child who is of the age of eighteen years or over and unable for that reason to withdraw from the charge of his or her parents;</p> <p>(o) where the dependant is a spouse, any housekeeping, child care or other domestic service performed by the spouse for the family, in the same way as if the spouse were devoting the time spent in performing that service in remunerative employment and were contributing the earnings therefrom to the support of the family; and</p> <p>(p) any other legal right of the dependant to support other than out of public money.</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>c</p> <p>d</p> <p>e</p> <p>f</p> <p>g</p> <p>h</p> <p>i</p> | <p>b) de la capacité de la personne à charge de pourvoir à ses propres aliments;</p> <p>c) de la capacité du défendeur de fournir les aliments;</p> <p>d) de l'âge et de la santé physique et mentale de la personne à charge et du défendeur;</p> <p>e) de la durée de la cohabitation de la personne à charge avec le défendeur;</p> <p>f) des besoins de la personne à charge, appréciés en fonction, notamment, du niveau habituel de vie des parties pendant qu'elles cohabitaient;</p> <p>g) des mesures à la disposition de la personne à charge pour qu'elle devienne pécuniairement indépendante, et du temps et du coût y afférant;</p> <p>h) des autres obligations alimentaires du défendeur;</p> <p>i) des indications que l'un ou l'autre devrait rester à la maison pour s'occuper de l'enfant;</p> <p>j) de l'apport de la personne à charge à la réalisation par le défendeur de son potentiel professionnel;</p> <p>k) si la personne à charge est un enfant, de son aptitude aux études et de ses perspectives d'y accéder;</p> <p>l) si la personne à charge est un conjoint, de l'effet des responsabilités dont elle s'est chargée pendant la cohabitation sur sa capacité de gain;</p> <p>m) si la personne à charge est un conjoint, de la garde dont elle s'est chargé d'un enfant âgé de 18 ans ou plus mais incapable en raison de maladie, déficience ou autre de s'affranchir de la garde parentale;</p> <p>n) si la personne à charge est un conjoint, de l'aide qu'elle a apportée à la continuation de l'éducation d'un enfant âgé de 18 ans ou plus et incapable pour cette raison de s'affranchir de la garde parentale;</p> <p>o) si la personne à charge est un conjoint, des services qu'elle a rendus à la famille, notamment de ménage ou de garde des enfants, au même titre que si elle avait consacré ce temps à un emploi rémunéré, et apportait les gains de cet emploi au soutien de la famille;</p> <p>p) des autres créances alimentaires de la personne à charge, sauf celles prélevées sur les deniers publics.</p> |
|---|--|--|

(6) The obligation to provide support for a spouse exists without regard to the conduct of either spouse, but the court may in determining the amount of support have regard to a course or conduct that is so unconscionable as to constitute an obvious and gross repudiation of the relationship.

19.—(1) In an application under section 18, the court may order,

(d) any matter authorized to be ordered under clauses 45(1)(a) to (d) and subject to subsection 45(3);

40.—(1) A spouse is equally entitled to any right of possession of the other spouse in a matrimonial home.

(2) Subject to an order of the court under this or any other Act, and subject to a separation agreement that provides otherwise, a right of a spouse to possession by virtue of subsection (1) ceases upon the spouse ceasing to be a spouse.

45.—(1) Notwithstanding the ownership of a matrimonial home and its contents, and notwithstanding section 40, the court on application may by order,

(a) direct that one spouse be given exclusive possession of a matrimonial home or part thereof for life or for such lesser period as the court directs and release any other property that is a matrimonial home from the application of this Part;

(b) direct a spouse to whom exclusive possession of a matrimonial home is given to pay such periodic payments to the other spouse as is prescribed in the order;

(c) direct that the contents of a matrimonial home, or any part thereof, remain in the home for the use of the person given possession;

(d) fix the obligation to repair and maintain the matrimonial home or to pay other liabilities arising in respect thereof;

(e) authorize the disposition or encumbrance of the interest of a spouse in a matrimonial home subject to the right to exclusive possession of the other spouse as ordered; and

(3) An order under subsection (1) for exclusive possession may be made only if, in the opinion of the court, other provision for shelter is not adequate in the circumstances or it is in the best interests of a child to do so.

(6) L'obligation alimentaire existe au profit d'un conjoint sans égard à sa conduite ou à celle du défendeur. Toutefois la cour qui fixe le montant des aliments peut tenir compte d'une conduite à ce point anormale qu'elle constitue un mépris clair et flagrant du rapport.

19.—(1) La cour saisie en vertu de l'article 18 peut ordonner, selon le cas:

d) toute disposition prévue aux alinéas 45(1)a) à d), sous réserve du paragraphe 45(3);

40.—(1) Chaque conjoint a une part égale du droit de l'autre à la possession du foyer conjugal.

(2) Cette part prend fin pour le conjoint qui ne l'est plus. Toutefois, cette cessation est subordonnée aux ordonnances de la cour rendues en vertu de la présente loi ou de tout autre. Elle l'est également à l'accord de séparation des conjoints.

45.—(1) Sans égard à la propriété d'un foyer conjugal et de ce qui s'y trouve et par dérogation à l'article 40, la cour peut, par ordonnance sur demande:

a) attribuer à l'un des conjoints, à vie ou pour un terme plus court, la possession exclusive du foyer conjugal, même en partie, en libérant de l'application de la présente partie les autres biens qui ont la qualité de foyer conjugal;

b) ordonner à ce conjoint de verser à l'autre les sommes périodiques qu'elle précise;

c) décider que ce qui se trouve dans le foyer y demeure, en totalité ou en partie, pour l'usage du conjoint attributaire;

d) décider qui se charge de la réparation et de l'entretien du foyer et des autres charges y afférant;

e) autoriser la disposition du droit de l'autre conjoint dans le foyer ou qu'il soit grevé, sous réserve du droit de possession exclusive du conjoint attributaire;

(3) L'ordonnance n'est rendue en vertu du paragraphe (1) que si, de l'avis de la cour, les autres possibilités de logement sont inadéquates ou si le meilleur intérêt d'un enfant l'indique.



The argument presented on behalf of the husband on the constitutional issue is succinctly set out in paragraph 18 of the appellant's factum which reads as follows:

It is respectfully submitted that the provisions of the *FLRA* dealing with exclusive possession [of the matrimonial home] and orders pronounced thereunder are properly characterized as support or maintenance orders. It is further submitted that such provisions are rendered inoperative when a spouse proceeds with and obtains corollary relief under Section 11 of the *Divorce Act*, and that, in such cases, the Court has no authority to award exclusive possession of the matrimonial home under the *FLRA*.

In support of his characterization of an order of exclusive possession under s. 45(1) as a support or maintenance order, counsel points to s. 45(3) and submits that the purpose of such an order is to ensure that the spouse has adequate shelter or, in an appropriate case, that the best interests of a child of the marriage are provided for. These, he says, are the very factors traditionally taken into consideration in making support orders and would in fact be taken into consideration in making a support order under s. 18 and s. 19(1)(d) of the *Family Law Reform Act*. An order for exclusive possession being a support order and the wife having sought and (according to the husband) obtained a maintenance order (\$1.00 per year) under s. 11 of the *Divorce Act*, s. 45 of the *Family Law Reform Act* was inoperative to confer jurisdiction on the trial judge to make the order appealed from.

It is readily apparent that if counsel is wrong on his basic premise that an order for exclusive possession is a support order, his appeal on constitutional grounds must fail. Counsel acknowledges that s. 45 of the *Family Law Reform Act* is *intra vires* the legislature of the province as legislation in relation to property and civil rights: see *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398. He also accepts that s. 11 of the *Divorce Act* is *intra vires* the federal legislature as legislation ancillary to divorce: see *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205. His whole case is that the two cannot be invoked together. If resort is had to the mainte-

L'argument présenté au nom du mari sur la question constitutionnelle est succinctement énoncé au paragraphe 18 de son mémoire. Le voici:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est respectueusement soutenu que les dispositions de la *LRDF* qui traitent de la possession exclusive [du foyer conjugal] et les ordonnances à cet égard doivent être qualifiées d'ordonnances de soutien. En conséquence, ces dispositions deviennent inopérantes <sup>b</sup> lorsqu'un conjoint demande et obtient des mesures accessoires en vertu de l'article 11 de la *Loi sur le divorce* et, en pareil cas, la Cour n'a pas le pouvoir d'attribuer la possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la *LRDF*.

<sup>c</sup> Pour appuyer sa qualification d'une ordonnance de possession exclusive rendue en vertu du par. 45(1) d'ordonnance de soutien, l'avocat se tourne vers le par. 45(3) et soutient que pareille ordonnance vise à assurer que le conjoint est adéquatement logé ou, dans un cas approprié, que l'intérêt d'un enfant du mariage est protégé. Selon lui, il s'agit précisément des facteurs traditionnellement pris en considération pour rendre des ordonnances de soutien et que ce serait en fait ceux considérés <sup>e</sup> pour rendre une ordonnance alimentaire en vertu de l'art. 18 et de l'al. 19(1)d) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Comme une ordonnance de possession exclusive est une ordonnance alimentaire et que l'épouse a demandé et (selon le mari) obtenu une ordonnance de soutien (un dollar par an) en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, l'art. 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* ne peut conférer au juge de première instance compétence pour rendre l'ordonnance, objet du pourvoi.

<sup>h</sup> D'emblée il est manifeste que si la prémisse fondamentale de l'avocat, qu'une ordonnance attribuant la possession exclusive est une ordonnance alimentaire, est mal fondée, son pourvoi sur les moyens constitutionnels doit être rejeté. L'avocat reconnaît que l'art. 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* relève de la compétence de la législature de la province en tant que disposition relative à la propriété et aux droits civils: voir *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398. Il accepte aussi que l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* relève de la compétence du Parlement fédéral en tant que disposition accessoire au divorce: voir

nance provisions of the *Divorce Act*, the support jurisdiction of the *Family Law Reform Act* (including s. 45 so characterized) is said to be pre-empted: see *Sniderman v. Sniderman* (1982), 36 O.R. (2d) 289 (Ont. H.C.)

We are all of the view that while an order for exclusive possession of the matrimonial home under s. 45 of the *Family Law Reform Act* is relevant to support, it is not in and of itself a support order: see *Reference re B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at pp. 88-89. The *Family Law Reform Act* authorizes the Court on divorce or marriage breakdown to divide the family and non-family assets between the spouses in accordance with the provisions of the Act. It also authorizes the Court to make support orders. Although the matrimonial home is a family asset under the Act and as such subject to division under Part I, it is also specifically dealt with under Part III where possessory orders are contemplated. In this case, for example, Rutherford J. divided the matrimonial home equally between husband and wife but gave the wife exclusive possession during her lifetime. It may well be, as counsel for the husband points out, that such a possessory order directly affects the *quantum* of support required by the wife but so also would an order awarding her the matrimonial home outright under Part I of the Act. A division of assets under the *Family Law Reform Act* and an order for support under the *Family Law Reform Act* will usually be interrelated. This is why the courts have recommended that the division of assets be made before the needs of the spouse for support are assessed: see *Fogel v. Fogel* (1979), 9 R.F.L. (2d) 55 (Ont. C.A.); *Stere v. Stere* (1980), 15 R.F.L. (2d) 357 (Ont. H.C.) The Court will utilize the statutory provisions to tailor a package to the needs of the parties having regard to the nature and extent of their assets.

*Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205. Son argument en somme est qu'on ne peut les invoquer ensemble. Si on a eu recours aux dispositions sur le soutien en vertu de la *Loi sur le divorce*, on serait privé de la juridiction en matière alimentaire de la *Loi portant réforme du droit de la famille* (notamment de l'art. 45 selon sa qualification): voir *Sniderman v. Sniderman* (1982), 36 O.R. (2d) 289 (H.C. Ont.)

Nous sommes tous d'avis que bien qu'une ordonnance attribuant la possession exclusive du foyer conjugal en vertu de l'art. 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* soit relative au soutien, il ne s'agit pas en soi d'une ordonnance de soutien: voir *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, aux pp. 88 et 89. La *Loi portant réforme du droit de la famille* autorise la cour en cas de divorce ou de rupture du mariage à partager les biens familiaux et les autres biens entre les conjoints conformément aux dispositions de la loi. Elle autorise également la Cour à rendre des ordonnances de soutien. Bien que le foyer conjugal soit un bien familial aux termes de la Première Partie, la Troisième Partie en traite aussi précisément dans l'optique des ordonnances de possession. En l'espèce, par exemple, le juge Rutherford a partagé le foyer conjugal en parts égales entre les conjoints, mais il a donné à l'épouse un droit de possession exclusive à vie. Il est bien possible, comme le souligne l'avocat du mari, que cette ordonnance de possession touche directement au montant du soutien requis par l'épouse, mais il en serait également ainsi d'une ordonnance lui attribuant l'entière propriété du foyer conjugal en vertu de la Première Partie de la Loi. Le partage des biens en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille* et une ordonnance de soutien en vertu de cette loi sont normalement reliés. C'est pourquoi les tribunaux ont recommandé que le partage des biens soit fait avant que soit évalué le soutien dont le conjoint a besoin: voir *Fogel v. Fogel* (1979), 9 R.F.L. (2d) 55 (C.A. Ont.); *Stere v. Stere* (1980), 15 R.F.L. (2d) 357 (H.C. Ont.) Le tribunal utilisera les dispositions législatives pour adapter le règlement global aux besoins des parties compte tenu de la nature et de l'importance de leurs biens.

We see no difference where an ancillary order for maintenance is sought under the *Divorce Act* and an order for exclusive possession of the matrimonial home is sought under the *Family Law Reform Act*. There is no conflict between s. 11 of the *Divorce Act* and s. 45 of the *Family Law Reform Act* on the test of conflict articulated in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. Quoting from the judgment of Dickson J. (as he then was), at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

The provisions in the two statutes are not mutually exclusive. Indeed, they do not even deal with the same subject matter. Even if the award of the nominal amount of \$1.00 per year under s. 11 of the *Divorce Act* (made no doubt in the belief that it was necessary in order to retain jurisdiction) can be viewed as an award of maintenance based on the considerations set out in that section (which is, to say the least, doubtful), such an order does not, for the reasons given, preclude an order for exclusive possession of the matrimonial home under the *Family Law Reform Act*. They are independent jurisdictions in relation to different subject matters conferred by *intra vires* federal and provincial statutes which complement each other. There is therefore no room for the application of the paramountcy doctrine to these two legislative provisions. The appeal is accordingly dismissed with costs.

The constitutional questions are answered as follows:

Question 1. Is Section 45 of The Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, Chapter 152, a legislative provision in relation to support and maintenance?

Answer: No.

Nous ne voyons pas de différence entre le cas où une ordonnance accessoire de soutien est demandée en vertu de la *Loi sur le divorce* et celui où une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal est demandée en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Il n'y a pas de conflit entre l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et l'art. 45 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* selon le critère de conflit énoncé dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Voici un passage du jugement du juge Dickson (alors juge puîné), à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Les articles des deux lois ne s'excluent pas mutuellement. D'ailleurs, ils ne traitent même pas de la même matière. Même si l'attribution du montant symbolique d'un dollar par an en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* (faite indubitablement dans l'idée que c'était nécessaire à la préservation de la compétence) peut être considérée comme une attribution de soutien fondée sur les motifs énoncés dans cet article (ce qui est pour le moins douteux), cette ordonnance n'empêche pas, pour les motifs déjà donnés, de rendre une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Ce sont des compétences indépendantes relatives à des matières différentes et conférées par des lois fédérale et provinciale constitutionnelles qui se complètent. Il n'y a pas de place pour appliquer la doctrine de la prépondérance à ces deux textes législatifs. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

Question 1. L'article 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, est-il une disposition en matière de soutien?

Réponse: Non.

Question 2. Are the provisions of Section 45 of The Family Law Reform Act, *supra*, invalid by reason of the provisions of The Divorce Act, R.S.C. 1970, Chapter D-8 relating to support and maintenance?

Answer: No.

Question 3. Are the provisions of Section 45 of The Family Law Reform Act, *supra*, inoperative when a claim thereunder is joined with an application for support and maintenance under the provisions of The Divorce Act, R.S.C. 1970, Chapter D-8?

Answer: No.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Attorney General for Alberta, Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

Question 2. Les dispositions de l'art. 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, précitée, sont-elles nulles en raison des dispositions que renferme en matière de soutien la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8?

a Réponse: Non.

Question 3. Les dispositions de l'art. 45 de la Loi portant réforme du droit de la famille, précitée, sont-elles sans effet lorsqu'une demande faite en vertu de ces dispositions est jointe à une demande de soutien en vertu de la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8?

c Réponse: Non.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

d *Procureurs de l'appellant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.*

e *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Québec.*

f *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

g *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

h *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

**Air Canada** *Appellant;*

and

**City of Dorval** *Respondent.*

File No.: 17290.

1985: February 13, 14; 1985: June 27.

Present: Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson,  
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Municipal law — By-law and resolutions — Validity — Business tax imposed by by-law — Tax rate fixed annually by resolution of the city council — Excess of jurisdiction — Action in nullity allowed — By-law of the City of Dorval. No. 577; s. 2 — Code of Civil Procedure, art. 33.*

In June 1963, respondent adopted By-law 577 based on s. 526 of the *Cities and Towns Act*, as amended by the Charter of the City of Dorval. Section 2 of that by-law imposed a business tax and gave the Council of the City the right to fix the tax rate annually by way of resolution. In April 1974, appellant by a direct action in nullity challenged the validity of s. 2 of the By-law and the resolutions setting the tax rate for 1972-73 and 1973-74. The Superior Court dismissed the action and a majority of the Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal sought to determine (1) whether the fact that respondent did not set the tax rate in the by-law but rather authorized the Council to do so by way of resolution had the effect of vitiating s. 2 of the By-law and the resolutions, and (2) whether appellant could proceed by a direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.*

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 2 of the By-law and the two resolutions should be quashed. By a charter and the *Cities and Towns Act*, the Legislature conferred on the Council of the City of Dorval the power to tax by by-law. By adopting By-law 577, the Council delegated to itself the power to set the business tax rate by way of resolution, whereas the Legislature had conferred this power on it with a requirement that it be exercised by by-law. It thus wrongfully authorized itself to do by way of resolution what it could only do by by-law. The Council of the City of Dorval in this way exceeded its jurisdiction, which provided a basis for remedy under art. 33 *C.C.P.*

**Air Canada** *Appelante;*

et

**a Cité de Dorval** *Intimée.*

N° du greffe: 17290.

1985: 13, 14 février; 1985: 27 juin.

**b** Présents: Les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer,  
Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*c* *Droit municipal — Règlement et résolutions — Validité — Taxe d'affaires imposée par règlement — Taux de la taxe fixé annuellement par résolution du conseil municipal — Excès de juridiction — Action en nullité accueillie — Règlement de la cité de Dorval, n° 577, art. 2 — Code de procédure civile, art. 33.*

*d* Se fondant sur l'art. 526 de la *Loi des cités et villes*, tel que modifié par la charte de la cité de Dorval, l'intimée a adopté en juin 1963 le Règlement 577. L'article 2 de ce règlement impose une taxe d'affaires et attribue au conseil de la cité le droit de fixer le taux de la taxe annuellement par résolution. En avril 1974, par action directe en nullité, l'appelante a attaqué la validité de l'art. 2 du Règlement et les résolutions fixant le taux de la taxe pour les années 1972-73 et 1973-74. La Cour supérieure a rejeté l'action et la Cour d'appel à la majorité a confirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le fait pour l'intimée de ne pas avoir fixé le taux de la taxe dans le règlement mais d'avoir plutôt autorisé le conseil à le faire par résolution a pour conséquence de rendre nuls l'art. 2 du Règlement et les résolutions et (2) si l'appelante pouvait procéder par action directe en nullité en vertu de l'art. 33 *C.p.c.*

*e* *h* *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*f* L'article 2 du Règlement et les deux résolutions doivent être annulés. La législature a, par une charte et la *Loi des cités et villes*, accordé au conseil de la cité de Dorval le pouvoir de taxer au moyen d'un règlement. En adoptant le Règlement 577, le conseil s'est délégué le pouvoir de fixer le taux de la taxe d'affaires par résolution alors que la législature lui avait conféré ce pouvoir avec obligation de l'exercer par règlement. Il s'est donc autorisé, sans droit, à faire par résolution ce qu'il ne pouvait faire que par règlement. Le conseil de la cité de Dorval a, de cette façon, excédé sa juridiction ce qui donne ouverture au recours de l'art. 33 *C.p.c.*

## Cases Cited

*Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac v. Hogue*, [1959] S.C.R. 38; *Trustees of Grosvenor St. Presbyterian Church v. City of Toronto* (1918), 45 D.L.R. 327; *Ponton v. City of Winnipeg* (1908), 41 S.C.R. 18; *Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool* (1903), 33 S.C.R. 180; *Waterous Engine Works Co. v. Town of Palmerston* (1892), 21 S.C.R. 556; *Whelan v. Ryan* (1891), 20 S.C.R. 65; *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 Que. K.B. 19; *Canadian Institute of Public Real Estate Companies v. Corporation of the City of Toronto*, [1979] 2 S.C.R. 2; *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131; *St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] Que. Q.B. 475; *Donohue Bros. v. Corp. La Malbaie*, [1924] S.C.R. 511, *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1964] S.C.R. 552; *Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 S.C.R. 40; *Corporation d'Aqueduc de St. Casimir v. Ferron*, [1931] S.C.R. 47; *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, [1952] 2 S.C.R. 506; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, referred to.

## Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the charter of the town of Dorval*, 1954-55 (Que.), c. 83, art. 1 (as am. by *An Act to amend the charter of the city of Dorval*, 1956-57 (Que.), c. 91, art. 4).

*By-law Concerning Business Taxes and License Fees*, By-law of the City of Dorval, No. 577, art. 2.

*Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1941, c. 233, art. 526 (as repl. by s. 1 of *An Act to amend the charter of the town of Dorval*, 1954-55 (Que.), c. 83, and as am. by s. 4 of *An Act to amend the charter of the city of Dorval*, 1956-57 (Que.), c. 91).

*Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 385, 388, 390, 391, 395, 396, 411, 421, 423.

*Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1977, c. C-19, s. 70(2) (as rep. by *An Act respecting land use planning and development*, 1979 (Que.), c. 51, s. 260).

*Civil Code*, arts. 2242, 2260.8.

*Code of Civil Procedure*, art. 33 (formerly art. 50).

*Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, s. 989.

## Authors Cited

Rousseau, G. "Le recours en cassation dans le contentieux municipal" (1980), 21 *C. de D.* 715.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 124, 21 M.P.L.R. 66, affirming a judgment of the Superior Court, dis-

## Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac v. Hogue*, [1959] R.C.S. 38; *Trustees of Grosvenor St. Presbyterian Church v. City of Toronto* (1918), 45 D.L.R. 327; *Ponton v. City of Winnipeg* (1908), 41 R.C.S. 18; *Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool* (1903), 33 R.C.S. 180; *Waterous Engine Works Co. v. Town of Palmerston* (1892), 21 R.C.S. 556; *Whelan v. Ryan* (1891), 20 R.C.S. 65; *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 B.R. 19; *Institut canadien des compagnies immobilières publiques c. Corporation de la ville de Toronto*, [1979] 2 R.C.S. 2; *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475; *Donohue Bros. v. Corp. La Malbaie*, [1924] R.C.S. 511; *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1964] R.C.S. 552; *Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 R.C.S. 40; *Corporation d'Aqueduc de St. Casimir v. Ferron*, [1931] R.C.S. 47; *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, [1952] 2 R.C.S. 506; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222.

## Lois et règlements cités

*By-law Concerning Business Taxes and License Fees*, Règlement de la cité de Dorval, n° 577, art. 2.

*Code de procédure civile*, art. 33 (anciennement art. 50).

*Code civil*, art. 2242, 2260.8.

*Code municipal du Québec*, L.R.Q., chap. C-27.1, art. 989.

*Lois des cités et villes*, S.R.Q. 1941, chap. 233, art. 526 (rempl. par l'art. 1 de la *Loi modifiant la charte de la ville de Dorval*, 1954-55 (Qué.), chap. 83, et mod. par l'art. 4 de la *Loi modifiant la charte de la cité de Dorval*, 1956-57 (Qué.), chap. 91).

*Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, chap. 193, art. 385, 388, 390, 391, 395, 396, 411, 421, 423.

*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, chap. C-19, art. 70.2 (abr. par la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, 1979 (Qué.), chap. 51, art. 260).

*Loi modifiant la charte de la ville de Dorval*, 1954-55 (Qué.), chap. 83, art. 1 (mod. par l'art. 4 de la *Loi modifiant la charte de la cité de Dorval*, 1956-57 (Qué.), chap. 91).

## i Doctrine citée

Rousseau, G. «Le recours en cassation dans le contentieux municipal» (1980), 21 *C. de D.* 715.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 124, 21 M.P.L.R. 66, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, qui

missing appellant's action for a declaration of nullity of a by-law and two resolutions of respondent and for an order to reimburse taxes. Appeal allowed.

*François Michel Gagnon and Marc-André Fabien*, for the appellant.

*Yvon Denault and Pierre Roy*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—By a direct action in nullity, appellant is asking the Court to strike down s. 2 of By-law 577 and Resolutions 247-72 and 615-73 of respondent, by which the latter imposed a business tax. Appellant is further asking the Court to direct respondent to repay the sum of \$154,754.20 which it paid pursuant to this by-law and these resolutions.

Appellant's action was dismissed in the Superior Court and the Court of Appeal.

The City of Dorval is governed by a special Charter, *An Act concerning the charter of the town of Dorval*, 1912 (Qué.), 2 Geo. V, c. 71, as amended by *An Act to consolidate the charter of the town of Dorval*, 1950 (Qué.), c. 120.

It is also governed, where these are not inconsistent with its Charter, by the provisions of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1941, c. 233 (subsequently R.S.Q. 1964, c. 193, and now the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19).

By-law 577 adopted on June 7, 1963 is based on s. 526 of the *Cities and Towns Act*, as replaced for the City of Dorval by s. 1 of *An Act to amend the charter of the town of Dorval*, 1954-55 (Qué.), c. 83, amended by *An Act to amend the charter of the city of Dorval*, 1956-57 (Qué.), c. 91, s. 4:

526. The council may impose by by-law and collect certain annual dues or taxes on all or some trades, manufactures, financial or commercial occupations, arts, professions, callings or means of earning a profit or livelihood, carried on or followed in the city. Such dues or taxes may consist of a fixed amount or be proportionate to the annual rental value as assessed on the premises occupied for such purposes; such dues or taxes may be imposed under both forms at the same time, and may

avait rejeté l'action de l'appelante en déclaration de nullité d'un règlement et de deux résolutions de l'intimée et en remboursement de taxes. Pourvoi accueilli.

*François Michel Gagnon et Marc-André Fabien*, pour l'appelante.

*Yvon Denault et Pierre Roy*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Par action directe en nullité, l'appelante demande l'annulation de l'art. 2 du Règlement 577 et des Résolutions 247-72 et 615-73 de l'intimée par lesquels celle-ci impose une taxe d'affaires. L'appelante demande également que l'intimée soit condamnée à lui rembourser la somme de 154 754,20 \$ qu'elle a payée en vertu de ce règlement et de ces résolutions.

L'appelante a été déboutée en Cour supérieure et en Cour d'appel.

La cité de Dorval est régie par une charte spéciale, *Loi concernant la charte de la ville de Dorval*, 1912 (Qué.), 2 Geo. V, chap. 71, modifiée par la *Loi refondant la charte de la ville de Dorval*, 1950 (Qué.), chap. 120.

Elle est également régie, sauf incompatibilité avec sa charte, par les dispositions de la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1941, chap. 233 (devenue par la suite S.R.Q. 1964, chap. 193 et maintenant *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., chap. C-19).

Le Règlement 577 adopté le 7 juin 1963 est fondé sur l'art. 526 de la *Loi des cités et villes*, tel que remplacé pour la cité de Dorval par l'art. 1 de la *Loi modifiant la charte de la ville de Dorval*, 1954-55 (Qué.), chap. 83, amendée par la *Loi modifiant la charte de la cité de Dorval*, 1956-57 (Qué.), chap. 91, art. 4:

526. Le conseil peut imposer par règlement et percevoir certains droits ou taxes annuels, sur tous ou sur certains commerces, manufactures, établissements financiers ou commerciaux, occupations, arts, professions, métiers ou moyens de profit ou d'existence, exercés ou exploités dans la cité. Ces droits ou taxes peuvent consister en une somme fixe ou être basés sur la valeur locative annuelle estimée des lieux occupés à cette fin; ils peuvent être imposés sous les deux formes à la fois et

be different or higher when payable by persons who do not reside in the city or who have resided therein for less than twelve months; however, in no such case shall the sum fixed exceed two hundred dollars and the sum proportionate to the annual rental value, ten per cent of such value.

Section 2 of By-law 577 provides:

An annual tax is hereby imposed on all business carried on in the city, except those specifically referred to in Sections 3, 4 and 5 of this by-law, and such tax is hereby levied on every person carrying on any such business at a rate, to be fixed annually by resolution of the City Council, but not to exceed ten per cent (10%) of the annual rental value as assessed on the premises occupied for such purposes, provided, however, that such tax shall not be less than twenty-five dollars (\$25.00) per annum for each of the premises occupied for any such purposes in the city.

Pursuant to this by-law the following resolutions were adopted on April 4, 1972 and September 17, 1973:

April 4, 1972

247-72

**MOVED BY COUNCILLOR BERNIER  
SECONDED BY COUNCILLOR BALLANCE**

**UNANIMOUSLY RESOLVED:**

To fix a tax of 8½% for the year beginning May 1, 1972 and ending April 30, 1973 on the annual rental value as assessed on the premises occupied for the operation of business in the City of Dorval, where applicable; the whole in accordance with By-law 577 concerning business taxes and license fees.

September 17, 1973

615-73 Council takes cognizance of a report from the City Manager, dated September 17, 1973, re Business Rate for 1973-1974.

**MOVED BY COUNCILLOR BERNIER  
SECONDED BY COUNCILLOR RIOUX**

**UNANIMOUSLY RESOLVED:**

To fix a tax rate of 6% for the year beginning May 1, 1973 and ending April 30, 1974, on the annual rental value as assessed by the Montreal Urban Community, on the premises occupied for the operation of business in the City of Dorval, where applicable, the whole in

être différents ou plus élevés lorsqu'ils sont percevables de personnes qui ne résident pas dans la cité, ou qui y résident depuis moins de douze mois; toutefois dans aucun cas, la somme fixe ne doit excéder deux cents dollars et celle basée sur la valeur locative annuelle, dix pour cent de cette valeur.

L'article 2 du Règlement 577 prévoit ceci:

[TRADUCTION] À l'exception de celles mentionnées expressément aux articles 3, 4 et 5 du présent règlement, toutes les entreprises exploitées dans la cité sont assujetties à une taxe annuelle, percevable sur les exploitants de ces entreprises, dont le taux, qui ne doit cependant pas dépasser dix pour cent (10 %) de la valeur locative annuelle estimée des lieux occupés à des fins commerciales, est fixé annuellement par résolution du conseil municipal. La taxe ne sera pas inférieure à vingt-cinq dollars (25 \$) par an pour chacun des lieux occupés auxdites fins.

Conformément à ce règlement les résolutions suivantes ont été adoptées les 4 avril 1972 et 17 septembre 1973:

[TRADUCTION]

le 4 avril 1972

247-72

**PROPOSITION DU CONSEILLER BERNIER  
APPUYÉE PAR LE CONSEILLER BALLANCE**

**IL EST RÉSOLU À L'UNANIMITÉ:**

En conformité avec le Règlement 577 relatif aux taxes d'affaires et aux droits de permis, d'établir pour l'année du 1<sup>er</sup> mai 1972 au 30 avril 1973 une taxe de 8½ p. 100 sur la valeur locative annuelle estimée des lieux occupés à des fins commerciales dans la cité de Dorval.

le 17 septembre 1973

615-73 Le conseil prend connaissance d'un rapport de l'administrateur municipal en date du 17 septembre 1973, portant sur le taux de la taxe d'affaires pour 1973-1974.

**PROPOSITION DU CONSEILLER BERNIER  
APPUYÉE PAR LE CONSEILLER RIOUX**

**IL EST RÉSOLU À L'UNANIMITÉ:**

En conformité avec le Règlement 577 relatif aux taxes d'affaires et aux droits de permis, d'établir pour l'année du 1<sup>er</sup> mai 1973 au 30 avril 1974 une taxe de 6 p. 100 sur la valeur locative annuelle, fixée par la Communauté urbaine de Montréal, des lieux occupés à des fins com-



accordance with By-law 577 concerning business taxes and license fees.

Only the legality of the impugned by-law and resolutions is at issue. The parties admitted the appropriateness of this passage from the judgment of the Superior Court:

[TRANSLATION] There is no conflict as to the facts, as counsel agreed that the only point at issue concerned the legality of the impugned by-law and resolutions. If the latter were found to be invalid, the action should be allowed, and on the contrary, if they were found to be "intra vires", the action of plaintiff would have to be dismissed.

In particular, the Court has to determine whether the fact that respondent did not set the tax rate in the By-law but authorized the Council to do so by way of resolution has the effect of vitiating s. 2 of the By-law and resolutions.

The Court must also determine whether appellant could proceed by a direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.*, or whether it should have proceeded by a motion to quash a by-law under s. 411 of the *Cities and Towns Act*, which imposes a prescription period of three months from the date the by-law became effective.

In the Superior Court appellant raised an argument which it has since abandoned. It maintained that respondent's power to impose a business tax could only be based on s. 526a, added to the *Cities and Towns Act* by s. 13 of *An Act to amend the Cities and Towns Act, 1957-58 (Que.)*, c. 36. This section was more limiting than s. 526, notwithstanding the amendment of the latter for the City of Dorval. The Superior Court judgment is mostly devoted to rejecting this argument.

The argument in this Court was the same as in the Court of Appeal, and is summarized as follows in the majority reasons of the Court of Appeal, [1982] C.A. 124, at p. 126:

[TRANSLATION] Respondent admitted that it was irregular and contrary to section 526, cited above, not to fix the annual rate of the tax by by-law and to do it by way of resolution.

merciales dans la cité de Dorval.

N'est en cause que la légalité du règlement et des résolutions attaqués. Les parties admettent la justesse de ce passage du jugement de la Cour supérieure:

Les faits ne souffrent d'aucune contradiction, les procureurs ayant convenu que le seul point en litige était au niveau de la légalité du règlement et des résolutions attaqués. Si ceux-ci étaient déclarés invalides, l'action devrait être accueillie et au contraire s'ils étaient déclarés «intra vires», la demanderesse verrait son action renvoyée.

Il s'agit plus particulièrement de déterminer si le fait pour l'intimée de ne pas avoir fixé le taux de la taxe dans le règlement mais d'avoir plutôt autorisé le conseil à le faire par résolution a pour conséquence de rendre nuls l'art. 2 du Règlement et les résolutions.

Il s'agit en outre de déterminer si l'appelante pouvait procéder par action directe en nullité en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* ou si elle se devait de passer par la requête en cassation de règlement en vertu de l'art. 411 de la *Loi des cités et villes*, laquelle se prescrit par trois mois à compter de l'entrée en vigueur du règlement.

Devant la Cour supérieure l'appelante avait soulevé un moyen qu'elle a abandonné depuis. Elle prétendait que le pouvoir de l'intimée d'imposer une taxe d'affaires ne pouvait reposer que sur l'art. 526a, ajouté à la *Loi des cités et villes* par l'art. 13 de la *Loi modifiant la Loi des cités et villes, 1957-58 (Qué.)*, chap. 36. Cet article était plus restrictif que l'art. 526, nonobstant la modification de ce dernier pour la cité de Dorval. La plus grande partie du jugement de la Cour supérieure est consacrée à rejeter cette prétention.

Le débat devant cette Cour est le même que devant la Cour d'appel et il est résumé de la façon suivante dans les motifs majoritaires de la Cour d'appel, [1982] C.A. 124, à la p. 126:

L'intimée admet qu'il était irrégulier et non conforme à l'article 526 précité de ne pas fixer le taux annuel de la taxe par règlement et de le faire par résolution.

Where the parties differ is as to the consequences of this irregularity.

Appellant argued that By-law 577 is subject to absolute nullity, respondent that there was only a formal defect which is covered by the failure to assert it by a motion to quash within three months.

Respondent added that it is definitely not a case in which the remedy of art. 33 C.C.P. was available to appellant.

Returning to appellant, it argued that essentially section 2, cited above, is simply a repetition of section 526 and sets no rate, one of the two essential components of any tax, the other being the property.

A municipality only has those powers expressly conferred by the Legislature. In *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, it is stated at p. 228:

That the municipalities derive their legislative powers from the provincial Legislature and must, consequently, frame their by-laws strictly within the scope delegated to them by the Legislature, are undisputed principles. In the very words of Sir Mathias Tellier, the then Chief Justice of the Province of Quebec, in *Phaneuf v. Corporation du Village de St-Hughes*, Q.R. (1936) 61 K.B. 83 at 90:

[TRANSLATION] In the area of legislation, municipal corporations have only those powers formally delegated to them by the Legislature; and they can neither extend nor exceed these powers.

The same principle was stated by this Court in *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, [1952] 2 S.C.R. 506, at pp. 511 and 513.

A municipal corporation can only express its will by resolution or by-law.

In an article titled "Le recours en cassation dans le contentieux municipal" (1980), 21 *C. de D.* 715, G. Rousseau writes at p. 729:

[TRANSLATION] The words "resolutions" and "by-laws" serve to differentiate the typical decision proceedings of the Council. A resolution may be regarded as a simple or ordinary deliberation, since in principle it only requires a vote of a majority of members of the municipal Council present. The word "by-law" has a very special meaning in Quebec municipal law. It is defined not by its content, for example, as an act of general application as opposed to an individual act, but by its

Là où les parties divergent d'opinion, c'est sur les conséquences de cette irrégularité.

L'appelante soutient que le règlement 577 est atteint de nullité absolue, l'intimée soutient qu'il n'y a qu'une informalité couverte par le défaut de l'invoquer par demande de cassation dans les trois mois.

L'intimée ajoute qu'il ne s'agit certes pas d'un cas où le recours de l'article 33 C.P. était disponible à l'appelante.

Revenant à l'appelante, elle plaide qu'en somme l'article 2 précité n'est que la répétition de l'article 526 et ne contient pas le taux, un des deux éléments essentiels de toute imposition l'autre étant l'assiette.

Une municipalité n'a de pouvoirs que ceux qui lui ont été expressément conférés par la législature. Dans *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222, on peut lire à la p. 228:

[TRANSLATION] Il est de principe incontestable que les municipalités doivent leur pouvoir législatif au législateur provincial et qu'elles sont en conséquence obligées, dans la rédaction de leurs règlements, de respecter strictement les limites de la délégation que leur a faite le législateur. Comme le disait sir Mathias Tellier, alors juge en chef de la province de Québec, dans l'arrêt *Phaneuf c. Corporation du Village de St-Hughes*, R.Q. (1936) 61 B.R. 83, à la p. 90:

En matière de législation, les corporations municipales n'ont de pouvoirs que ceux qui leur ont été formellement délégués par la Législature; et ces pouvoirs, elles ne peuvent ni les étendre, ni les excéder.

Le même principe était énoncé par cette Cour dans *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, [1952] 2 R.C.S. 506, aux pp. 511 et 513.

Une corporation municipale ne peut s'exprimer que par voie de résolution ou de règlement.

Dans un article intitulé «Le recours en cassation dans le contentieux municipal» (1980), 21 *C. de D.* 715, G. Rousseau écrit à la p. 729:

Les termes «résolutions» et «règlements» servent à différencier les procédures types des décisions du conseil. L'on peut considérer la résolution comme la délibération simple ou ordinaire, puisqu'elle n'exige en principe que le vote de la majorité des membres présents du conseil municipal. Le terme règlement connaît en droit municipal québécois une signification très particulière. Il ne se définit pas par son contenu, par exemple, comme un acte à portée générale qui s'opposerait à l'acte individuel,

form. A by-law is an act done in accordance with a special procedure, which does not apply to the resolution: it must be preceded by a notice of motion, given at an earlier session of the Council, and then be published.

In the *Cities and Towns Act*, the Legislature has taken care to indicate the cases in which a municipality may act by by-law and to distinguish them from those in which it may act by way of resolution, and from those where it may choose either.

Sections of the Act requiring the passing of a by-law are worded in two ways.

The first group states that "The council may, by by-law" enact a measure or decide on a given matter. Examples of this which may be mentioned are ss. 68.2(a), 398, 439, 449 and 475 of the *Cities and Towns Act*. All these references are to c. 193 of the 1964 Revised Statutes.

The second group provides that "The council may make by-laws" for one or more defined purposes. Sections 424, 428, 442, 459, 469 and 472 illustrate this.

Other sections such as ss. 516, 517, 579, 604.4 and 688 expressly authorize the council to act by way of resolution.

Some provisions prescribe no particular procedure, such as ss. 26.1, 81, 99, 115, 470 and 576. It is generally recognized that in such cases the Council may act by way of resolution.

Finally, the Act sometimes allows the council to proceed either by way of resolution or by by-law: ss. 68.1 and 429.7a) are of this type.

In general a resolution is used for everyday administrative decisions. It is used in cases where the Act specifies, as in the sections referred to above, and it is also used when the Act is silent as to the way in which the municipality may express its decision. The resolution is devoid of any formal requirement.

A by-law, on the other hand, is subject to special and specific formal requirements, especially regarding the publicity which must accompany it.

mais par sa forme. Le règlement est l'acte pris en respectant une procédure spéciale, dont est exempté la résolution: il doit être précédé d'un avis dit de motion, donné lors d'une séance antérieure du conseil, et faire ensuite l'objet d'une publicité.

Dans la *Loi des cités et villes*, le législateur a pris soin d'indiquer les cas où une municipalité peut agir par règlement et de les distinguer de ceux où elle peut agir par résolution ainsi que de ceux où elle peut choisir l'un ou l'autre.

Les articles de la Loi qui exigent de faire un règlement sont formulés de deux façons.

Les premiers énoncent que «Le conseil peut, par règlement» édicter une mesure ou statuer sur un sujet donné. À titre d'exemple mentionnons les art. 68.2a), 398, 439, 449 et 475 de la *Loi des cités et villes*. Tous ces renvois sont au chap. 193 des Statuts refondus de 1964.

Les deuxièmes stipulent que «Le conseil peut faire des règlements» pour une ou plusieurs fins définies. Les articles 424, 428, 442, 459, 469 et 472 en sont des exemples.

D'autres articles autorisent expressément le conseil à agir par résolution, tels par exemple les art. 516, 517, 579, 604.4 et 688.

Certaines dispositions ne dictent aucune procédure particulière, tels les art. 26.1, 81, 99, 115, 470 et 576. Il est généralement reconnu qu'en pareil cas le conseil peut agir par résolution.

Enfin la loi offre parfois au conseil la possibilité de procéder indifféremment par résolution ou par règlement. Les articles 68.1 et 429.7(a) sont de cet ordre.

D'une manière générale la résolution est utilisée pour les décisions administratives courantes. Elle est utilisée dans les cas où la loi le spécifie comme dans les articles mentionnés plus haut. Elle est également utilisée lorsque la loi est muette sur la manière dont la municipalité peut exprimer sa décision. La résolution est dénuée de toute formalité.

Le règlement, au contraire, est assujéti à des formalités particulières et précises, notamment quant à la publicité dont il doit être entouré.

A by-law must, on pain of nullity, be preceded by a notice of motion. Section 385 of the *Cities and Towns Act* provides:

385. The council may determine the notice to be given of the introduction of municipal by-laws, and order that such by-laws be read twice or three times before being passed, on different days or on the same day.

Where the council has not fixed the procedure respecting notice of introduction of municipal by-laws and the reading thereof, under the preceding paragraph, no by-law, on pain of nullity, shall be passed unless it is preceded by notice of motion given at a sitting of the council and is read at a subsequent sitting held on a later day.

In *Corporation d'Aqueduc de St. Casimir v. Ferron*, [1931] S.C.R. 47, Rinfret J., as he then was, wrote for the Court at p. 50:

[TRANSLATION] By indicating the purpose of the by-law, the notice of motion or notice of publication informs all those concerned of the nature of the municipal order being proposed or adopted, and constitutes a warning of the imminence of legislation on all questions relating to the subject mentioned.

In *Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 S.C.R. 40, this Court stroke down a by-law because it had not been preceded by a valid notice of motion. In the case at bar, not only was there no notice of motion, but there was no by-law so far as setting the tax rate was concerned.

The by-law must be published (ss. 390, 391 and 396). It must be registered in a special book (s. 388). It must be sent to the Minister of Municipal Affairs, who may cause it to be disallowed by the Lieutenant Governor in Council (s. 423). In the six following cases, this Court stroke down resolutions in cases where a by-law was required:

- Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac v. Hogue*, [1959] S.C.R. 38 (Québec);
- Trustees of Grosvenor St. Presbyterian Church v. City of Toronto* (1918), 45 D.L.R. 327 (Ontario);
- Ponton v. City of Winnipeg* (1908), 41 S.C.R. 18 (Manitoba);

Le règlement doit, à peine de nullité, être précédé d'un avis de motion. L'article 385 de la *Loi des cités et villes* dispose:

385. Le conseil peut déterminer l'avis qui doit être donné de la présentation des règlements municipaux, et prescrire que ces règlements subissent deux ou trois lectures avant leur passation, à des jours différents ou le même jour.

Lorsque le conseil n'a pas, en vertu de l'alinéa précédent, arrêté la procédure relative à l'avis de présentation et à la lecture des règlements municipaux, aucun règlement ne peut, à peine de nullité, être adopté à moins d'être précédé d'un avis de motion donné en séance du conseil et d'être lu à une séance subséquente, tenue à un jour ultérieur.

Dans *Corporation d'Aqueduc de St. Casimir v. Ferron*, [1931] R.C.S. 47, le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, écrit au nom de la Cour, à la p. 50:

En indiquant l'objet du règlement, l'avis de motion ou l'avis de promulgation informe tous les intéressés de la nature de l'ordonnance municipale projetée ou adoptée et constitue un avertissement qu'elle est susceptible de légiférer sur toutes les questions qui se rattachent à l'objet mentionné.

Dans *Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 R.C.S. 40, cette Cour a déclaré nul un règlement parce qu'il n'avait pas été précédé d'un avis de motion valide. En l'espèce, non seulement y a-t-il défaut d'avis de motion, mais il n'y a pas de règlement en ce qui concerne la fixation du taux de la taxe.

Le règlement doit être promulgué (art. 390, 391, 396). Il doit être enregistré dans un livre spécial (art. 388). Il doit être transmis au ministre des Affaires municipales qui peut le faire désavouer par le lieutenant-gouverneur en conseil (art. 423). Dans les six arrêts suivants, cette Cour a déclaré nulles des résolutions dans des cas où un règlement était requis:

- Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac v. Hogue*, [1959] R.C.S. 38 (Québec);
- Trustees of Grosvenor St. Presbyterian Church v. City of Toronto* (1918), 45 D.L.R. 327 (Ontario);
- Ponton v. City of Winnipeg* (1908), 41 R.C.S. 18 (Manitoba);

- Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool* (1903), 33 S.C.R. 180 (Nova Scotia);  
 —*Waterous Engine Works Co. v. Town of Palmerston* (1892), 21 S.C.R. 556 (Ontario);  
 —*Whelan v. Ryan* (1891), 20 S.C.R. 65 (Manitoba).

It should be mentioned that it is possible to distinguish two of these cases and the case at bar. In *Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac*, in addition to a requirement to proceed by by-law in granting an exclusive privilege to operate a waterworks system, the *Municipal Code* directed that the by-law should be approved by a vote of a majority in number and value of the electors who were property owners and by the Lieutenant Governor in Council. The penalty attaching to failure to proceed by by-law and obtain the necessary approvals is indicated in express terms in the unanimous judgment written by Taschereau J., as he then was. He said, at p. 40:

[TRANSLATION] Now, this was not done: they simply passed a *resolution*, which of course has no legal validity and can confer no right on respondents. The act of the municipal council is subject to absolute nullity, which may be pleaded by all the parties concerned.

In *Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool*, the municipality had by way of resolutions authorized the construction of a railway through its territory. The Act required that such authorization be given by by-law and that the by-law be approved by the Governor in Council. The resolutions were held to be invalid, the Court giving as its reasons both the failure to proceed by by-law and the failure to obtain approval.

However, in the four other decisions of this Court cited above, only the failure to proceed by by-law was at issue. No special approval was required.

In the last cited of these cases, *Whelan v. Ryan*, the question was precisely whether the imposition of a tax by a municipality was valid. Immovables had been sold because the taxes were not paid, and the sale was voided on the ground that the tax had not been validly imposed, as it was not imposed by by-law. Strong J. wrote, *inter alia*, at pp. 69-70:

- Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool* (1903), 33 R.C.S. 180 (Nouvelle-Écosse);  
 —*Waterous Engine Works Co. v. Town of Palmerston* (1892), 21 R.C.S. 556 (Ontario);  
 —*Whelan v. Ryan* (1891), 20 R.C.S. 65 (Manitoba).

Il faut préciser qu'il est possible de faire une distinction entre deux de ces arrêts et la présente affaire. Dans *Corporation du Village de Ste-Anne-Du-Lac*, en plus d'exiger de procéder par règlement pour accorder un privilège exclusif d'exploiter un réseau d'aqueduc, le *Code municipal* ordonnait que le règlement soit approuvé par le vote de la majorité en nombre et en valeur des électeurs propriétaires et par le lieutenant-gouverneur en conseil. La sanction du défaut de procéder par voie de règlement et d'obtenir les approbations requises est exprimée en termes explicites dans l'arrêt unanime rédigé par le juge Taschereau, plus tard juge en chef. Il écrit à la p. 40:

Or, ceci n'a pas été fait, et on s'est contenté de passer une *résolution*, qui évidemment n'a aucune valeur légale et ne peut conférer aucun droit aux intimés. L'acte du conseil municipal est frappé d'une nullité absolue, que toutes les parties intéressées peuvent invoquer.

Dans *Liverpool and Milton Ry. Co. v. Town of Liverpool*, la municipalité avait, au moyen de résolutions, autorisé la construction d'une voie ferrée traversant son territoire. La loi exigeait qu'une telle autorisation soit donnée par règlement et que le règlement soit approuvé par le gouverneur en conseil. Les résolutions furent déclarées invalides, la Cour retenant comme motifs tant le défaut de procéder par voie de règlement que le défaut d'obtenir l'approbation.

Cependant dans les quatre autres arrêts précités de cette Cour, seul le défaut de procéder par voie de règlement était en cause. Aucune approbation particulière n'était requise.

Dans le dernier cité de ces arrêts, *Whelan v. Ryan*, il s'agissait précisément de décider si l'imposition d'une taxe par une municipalité était valide. Des immeubles ayant été vendus parce que les taxes n'étaient pas payées, la vente fut annulée au motif que la taxe n'avait pas été imposée valablement, ne l'ayant pas été par règlement. Le juge Strong écrit notamment aux pp. 69 et 70:

As regards the taxes claimed for both the years 1880 and 1881 it appears to me to be very clear that there was no imposition of rates such as the law required, and consequently the land was sold for taxes not legally due. The legality of the taxes claimed for those two years depends on different statutes, that for 1880 being regulated by 43 Vic. ch. 1 and that for 1881 by 44 Vic. ch. 3, but they each contain a clause, identical in terms, providing that the council shall in each year after the revision of the roll pass a by-law "for levying a rate on all the real and personal property in the said roll to provide for all the necessary expenses of the said municipality".

... the fact is established that there never was a by-law in either year. It is true that it does appear that on the 2nd August, 1880, a resolution was passed that a rate of five mills on the dollar be struck on the total of the assessment roll and a similar resolution was passed on the 11th July, 1881. But these resolutions are not the equivalents of by-laws, not being passed with the same solemnities . . . .

To these judgments one may add that of the Court of Appeal in *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 Que. K.B. 19, which is cited by this Court in *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont, supra*, at p. 513.

Additionally, an analogy can be made between the case at bar and the following decisions of this Court:

—*Canadian Institute of Public Real Estate Companies v. Corporation of the City of Toronto*, [1979] 2 S.C.R. 2;

—*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131.

It is true that in these cases the authority vested with regulatory power instead of exercising it and defining precise standards simply reproduced the enabling provisions in a by-law. Thus, the authority was in a position to decide on the merits of each case at its discretion. The following extract from the reasons of Spence J. in *Canadian Institute of Public Real Estate Companies*, at p. 9, in which he cites Laskin J., as he then was, in *Brant Dairy Co.*, clearly illustrates the procedure:

[TRADUCTION] Pour ce qui est des taxes exigées pour les années 1880 et 1881, il me paraît bien évident qu'on n'a pas fixé les taux d'une manière conforme à la loi. Par conséquent, le bien-fonds a été vendu pour des taxes non légalement dues. La légalité des taxes réclamées pour les deux années en question dépend de deux lois différentes. Dans le cas de l'année 1880 il s'agit de la loi 43 Vic. chap. 1 et, dans le cas de l'année 1881, de la loi 44 Vic., chap. 3. Mais ces lois contiennent une disposition identique imposant au conseil l'obligation d'adopter chaque année, après la révision du rôle, un règlement «fixant le taux d'imposition applicable à tous les biens, meubles et immeubles, inscrits audit rôle, afin de pourvoir à toutes les dépenses nécessaires de la municipalité».

... il est avéré qu'aucun règlement de ce genre n'a été adopté dans ni l'une ni l'autre année. Certes, il appert que le 2 août 1880 on a adopté une résolution prévoyant un taux de cinq millièmes sur le total inscrit au rôle d'évaluation et qu'une résolution semblable a été adoptée le 11 juillet 1881. Ces résolutions n'équivalent toutefois pas à des règlements parce qu'elles ne comportent pas les mêmes formalités . . .

À ces arrêts peut s'ajouter celui de la Cour d'appel dans *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 B.R. 19, lequel est cité par cette Cour dans *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, précité, à la p. 513.

Par ailleurs une analogie peut être faite entre l'affaire qui nous est soumise et les arrêts suivants de cette Cour:

—*Institut canadien des compagnies immobilières publiques c. Corporation de la ville de Toronto*, [1979] 2 R.C.S. 2;

—*Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131.

Il est vrai que dans ces affaires il s'agit de cas où l'autorité investie du pouvoir réglementaire, au lieu de l'exercer et de définir des normes précises, se contente de reproduire dans un règlement les dispositions habilitantes. Ainsi l'autorité se trouve en mesure de décider à sa discrétion du mérite de chaque cas. L'extrait suivant des motifs du juge Spence dans *Institut canadien des compagnies immobilières publiques*, à la p. 9, où il cite le juge Laskin, plus tard juge en chef, dans *Brant Dairy Co.*, illustre bien le procédé:

In the *Brant Dairy* case, the regulations of the Commission permitting the action of the Board in enacting its regulations there in question provided for, *inter alia*, the fixing and allotting to persons of quotas for the marketing of a regulated product on such basis as the Board deems proper. In each case, the subordinate legislating body purported to exercise the power by, to quote Laskin J., as he then was, in the *Brant Dairy* case at p. 146:

What the Board had done has been to exercise the power in the very terms in which it was given. It has not established a quota system and allotted quotas, but has simply repeated the formula of the statute, specifying no standards and leaving everything in its discretion.

I am of the opinion that those words may be exactly adopted to the action of the municipal council in the enactment of by-law 419-74. There has been the mere simple repetition of the power and not the exercise of the power by the enactment of a by-law defining the desired regulations. Laskin J., as he then was, continued on the same page:

A statutory body which is empowered to do something by regulation does not act within its authority by simply repeating the power in a regulation in the words in which it was conferred. That evades exercise of the power and, indeed, turns a legislative power into an administrative one. It amounts to a redelegation by the Board to itself in a form different from that originally authorized; and that this is illegal is evident from the judgment of this Court in *Attorney General of Canada v. Brent*, [1956] S.C.R. 318.

In the case at bar the Council of the City of Dorval did not simply reproduce the provisions of s. 526 of the *Cities and Towns Act* in By-law 577. It enacted provisions in accordance with the Act by making certain of the choices offered to it. However, it did not exercise its power respecting the rate. To use the language of Laskin J. in *Brant Dairy Co.*, the Council, in which the power to set a rate by by-law was vested, redelegated to itself the power to set it by way of resolution. The Council did not have the power to thus make a redelegation to itself.

It should be observed that in some cases the Legislature has provided that a municipal council

Dans *Brant Dairy*, les règlements de la Commission, qui permettent à l'Office d'adopter ses règlements, objet du litige, prévoient notamment la fixation et l'attribution de quotas à des personnes pour la mise en marché d'un produit réglementé sur la base que l'Office juge appropriée. Dans chaque cas, l'organisme législatif subordonné a prétendu exercer ce pouvoir, pour citer le juge Laskin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Brant Dairy* (à la p. 146):

L'Office a exercé ce pouvoir en usant des termes mêmes du mandat qui lui a été conféré. Il n'a pas établi un système de quotas ni attribué des quotas, mais a simplement repris la formule de la loi, en ne précisant aucune norme et en laissant tout à sa discrétion.

A mon avis, on peut reprendre textuellement ces propos vis-à-vis de l'adoption du règlement 419-74 par le conseil municipal. Il y a répétition pure et simple de l'énoncé des pouvoirs et non leur exercice par l'adoption d'un règlement aux dispositions explicites. Le juge Laskin, alors juge puîné, a dit (à la même page):

Les organismes créés par statut qui ont le pouvoir de faire quelque chose par règlement n'agissent pas dans les limites de leurs attributions en se contentant de reprendre, dans un règlement, les termes par lesquels ce pouvoir a été conféré. C'est là se soustraire à l'exercice de ce pouvoir et, de fait, c'est là faire d'un pouvoir législatif un pouvoir administratif. Cela équivaut à une nouvelle délégation que l'Office se fait à lui-même, dans une forme différente de celle qui a initialement été autorisée; il est évident que cela est illégal, d'après le jugement que cette Cour a rendu dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Brent*, [1956] R.C.S. 318.

En l'espèce, le conseil de la cité de Dorval n'a pas simplement reproduit les dispositions de l'art. 526 de la *Loi des cités et villes* dans le Règlement 577. Il a édicté des dispositions conformes à la loi en faisant certains des choix qui lui étaient offerts. Mais en ce qui concerne le taux, il n'a pas exercé son pouvoir. Pour emprunter l'expression du juge Laskin dans *Brant Dairy Co.*, le conseil, investi du pouvoir de fixer le taux par règlement, s'est fait une nouvelle délégation à lui-même du pouvoir de le fixer par résolution. Le conseil n'avait pas le pouvoir de se faire ainsi une nouvelle délégation à lui-même.

Il convient d'observer qu'en certains cas le législateur a prévu qu'un conseil municipal puisse

can pass a by-law and by that by-law delegate certain powers to itself.

Thus, section 70(2) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1977, c. C-19, provided, before it was repealed by *An Act respecting land use planning and development*, 1979 (Qué.), c. 51, s. 260:

(2) The council, by by-law, may:

(a) establish a town-planning commission, composed of such number of members as it shall determine, who may be chosen from among the members of the council, the officers or employees of the municipality and the ratepayers residing in the municipality;

(h) authorize the council to appoint, by resolution, the members and officers of the commission and to add to it, also by resolution, persons whose services may be necessary for the performance of its duties.

Reference may also be made to s. 989 of the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, which has no equivalent in the *Cities and Towns Act*:

989. Every local corporation may impose and levy annually, within the limits determined by this Code, by direct taxation on all the taxable property of the municipality, any sum of money required to defray the expenses of administration, or for any special purpose whatever, within its jurisdiction.

The council of any local corporation may order, by by-law, that the annual real estate tax shall be imposed by resolution. From and after the coming into force of such by-law and until it has been repealed, such tax shall be imposed by resolution.

No similar applicable provision exists in the case at bar.

Finally, it should be noted regarding the resolutions themselves that under s. 395 of the *Cities and Towns Act*, "A by-law may be repealed or amended only by another by-law". The effect of the resolutions fixing the annual rate of the business tax which the by-law did not establish was clearly to add to the by-law, thereby amending it. They cannot be valid.

Respondent further argued that the remedy provided by art. 33 *C.C.P.* (formerly art. 50 *C.C.P.*), namely the direct action in nullity, does not lie,

adopter un règlement et par ce règlement se déléguer à lui-même certains pouvoirs.

Ainsi, le paragraphe 70.2 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, chap. C-19, prévoyait-il, avant d'être abrogé par la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, 1979 (Qué.), chap. 51, art. 260:

2. Le conseil peut, par règlement:

a) constituer une commission d'urbanisme, composée du nombre de membres qu'il détermine et qui peuvent être choisis parmi les membres du conseil, les fonctionnaires ou employés de la municipalité et les contribuables résidents de la municipalité;

h) autoriser le conseil à nommer, par résolution, les membres et officiers de la commission et à lui adjoindre, par résolution également, les personnes dont les services peuvent lui être nécessaires pour s'acquitter de ses devoirs.

On peut citer aussi l'art. 989 du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., chap. C-27.1, qui n'a pas d'équivalent dans la *Loi sur les cités et villes*:

989. Toute corporation locale peut imposer et prélever annuellement, dans les limites fixées par le présent code, par voie de taxation directe, sur tous les biens imposables de la municipalité, toute somme de deniers nécessaires pour rencontrer les dépenses d'administration ou pour un objet spécial quelconque dans les limites de ses attributions.

Le conseil de toute corporation locale peut décréter, par règlement, que la taxe foncière annuelle sera imposée par résolution. A compter de l'entrée en vigueur de ce règlement et jusqu'à ce qu'il ait été abrogé, cette taxe est imposée par résolution.

Il n'existe aucune disposition analogue applicable en l'espèce.

Quant aux résolutions elles-mêmes, notons enfin que suivant l'art. 395 de la *Loi des cités et villes* «L'abrogation ou la modification d'un règlement ne peut se faire que par un autre règlement». Les résolutions qui fixent le taux annuel de la taxe d'affaires que le règlement n'a pas déterminé ont nettement pour effet d'ajouter au règlement, par tant de le modifier. Elles ne peuvent être valides.

L'intimée plaide par ailleurs que le recours de l'art. 33 *C.p.c.* (ancien art. 50 *C.p.c.*), soit l'action directe en nullité, ne peut être intenté et que



and that appellant could only present a motion to quash the by-law on the ground of illegality (s. 411 of the *Cities and Towns Act*), this remedy being prescribed after three months from the date the by-law comes into effect (s. 421).

In the case at bar, the action was brought over ten years after By-law 577 came into effect. However, the direct action in nullity is subject only to the thirty-year prescription of art. 2242 *C.C.*

An action for recovery of taxes, on the other hand, is prescribed after five years (art. 2260.8 *C.C.*), but this prescription is not at issue. The taxes for which reimbursement is claimed relate to the taxation years 1972 and 1973. The action brought in April 1974 was brought well within the five-year period.

Either appellant had only the remedy of a motion to quash, which was manifestly prescribed, or it could have proceeded by a direct action, a right which ceased after thirty years, and its remedy in that case was not prescribed. We consider that appellant could proceed by a direct action in nullity.

In *St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] Que. Q.B. 475, Pratte J. wrote at p. 478:

[TRANSLATION] The scope of art. 50 C.C.P. has been so often canvassed that it would be futile to re-examine all the judgments regarding it, in which its limits have been set. We need only mention that it is settled law that an action under art. 50 C.C.P. will lie against municipal proceedings in cases of excess of power, in cases of fraud, and when a breach of a statute or an abuse of power amounting to fraud has the effect of a flagrant injustice.

This passage from the judgment of Pratte J. was cited by this Court in *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1964] S.C.R. 552, at pp. 556-57.

In *Donohue Bros. v. Corp. La Malbaie*, [1924] S.C.R. 511, Mignault J. wrote at p. 521:

[TRANSLATION] Want or excess of jurisdiction produces absolute nullity and a party affected thereby always has a remedy under article 50 of the Code of Civil Procedure.

l'appelante ne pouvait que présenter une requête en cassation du règlement pour cause d'illégalité (art. 411 de la *Loi des cités et villes*), lequel recours se prescrit par trois mois à compter de l'entrée en vigueur du règlement (art. 421).

En l'espèce, l'action a été intentée plus de dix ans après l'entrée en vigueur du Règlement 577. Toutefois l'action directe en nullité n'est sujette qu'à la prescription trentenaire de l'art. 2242 *C.c.*

D'autre part l'action en répétition de taxes se prescrit par cinq ans (art. 2260 *C.c.*, par. 8) mais cette prescription n'est pas en cause. Les taxes dont le remboursement est réclamé se rapportent aux années fiscales 1972 et 1973. L'action intentée en avril 1974 l'a été bien en deçà du délai de cinq ans.

Ou l'appelante n'avait de recours que la requête en cassation manifestement prescrite, ou elle pouvait procéder par action directe, laquelle se prescrit par trente ans et alors son recours n'est pas prescrit. Nous sommes d'avis que l'appelante pouvait procéder par action directe en nullité.

Dans *St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475, le juge Pratte écrit à la p. 478:

Le champ d'application de l'art. 50 C.P. a été si souvent exploré qu'il serait fastidieux de passer en revue les nombreux arrêts auxquels il a donné lieu et qui en ont fixé les limites. Rappelons seulement que, suivant une jurisprudence constante, il y a lieu à l'action de l'art. 50 C.P., à l'encontre des procédés municipaux, dans le cas d'excès de pouvoir, dans le cas de fraude, et aussi lorsqu'une violation de la loi ou un abus de pouvoir équivalant à fraude a pour effet une injustice flagrante.

Ce passage du juge Pratte est cité par cette Cour dans *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1964] R.C.S. 552, aux pp. 556 et 557.

Dans *Donohue Bros. v. Corp. La Malbaie*, [1924] R.C.S. 511, le juge Mignault écrit à la p. 521:

Le défaut ou l'excès de juridiction entraîne nullité absolue et celui qui en souffre a toujours le recours de l'article 50 du code de procédure civile.

By the Charter and the *Cities and Towns Act*, the Legislature granted the Council of the City of Dorval the power to tax by means of a by-law. The Council adopted By-law 577, by which it gave itself the power to set the tax rate by way of resolution. The Council thus wrongfully used the Charter and the Act to authorize itself to do by way of resolution what it could only do by by-law. It delegated to itself the power to set the rate by way of resolution, whereas the Legislature had conferred this power on it with a requirement that it be exercised by a by-law. The Council of the City of Dorval in this way exceeded its jurisdiction, which provided a basis for remedy under art. 33 C.C.P.

In conclusion, we adopt this passage from the reasons of Lajoie J.A., dissenting in the Court of Appeal (at p. 130):

[TRANSLATION] What section 526 of the *Cities and Towns Act* authorized was the imposition of a business tax by by-law, with the mandatory formalities attaching to this type of legislation. By claiming to legislate by way of resolution, the City of Dorval acted without being authorized to do so by the Legislature.

For these reasons we would allow the appeal, reverse the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, allow appellant's action, declare s. 2 of By-law 577 of the City of Dorval, its Resolution 247-72 dated April 4, 1972 and its Resolution 615-73, dated September 17, 1973, to be void and *ultra vires*, and order respondent to pay appellant the sum of \$154,754.20, with interest from the date of service and costs in all courts.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Martineau, Walker, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Viau, Hébert, Denault, Montréal.*

La législature, par la charte et la *Loi des cités et villes*, accordait au conseil de la cité de Dorval le pouvoir de taxer au moyen d'un règlement. Or le conseil a adopté le Règlement 577 par lequel il s'est donné à lui-même le pouvoir de fixer le taux de la taxe par résolution. Le conseil s'est ainsi autorisé, sans droit, de la charte et de la loi pour faire par résolution ce qu'il ne pouvait faire que par règlement. Il s'est délégué le pouvoir d'arrêter le taux par résolution alors que la législature lui avait conféré ce pouvoir avec obligation de l'exercer par règlement. Le conseil de la cité de Dorval a, de cette façon, excédé sa juridiction ce qui donne ouverture au recours de l'art. 33 C.p.c.

En concluant nous faisons nôtre ce passage des motifs du juge Lajoie, dissident en Cour d'appel (à la p. 130):

Ce que l'article 526 de la *Loi des cités et villes* permettait, c'était l'imposition d'une taxe d'affaires par règlement, avec les formalités impératives attachées à ce mode de législation. En prétendant légiférer par résolution, la Cité de Dorval a agi sans que le législateur lui confère le pouvoir de ce faire.

Pour ces motifs nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure, d'accueillir l'action de l'appelante, de déclarer nuls et *ultra vires* l'art. 2 du Règlement 577 de la cité de Dorval, sa Résolution 247-72 en date du 4 avril 1972 et sa Résolution 615-73, en date du 17 septembre 1973 et de condamner l'intimée à payer à l'appelante la somme de 154 754,20 \$, avec intérêts depuis l'assignation et les dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Martineau, Walker, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Viau, Hébert, Denault, Montréal.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

Power of Minister – Order – Validity – Order made by Deputy Minister instead of Minister – Order quashed – Public Health Act, R.S.Q. 1964, c. 161, s. 55.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC *v.* CARRIÈRES STE-THERÈSE LTÉE, 831.

## BANKRUPTCY

Fraudulent preferences – Late payment – Validity of payment dependent on whether made in “ordinary course of business” – “Ordinary course of business” to be considered in circumstances of each case, taking into account business relationship between debtor and creditor and industry standard – Late payment normal between companies involved and standard for their industry – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73.

ROBITAILLE *v.* AMERICAN BILTRITE (CANADA) LTD., 290.

## BROADCASTING

Decision of CRTC allowing amendment to cable television broadcasting licence by increasing installation fee and maximum monthly fee to members – Whether CRTC authorized by statute or regulation to approve such an amendment – Authority to fix fees existing by necessary implication to further policy objectives of s. 3 of the Broadcasting Act.

CANADIAN BROADCASTING LEAGUE *v.* CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION *et al.*, 174.

## CIVIL RIGHTS

Immigration – Convention refugee – Whether procedures for determination of refugee status in accordance with principles of fundamental justice – Remedy – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, ss. 1, 2(e) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 26 – Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 2, 71 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

SINGH *et al.* *v.* MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 177.

## COMPENSATION

Profit à prendre in gross – Mineral claims located in provincial parks – Crown refused to issue permits necessary for

## COMPENSATION—Concluded

exploitation – Whether or not expropriation or injurious affection – Whether or not compensation payable – Park Act, 1965 (B.C.), c. 31, ss. 6, 9, 11, 18 (now R.S.B.C. 1979, c. 309) – Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, c. 109, ss. 14, 15, 18(3) (now Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 26, 29) – Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, c. 209, ss. 4, 69 (now Expropriation Act, R.S.B.C. 1979, c. 117) – Mineral Act, R.S.B.C. 1936, c. 181, ss. 17, 23; R.S.B.C. 1960, c. 244, s. 12(1a); 1977 (B.C.), c. 54, ss. 7, 10, 21.

R. IN RIGHT OF THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA *v.* TENER *et al.*, 533.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Criminal law – Validity of legislation – Disturbing religious worship – Whether s. 172(3) of the Criminal Code *intra vires* Parliament – Constitution Act, 1867, s. 91(27) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 172(3).

SROKE-GRAHAM *et al.* *v.* THE QUEEN *et al.*, 106.

2. Charter of Rights – Fundamental justice – Security of the person – Immigration – Convention refugee – Whether procedures for determination of refugee status in accordance with principles of fundamental justice – Whether refugee claimants entitled to the protection of s. 7 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 26, 32(1) – Constitution Act, 1982, s. 52(1) – Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, ss. 2, 45, 55, 70, 71.

SINGH *et al.* *v.* MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 177.

3. Charter of Rights – Remedies – Court of competent jurisdiction – Appeals from applications for judicial review under s. 28 of the Federal Court Act – Remedial power under s. 24(1) of the Charter limited to decisions made on a judicial or quasi-judicial basis – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.

SINGH *et al.* *v.* MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 177.

4. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Freedom of conscience and religion – Lord's Day Act and Sunday observance – Whether or not Lord's Day Act in violation of Charter guarantee of freedom of conscience and religion – Whether or not Act a reasonable limit demonstrably justifiable in a free and democratic society – Whether or not Act enacted pursuant to criminal law power – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1) – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 93 – Constitution Act, 1982, s. 52(1) – Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.

R. *v.* BIG M DRUG MART LTD. *et al.*, 295.

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

5. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Freedom of conscience and religion – Lord's Day Act and Sunday observance – Injunction restraining sale of goods contrary to Act – Injunction invalid given unconstitutionality of Lord's Day Act – Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.

PLANTATION INDOOR PLANTS LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA, 366.

6. Municipal by-law on amusement machines and halls – Validity – Whether by-law *ultra vires* as invasion of federal criminal law powers – By-law of the City of Montréal, No. 5156.

MONTRÉAL (CITY OF) v. ARCADE AMUSEMENTS INC. *et al.*, 368.

7. Charter of Rights – Self-incrimination – Bankruptcy offences – False statements under oath – Statements under oath admissible to prove perjury – Section 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms not applied.

STARANCHUK v. THE QUEEN, 439.

8. Canadian Charter of Rights and Freedoms – Right to life, liberty and security of person – U.S. cruise missile testing in Canada – Testing alleged to increase risk of nuclear war in violation of that right – Motion to strike out – Whether or not facts as alleged in violation of Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1), 32(1)(a) – Constitution Act, 1982, s. 52(1).

OPERATION DISMANTLE INC. *et al.* v. THE QUEEN *et al.*, 441.

9. Charter of Rights – Right to counsel – Impaired driving – Accused requested to accompany police officer for purposes of providing breath samples for analysis – Whether accused detained – Whether police required to inform accused of right to counsel – Criminal Code, ss. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10.

R. v. THERENS *et al.*, 613.

10. Charter of Rights – Remedies – Right to counsel infringed – Impaired driving – Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(1), (2).

R. v. THERENS *et al.*, 613.

11. Charter of Rights – Right to counsel – Impaired driving – Accused requested to accompany police officer for purposes of providing breath samples for analysis – Whether accused detained – Whether police required to inform accused of right to counsel – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 – Criminal Code, s. 235(1).

TRASK v. THE QUEEN, 655.

12. Charter of Rights – Remedies – Right to counsel infringed – Impaired driving – Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

TRASK v. THE QUEEN, 655.

## CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

13. Charter of Rights – Right to counsel – Impaired driving – Accused requested to accompany police officer for purpose of providing breath samples for analysis – Whether accused detained – Whether police required to inform accused of right to counsel – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10 – Criminal Code, s. 235(1).

RAHN v. THE QUEEN, 659.

14. Charter of Rights – Remedies – Right to counsel infringed – Impaired driving – Evidence provided by breathalyzer test excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

RAHN v. THE QUEEN, 659.

15. Language guarantees – Manitoba statutes to be enacted, printed and published in both English and French – Whether or not s. 23 of Manitoba Act, 1870 mandatory or directory – Whether or not statutes, current, repealed or spent, valid if constitutional linguistic requirements not met – Extent of force or effect, if any, if statutes invalid – Whether or not Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes valid and of force or effect – Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, s. 23 – Constitution Act, 1867, s. 133 – Constitution Act, 1982, s. 52 – An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), c. 14 – Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes, 1980 (Man.), c. 3.

REFERENCE RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS, 721.

16. Bankruptcy – Assessments owed provincial board given secured status by provincial statute – Lesser status and priority accorded under Bankruptcy Act – Whether or not conflict – Whether or not provincial provision inoperative – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50(6), 107(1)(h) – The Workers' Compensation Act, 1973 (Alta.), c. 87, s. 78(4).

DELOITTE HASKINS AND SELLS LTD. v. WORKERS' COMPENSATION BOARD *et al.*, 785.

17. Divorce and family law – Support – Maintenance granted under Divorce Act and exclusive possession of matrimonial home ordered under Family Law Reform Act – Whether or not order for exclusive possession of home invalid because of paramountcy – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11 – Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, ss. 18, 19, 40, 45.

LAMB v. LAMB *et al.*, 851.

## CONTRACTS

1. Purchase and sale – Goods delivered to store – No notice of corporate relationship – Billing historically made to and paid by real estate company – Bankrupt company formed to run store alleged to be actual purchaser – Account unpaid – Whether or not real estate company liable.

SCOTSBURN CO-OPERATIVE SERVICES LTD. v. W. T. GOODWIN LTD., 54.

**CONTRACTS—Concluded**

2. Unilateral contract – Bank advised contractor that developer adequately financed – Developer unable to meet payments – Whether or not Bank liable for breach of contract.

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. v. BANK OF NOVA SCOTIA ET AL., 271.

3. Waiver clause – Race sanctioned by Association – Association's disclaimers of liability in rules and application forms known to participant – Accident caused by signal man on track – Negligence alleged and damages sought – Whether or not waiver clause effective – Whether or not fundamental breach – Whether or not unconscionable transaction – Whether or not against public policy.

DYCK v. MANITOBA SNOWMOBILE ASSOCIATION *et al.*, 589.

**CRIMINAL LAW**

1. Trial – Function of judge – Examination of witnesses – Right of judge to intervene – Limits of right to intervene – Doubt as to impartiality of judge – New trial ordered.

BROUILLARD v. THE QUEEN, 39.

2. Verdicts finding fraud, fraudulent conversion of trust funds by trustee, and theft – Verdicts upheld on appeal – Whether or not error in upholding verdicts incompatible and contradictory in fundamental reasons.

ROSEN v. THE QUEEN, 83.

3. Disturbing religious worship – Elements of offence – Accused kneeling to receive communion instead of standing – Whether or not religious service “disturbed” contrary to s. 172(3) of the Code? – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 172(3).

SKOKE-GRAHAM *et al.* v. THE QUEEN *et al.*, 106.

4. Wiretapping – “Private communication” – Accused telephoning police headquarters and threatening police officer – Telephone calls not “private communications” within s. 178.1 of the Criminal Code.

MONACHAN v. THE QUEEN, 176.

5. Courts – Jurisdiction – Court of General Sessions of the Peace – Trial not proceeding at sessions for which trial fixed – Jurisdiction over indictment not lost.

FRANKLIN v. THE QUEEN, 293.

6. Obscenity – Film – Whether “undue exploitation of sex” – Community standards – Criminal Code, s. 159(8).

TOWNE CINEMA THEATRES LTD. v. THE QUEEN, 494.

7. Rape – Consent – Defence of mistake of fact not available – Wilful blindness – Knowledge of the nature of the consent presumed – Criminal Code, s. 143(b)(i).

SANSREGRET v. THE QUEEN, 570.

8. Courts – Election – Jurisdiction – Accused consenting to be tried by a “court composed of a judge who is not a judge of a

**CRIMINAL LAW—Concluded**

superior court of criminal jurisdiction” – Crown able to choose trial before county or district court judge and jury or a supreme court judge and jury – Criminal Code, s. 429.1.

BELL *et al.* v. THE QUEEN, 594.

9. Evidence – Similar fact evidence admissible – Charge to jury on similar fact evidence acceptable.

BELL *et al.* v. THE QUEEN, 594.

10. Charter of Rights – Impaired driving – Right to counsel infringed – Evidence provided by breathalyzer test excluded – Criminal Code, ss. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24.

R. v. THERENS *et al.*, 613.

11. Corporate liability – Conspiracy to defraud – Whether or not liability arises where directing mind acting (1) in fraud of corporation, or (2) for his own benefit, or (3) contrary to instructions not to act illegally – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338(1), 423(1)(d).

CANADIAN DREDGE & DOCK CO. *et al.* v. THE QUEEN, 662.

12. Defences – Issue estoppel – Circumstances in which doctrine applicable – Acquittal on charges of impaired driving and of excessive blood alcohol level – Whether issue estoppel available on subsequent charge of perjury.

GRDIC v. THE QUEEN, 810.

13. Defence – Robbery – Specific intent – Whether loss of self-control or irresistible impulse caused by voluntary drug induced intoxication provides a defence to a criminal charge in Canada.

COURVILLE v. THE QUEEN, 847.

**EVIDENCE**

Evidence on charge of obscenity – Whether Crown must adduce evidence to establish undueness.

TOWNE CINEMA THEATRES LTD. v. THE QUEEN, 494.

**FAMILY LAW**

Divorce – Support – Exclusive possession of matrimonial home ordered under Family Law Reform Act and maintenance ordered under Divorce Act – Whether or not order for exclusive possession of home invalid because of paramourcy.

LAMB v. LAMB *et al.*, 851.

**INFANTS**

Custody – Natural mother claiming custody of child after giving him up for adoption – Welfare of the child paramount consideration – *Parens patriae* jurisdiction – Child's interests

**INFANTS—Concluded**

best served by leaving him with adoptive parents – Domestic Relations Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, ss. 28(1), 35(2), 37, 39.

KING V. LOW *et al.*, 87.

---

**INJUNCTION**

*Mareva* injunction – Interlocutory order restraining transfer of assets to another province pending trial – Order made against federally incorporated company with exigible assets in other provinces – Whether or not *Mareva* injunction available – Whether or not *Mareva* injunction appropriate in federal system given the circumstances.

AETNA FINANCIAL SERVICES LTD. V. FEIGELMAN *et al.*, 2.

---

**INTEREST**

Mortgage contained in demand debenture – Interest rate calculated on 360-day year – Whether or not meaning of “mortgage on real estate” in s. 4 of Interest Act different from meaning in any other context – Whether or not s. 4 breached – Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 4.

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. V. BANK OF NOVA SCOTIA *et al.*, 271.

---

**JUDICIAL REVIEW**

Police officer resigning after lengthy interrogation and threats to prosecute – Resignation effective – No basis for judicial review.

HEAD V. GRAHAM *et al.*, 566.

---

**JURISDICTION**

Judicial review – Cabinet decision relating to national defence and external affairs – Whether or not decision reviewable by courts.

OPERATION DISMANTLE INC. *et al.* V. THE QUEEN *et al.*, 441.

---

**LABOUR LAW**

1. Grievance arbitration – Acquired privileges – Arbitral award based on unreasonable interpretation of collective agreement – Writ of evocation.

MIRIAM HOME V. CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES (LOCAL 2115), 137.

**LABOUR LAW—Concluded**

2. Arbitrator – Judicial review – Preliminary objection that grievances filed late dismissed by arbitrator – Evocation – Whether decision of arbitrator on lateness of grievance subject to judicial review.

SYNDICAT DES PROFESSEURS DU COLLÈGE DE LÉVIS-LAUZON *et al.* V. CEGEP DE LÉVIS-LAUZON, 596.

3. Lay-offs – Notice of lay-off required by Labour Code – Regulations creating exceptions to Code requirements – Whether or not regulations breaching spirit of the Act and *ultra vires* – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 60(1), (4), 60.2, as amended – Canada Labour Standards Regulations, C.R.C., c. 986, s. 30(c)(i), (ii).

TELECOMMUNICATION WORKERS UNION *et al.* V. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. *et al.*, 840.

---

**MECHANICS' LIENS**

Trustee – Whether or not appellant trustee as defined by the Mechanics' Lien Act.

ROSEN V. THE QUEEN, 83.

---

**MUNICIPAL LAW**

1. By-law on amusement machines and halls – Validity – Access to amusement halls prohibited to persons under eighteen – Whether by-law prohibitory, vague or discriminatory – Charter of the City of Montreal, 1959-60 (Que.), c. 102, as amended, arts. 516, 517g., s., 521(4), (7), (33), 524(2)a., b. – By-law of the City of Montréal, No. 5156.

MONTRÉAL (CITY OF) V. ARCADE AMUSEMENTS INC. *et al.*, 368.

2. By-law and resolutions – Validity – Business tax imposed by by-law – Tax rate fixed annually by resolution of the city council – Excess of jurisdiction – Action in nullity allowed – By-law of the City of Dorval, No. 577, s. 2 – Code of Civil Procedure, art. 33.

AIR CANADA V. CITY OF DORVAL, 861.

---

**PRACTICE**

Motion to strike – U.S. cruise missile tests alleged to increase risk of nuclear war in violation of s. 7 of Charter – Whether or not statement of claim should be struck out – Whether or not statement of claim can be amended before

**PRACTICE—Concluded**

statement of defence filed – Federal Court Rules, Rules 419(1), 421, 1104, 1723.

OPERATION DISMANTLE INC. *et al.* v. THE QUEEN *et al.*, 441.

**PREROGATIVE WRITS**

Mandamus – Application to direct magistrate to proceed with hearing – Information laid in 1981 pursuant to Lord's Day Act – Fiat of Attorney General required to commence prosecution – Leave to prosecute signed by Acting Deputy Attorney General – Information properly quashed – Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 16.

R. v. HORNE & PITFIELD FOODS LTD., 364.

**PRESCRIPTION**

Interruption – Party to action – Action between co-defendants arising from same source as demand – Whether interruption caused by plaintiff's action can benefit one defendant against another – Civil Code, art. 2224.

JUMBO MOTORS EXPRESS LTD. v. FRANÇOIS NOLIN LTÉE, 423.

**REAL PROPERTY**

Agreement to purchase – Closing date passed – No steps taken to postpone closing date despite right to do so – Time of the essence.

MAIDA v. DALEWOOD INVESTMENTS LTD., 568.

**STATUTES**

Interpretation – Headings – Use of headings as an aid for statutory construction.

SKOKE-GRAHAM *et al.* v. THE QUEEN *et al.*, 106.

**SUNDAY OBSERVANCE**

Injunction to restrain sale of goods – Injunction invalid given unconstitutionality of Lord's Day Act.

PLANTATION INDOOR PLANTS LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA, 366.

**TAXATION**

Excise tax – Bankruptcy – Whether liability to pay tax on goods under the Excise Tax Act, s. 27(1), arises before goods are sold and is therefore a claim provable in bankruptcy under the Bankruptcy Act, s. 95(1) – Whether a trustee in bankruptcy is liable under the Excise Tax Act, s. 27(3) – Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 27(1), (3) – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 95(1).

BLAIS v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 849.

**TORTS**

1. Damages – Refusal to undergo recommended surgery – Procedure having 70 per cent success rate and 100 per cent chance of recovery if successful – Whether or not uncertainty a factor to include in calculating award.

JANIAK v. IPPOLITO, 146.

2. Vaccination program organized by Province of Quebec – Child a victim of encephalitis caused by vaccine – No-fault liability pleaded against Province – Liability based on fault in Quebec – Theory of risk not accepted in Quebec law – Civil Code, arts. 983, 1057, 2712.

LAPIERRE v. ATTORNEY GENERAL OF THE PROVINCE OF QUEBEC, 241.

3. Negligent misrepresentation – Bank advised contractor that developer adequately financed – Financial agreement only to fixed amount – Cost overruns – Neither extended terms nor new credit advanced – Whether or not Bank liable to contractor for misrepresentation.

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. v. BANK OF NOVA SCOTIA *et al.*, 271.





# INDEX

## BREFS DE PRÉROGATIVE

Mandamus – Demande visant à enjoindre au magistrat de procéder à l'audition – Dénonciation portée en 1981 en vertu de la Loi sur le dimanche – Fiat du procureur général nécessaire pour intenter les poursuites – Permission de poursuivre signée par le sous-procureur général intérimaire – Dénonciation régulièrement annulée – Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, c. L-13, art. 16.

R. C. HORNE & PITFIELD FOODS LTD., 364.

## COMPÉTENCE

Contrôle judiciaire – Décision du cabinet concernant la défense nationale et les affaires extérieures – Les tribunaux peuvent-ils contrôler une telle décision?

OPERATION DISMANTLE INC. *et autres* C. LA REINE *et autres*, 441.

## CONTRATS

1. Vente – Marchandises livrées à un magasin – Absence d'avis relativement au statut des sociétés – Facturation présentée à une société immobilière et acquittement par elle des factures pendant une longue période – Allégation que l'acheteur véritable est la société d'exploitation du magasin en faillite depuis – Compte impayé – Responsabilité de la société immobilière.

SCOTSBURN CO-OPERATIVE SERVICES LTD. C. W. T. GOODWIN LTD., 54.

2. Contrat unilatéral – Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant – Promoteur incapable de faire les paiements – La Banque est-elle responsable d'une rupture de contrat?

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE *et autre*, 271.

3. Clause de décharge – Course sous les auspices de l'Association – Stipulation de non-responsabilité de l'Association dans son règlement et ses demandes de participation, connue du concurrent – Accident causé par le préposé au signal de fin de course qui s'était avancé sur la piste – Allégation de négligence et réclamation de dommages-intérêts – La clause de décharge s'applique-t-elle? – Y a-t-il eu inexécution fondamentale? – S'agit-il d'une transaction déraisonnable? – La clause est-elle contraire à l'intérêt public?

DYCK C. MANITOBA SNOWMOBILE ASSOCIATION *et autre*, 589.

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Démission d'un policier suite à un long interrogatoire et à des menaces de poursuites – Démission valable – Aucun motif ne justifie un contrôle judiciaire.

HEAD C. GRAHAM *et autre*, 566.

## DROIT ADMINISTRATIF

Pouvoir du ministre – Ordonnance – Validité – Ordonnance rendue par un sous-ministre à la place du ministre – Ordonnance annulée – Loi de l'hygiène publique, S.R.Q. 1964, chap. 161, art. 55.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. CARRIÈRES STE-THÉRÈSE LTÉE, 831.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Droit criminel – Validité d'une loi – Perturbation d'un office religieux – L'art. 172(3) du Code criminel est-il *intra vires* du Parlement? – Loi constitutionnelle de 1867, par. 91(27) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 172(3).

SKOKE-GRAHAM *et autres* C. LA REINE *et autre*, 106.

2. Charte des droits – Justice fondamentale – Sécurité de sa personne – Immigration – Réfugié au sens de la Convention – La procédure de reconnaissance du statut de réfugié est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? – Les personnes qui revendiquent le statut de réfugié ont-elles droit à la protection de l'art. 7 de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 26, 32(1) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) – Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 2, 45, 55, 70, 71.

SINGH *et autres* C. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 177.

3. Charte des droits – Réparation – Tribunal compétent – Appels de demandes d'examen judiciaire faites en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale – Pouvoir de redressement conféré par le par. 24(1) de la Charte limité aux décisions soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.

SINGH *et autres* C. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 177.

4. Charte canadienne des droits et libertés – Liberté de conscience et de religion – Loi sur le dimanche et observance du dimanche – La Loi sur le dimanche viole-t-elle la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte? – La Loi constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? – La Loi a-t-elle été adoptée conformément à la compétence en matière de droit criminel? – Charte canadienne des droits et

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

libertés, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 93 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) – Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.

R. C. *BIG M DRUG MART LTD. et autres*, 295.

5. Charte canadienne des droits et libertés – Liberté de conscience et de religion – Loi sur le dimanche et observance du dimanche – Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises contrairement à la Loi – Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche – Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.

PLANTATION INDOOR PLANTS LTD. C. PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA, 366.

6. Règlement municipal sur les appareils et les salles d'amusement – Validité – Le règlement empêche-t-il sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? – Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.

MONTRÉAL (VILLE DE) C. ARCADE AMUSEMENTS INC. *et autres*, 368.

7. Charte des droits – Témoignage incriminant – Infractions en matière de faillite – Fausses déclarations sous serment – Déclarations sous serment admissibles pour prouver le parjure – L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés n'a pas d'application.

STARANCHUK C. LA REINE, 439.

8. Charte canadienne des droits et libertés – Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne – Essais du missile de croisière américain au Canada – Allégation que les essais accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de ce droit – Requête en radiation – Les faits allégués constituent-ils une violation de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1), 32(1)a) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

OPERATION DISMANTLE INC. *et autres* C. LA REINE *et autres*, 441.

9. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse – L'accusé était-il détenu? – La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? – Code criminel, art. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10.

R. C. *THERENS et autres*, 613.

10. Charte des droits – Redressement – Violation du droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(1), (2).

R. C. *THERENS et autres*, 613.

11. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse – L'accusé était-il détenu? – La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? –

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 – Code criminel, art. 235(1).

TRASK C. LA REINE, 655.

12. Charte des droits – Redressement – Violation du droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.

TRASK C. LA REINE, 655.

13. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Accusé sommé de suivre un policier en vue de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse – L'accusé était-il détenu? – La police était-elle tenue d'informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10 – Code criminel, art. 235(1).

RAHN C. LA REINE, 659.

14. Charte des droits – Redressement – Violation du droit à l'assistance d'un avocat – Conduite avec facultés affaiblies – Preuve obtenue au moyen de l'alcootest écartée conformément à l'art. 24(2) de la Charte.

RAHN C. LA REINE, 659.

15. Garanties linguistiques – Obligation d'adopter, d'imprimer et de publier en français et en anglais les lois du Manitoba – L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba est-il impératif ou directif? – Les lois actuelles, abrogées ou périmées sont-elles valides si les exigences en matière linguistique n'ont pas été respectées? – Si les lois sont invalides, dans quelle mesure sont-elles opérantes? – La Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs est-elle valide et opérante? – Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, art. 23 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 133 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 – An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, 1890 (Man.), chap. 14 – Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, 1980 (Man.), chap. 3.

RENVOI RELATIF AUX DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA, 721.

16. Faillite – Loi provinciale accordant à des cotisations dues à une commission provinciale le statut de créances garanties – Loi sur la faillite accordant un statut et un rang inférieurs – Y a-t-il conflit? – La disposition provinciale est-elle inopérante? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50(6), 107(1)h) – The Workers' Compensation Act, 1973 (Alb.), chap. 87, art. 78(4).

DELOITTE HASKINS AND SELLS LTD. C. WORKERS' COMPENSATION BOARD *et autres*, 785.

17. Divorce et droit de la famille – Soutien – Entretien accordé en vertu de la Loi sur le divorce et possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la Loi portant réforme du droit de la famille – Invalidité ou non de l'ordonnance de possession exclusive à cause de la doctrine de la prépondérance – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11 – Loi portant réforme

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 18, 19, 40, 45.

LAMB C. LAMB *et autres*, 851.

**DROIT CRIMINEL**

1. Procès – Rôle du juge – Interrogatoire des témoins – Droit d'intervention du juge – Limites du droit d'intervention – Doute quant à l'impartialité du juge – Nouveau procès ordonné.

BROUILLARD C. LA REINE, 39.

2. Verdicts de fraude, de vol et de détournement frauduleux par le fiduciaire de fonds détenus en fiducie – Confirmation des verdicts en appel – A-t-on commis une erreur en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires?

ROSEN C. LA REINE, 83.

3. Perturbation d'un office religieux – Éléments de l'infraction – Accusés agenouillés plutôt que debout pour communier – Le service religieux a-t-il été «troublé» en violation de l'art. 172(3) du Code ? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 172(3).

SKOKE-GRAHAM *et autres* C. LA REINE *et autre*, 106.

4. Écoute électronique – «Communication privée» – Accusé téléphononant au poste de police pour menacer un agent de police – Appels téléphoniques ne constituant pas des «communications privées» au sens de l'art. 178.1 du Code criminel.

MONACHAN C. LA REINE, 176.

5. Tribunaux – Compétence – Cour des sessions générales de la paix – Procès non instruit lors des assises auxquelles il avait été fixé – Compétence sur l'acte d'accusation non perdue.

FRANKLIN C. LA REINE, 293.

6. Obscénité – Film – Y a-t-il «exploitation indue des choses sexuelles»? – Normes sociales – Code criminel, art. 159(8).

TOWNE CINEMA THEATRES LTD. C. LA REINE, 494.

7. Viol – Consentement – Défense d'erreur de fait inapplicable – Ignorance volontaire – Connaissance de la nature du consentement présumée – Code criminel, art. 143b(i).

SANSREGRET C. LA REINE, 570.

8. Tribunaux – Choix – Compétence – Consentement des accusés à être jugés par «une cour composée d'un juge qui n'est pas un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle» – Possibilité pour la poursuite de choisir entre un procès devant un juge de cour de comté ou de district et un jury ou devant un juge de cour suprême et un jury – Code criminel, art. 429.1.

BELL *et autres* C. LA REINE, 594.

9. Preuve – Admissibilité de la preuve de faits similaires – Caractère acceptable de l'exposé au jury sur la preuve de faits similaires.

BELL *et autres* C. LA REINE, 594.

**DROIT CRIMINEL—Fin**

10. Charte des droits – Conduite avec facultés affaiblies – Violation du droit à l'assistance d'un avocat – Exclusion de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest – Code criminel, art. 234.1(1), 235(1), (2), 236(1), 237 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24.

R. C. THERENS *et autres*, 613.

11. Responsabilité des compagnies – Complot en vue de frauder – La responsabilité d'une compagnie est-elle engagée lorsque son âme dirigeante agit (1) frauduleusement envers elle, ou (2) pour son propre avantage, ou (3) contrairement à des instructions de ne pas agir illégalement? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338(1), 423(1)d).

CANADIAN DREDGE & DOCK CO. *et autres* C. LA REINE, 662.

12. Moyens de défense – Fin de non-recevoir – Cas d'application de cette doctrine – Acquittement relativement à des accusations d'avoir conduit avec facultés affaiblies et avec un taux d'alcoolémie trop élevé – Est-il possible d'opposer une fin de non-recevoir à une accusation subséquente de parjure?

GRDIC C. LA REINE, 810.

13. Moyen de défense – Vol qualifié – Intention spécifique – La perte de maîtrise de soi ou l'impulsion irrésistible causée par l'intoxication volontaire au moyen de stupéfiant constitue-t-elle un moyen de défense à une accusation criminelle au Canada?

COURVILLE C. LA REINE, 847.

**DROIT DE LA FAMILLE**

Divorce – Soutien – Attribution de la possession exclusive du foyer conjugal en vertu de la Loi portant réforme du droit de la famille et de soutien en vertu de la Loi sur le divorce – Invalidité ou non de l'ordonnance de possession exclusive à cause de la doctrine de la prépondérance.

LAMB C. LAMB *et autres*, 851.

**DROIT DU TRAVAIL**

1. Arbitrage d'un grief – Privilèges acquis – Décision arbitrale fondée sur une interprétation déraisonnable de la convention collective – Bref d'évocation.

CENTRE D'ACCUEIL MIRIAM C. SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE (SECTION LOCALE 2115), 137.

2. Arbitre – Contrôle judiciaire – Objection préliminaire relative à la tardiveté des griefs rejetée par l'arbitre – Évocation – La décision d'un arbitre sur la tardiveté d'un grief est-elle sujette au contrôle judiciaire?

SYNDICAT DES PROFESSEURS DU COLLÈGE DE LÉVIS-LAUZON *et autres* C. CEGEP DE LÉVIS-LAUZON, 596.

**DROIT DU TRAVAIL—Fin**

3. Mises à pied – Avis de mise à pied requis en vertu du Code du travail – Règlement créant des exceptions aux exigences du Code – Le Règlement est-il contraire à l'esprit de la Loi et *ultra vires*? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 60(1), (4), 60.2 et modifications – Règlement du Canada sur les normes du travail, C.R.C., chap. 986, art. 30c(i), (ii).

TELECOMMUNICATION WORKERS UNION *et autres* c. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. *et autres*, 840.

**DROIT FISCAL**

Taxe d'accise – Faillite – L'obligation de payer la taxe sur les marchandises en vertu de l'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise naît-elle avant la vente des marchandises et est-elle en conséquence une réclamation prouvable dans la faillite en vertu de l'art. 95(1) de la Loi sur la faillite? – Un syndic de faillite a-t-il une obligation en vertu de l'art. 27(3) de la Loi sur la taxe d'accise? – Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27(1), (3) – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 95(1).

BLAIS C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 849.

**DROIT MUNICIPAL**

1. Règlement sur les appareils et les salles d'amusement – Validité – Accès aux salles d'amusement interdit au moins de 18 ans – Le règlement est-il prohibitif, imprécis ou discriminatoire? – Charte de la Ville de Montréal, 1959-60 (Qué.), chap. 102 et modifications, art. 516, 517g), s), 521(4), (7), (33), 524(2)a), b) – Règlement de la Ville de Montréal, n° 5156.

MONTRÉAL (VILLE DE) C. ARCADE AMUSEMENTS INC. *et autres*, 368.

2. Règlement et résolutions – Validité – Taxe d'affaires imposée par règlement – Taux de la taxe fixé annuellement par résolution du conseil municipal – Excès de juridiction – Action en nullité accueillie – Règlement de la cité de Dorval, n° 577, art. 2 – Code de procédure civile, art. 33.

AIR CANADA C. CITÉ DE DORVAL, 861.

**FAILLITE**

Paiement préférentiel – Paiement tardif – Paiement valide s'il est fait dans «le cours ordinaire des affaires» – «Le cours ordinaire des affaires» doit être analysé selon les circonstances de chaque cas, compte tenu des relations d'affaire entre le débiteur et le créancier et des normes de l'industrie – Paiement tardif normal entre les sociétés en cause et habituel dans leur industrie – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 73.

ROBITAILLE C. AMERICAN BILTRITE (CANADA) LTÉE, 290.

**IMMEUBLES**

Promesse d'achat – Date de signature expirée – Droit de reporter la date de signature mais aucune mesure prise en ce sens – Facteur temps essentiel.

MAIDA C. DALEWOOD INVESTMENTS LTD., 568.

**INDEMNISATION**

Droit d'extraction en soi – Claims miniers situés dans des parcs provinciaux – Refus de Sa Majesté de délivrer les permis nécessaires à l'exploitation – Y a-t-il expropriation ou préjudice? – Y a-t-il lieu de verser une indemnité? – Park Act, 1965 (C.-B.), chap. 31, art. 6, 9, 11, 18 (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 309) – Ministry of Highways and Public Works Act, R.S.B.C. 1960, chap. 109, art. 14, 15, 18(3) (maintenant Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, chap. 280, art. 26, 29) – Lands Clauses Act, R.S.B.C. 1960, chap. 209, art. 4, 69 (maintenant Expropriation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 117) – Mineral Act, R.S.B.C. 1936, chap. 181, art. 17, 23; R.S.B.C. 1960, chap. 244, art. 12(1a); 1977 (C.-B.), chap. 54, art. 7, 10, 21.

R. DU CHEF DE LA PROVINCE DE LA COLOMBIE-BRITANIQUE C. TENER *et autre*, 533.

**INJONCTION**

Injonction *Mareva* – Ordonnance interlocutoire interdisant le transfert de biens à une autre province pendant le procès – Ordonnance rendue contre une compagnie à charte fédérale qui possède des biens exigibles dans d'autres provinces – Peut-on obtenir une injonction *Mareva*? – L'injonction *Mareva* est-elle appropriée dans un régime fédéral, compte tenu des circonstances?

AETNA FINANCIAL SERVICES LTD. C. FEIGELMAN *et autres*, 2.

**INTÉRÊTS**

Hypothèque incluse dans une débenture à vue – Taux d'intérêt calculé à 360 jours – L'expression «hypothèque sur les biens-fonds» a-t-elle un sens différent de celui qu'elle a dans d'autres contextes? – Violation ou non de l'art. 4 – Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 4.

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE *et autre*, 271.

**LÉGISLATION**

Interprétation – Rubriques – Utilisation des rubriques pour faciliter l'interprétation législative.

SKOKE-GRAHAM *et autres* c. LA REINE *et autre*, 106.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

Immigration – Réfugié au sens de la Convention – La procédure de reconnaissance du statut de réfugié est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? – Réparation – Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1 2(e) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 26 – Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 2, 71 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.

SINGH *et autres* C. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 177.

**MINEURS**

Garde – Réclamation par la mère naturelle de la garde de son enfant après l'avoir donné en adoption – Importance primordiale du bien-être de l'enfant – Compétence *parens patriae* – Intérêts de l'enfant mieux servis en le laissant avec ses parents adoptifs – Ordonnance sur les relations familiales, O.R.T.N.-O. 1974, chap. C-3, art. 28(1), 35(2), 37, 39.

KING C. LOW *et autre*, 87.

**OBSERVANCE DU DIMANCHE**

Injonction enjoignant de s'abstenir de vendre des marchandises – Invalidité de l'injonction compte tenu de l'inconstitutionnalité de la Loi sur le dimanche.

PLANTATION INDOOR PLANTS LTD. C. PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA, 366.

**PRATIQUE**

Requête en radiation – Allégation que les essais du missile de croisière américain accroissent le danger de guerre nucléaire en violation de l'art. 7 de la Charte – La déclaration doit-elle être radiée? – La déclaration peut-elle être modifiée avant la production de la défense? – Règles de la Cour fédérale, règles 419(1), 421, 1104, 1723.

OPERATION DISMANTLE INC. *et autres* C. LA REINE *et autres*, 441.

**PRESCRIPTION**

Interruption – Partie à l'action – Action entre codéfendeurs découlant de la même source que la demande – L'interruption résultant de l'action du demandeur peut-elle profiter à l'un des défendeurs contre l'autre? – Code civil, art. 2224.

JUMBO MOTORS EXPRESS LTD. C. FRANÇOIS NOLIN LTÉE, 423.

**PREUVE**

Preuve relative à une accusation d'obscénité – La poursuite doit-elle produire une preuve en vue d'établir le caractère indu?

TOWNE CINEMA THEATRES LTD. C. LA REINE, 494.

**PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR**

Fiduciaire – L'appelant est-il un fiduciaire au sens de la *Mechanics' Lien Act*?

ROSEN C. LA REINE, 83.

**RADIODIFFUSION**

Décision par laquelle le CRTC a modifié une licence de télévision par câble en augmentant les frais d'installation et le tarif mensuel maximum des abonnements – Une loi ou un règlement autorise-t-il le CRTC à approuver une telle modification? – Le pouvoir de fixer les frais existe par déduction nécessaire pour permettre la poursuite des objectifs visés à l'art. 3 de la Loi sur la radiodiffusion.

LIGUE DE LA RADIODIFFUSION CANADIENNE C. CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES *et autre*, 174.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

1. Dommages-intérêts – Refus de subir une intervention chirurgicale recommandée – Opération qui comporte 70 pour 100 de probabilités de réussite et qui entraîne une guérison totale si elle réussit – L'incertitude est-elle un facteur à considérer dans le calcul de l'indemnité?

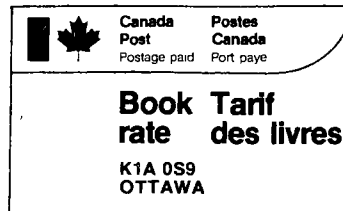
JANIAK C. IPPOLITO, 146.

2. Programme de vaccination organisé par la province de Québec – Enfant victime d'une encéphalite causée par le vaccin – Responsabilité sans faute invoquée contre la province – Régime québécois de responsabilité fondé sur la faute – Théorie du risque non acceptée en droit québécois – Code civil, art. 983, 1057, 2712.

LAPIERRE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC, 241.

3. Déclaration inexacte faite par négligence – Avis de la Banque à l'entrepreneur que le financement du promoteur est suffisant – Accord financier limité au montant fixé – Coûts supplémentaires – Aucune condition ni crédit nouveaux – La Banque est-elle responsable envers l'entrepreneur de la déclaration inexacte faite par négligence?

V.K. MASON CONSTRUCTION LTD. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE *et autre*, 271.



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9