



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1991 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1991 Vol. 2**

**Cited as [1991] 2 S.C.R. 3-202**

**Renvoi [1991] 2 R.C.S. 3-202**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISELE BOULAY

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

Secretary  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

**Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board** ..... 201

Labour relations — Arbitration — Judicial review — Collective agreement — Reclassification — Whether arbitration board's interpretation of collective agreement patently unreasonable.

**Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)** ..... 5

Constitutional law — Administrative tribunals — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISELE BOULAY

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

Secrétaire  
LYNE RENAUD

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

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

---

## SOMMAIRE

**Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board** ..... 201

Relations du travail — Arbitrage — Contrôle judiciaire — Convention collective — Reclassification — L'interprétation donnée à la convention collective par le conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

**Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)** ..... 5

Droit constitutionnel — Tribunaux administratifs — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habitante? — Charte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.

Administrative law — Boards — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.

### **Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada ..... 50**

Insurance — Limitation periods — Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence — Whether insurer admitted liability — Whether insurer promised not to rely on limitation period.

Limitation of actions — Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence.

### **Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd. .... 61**

Limitation of actions — Promissory estoppel — Waiver — Insurer admitting liability and entering into settlement negotiations — Statement of claim issued after limitation period had expired — Whether defendants estopped from relying on limitation period — Whether defendants waived limitation period.

### **Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village) ..... 3**

Municipal law — Extra-contractual liability of municipalities — *Laurentide Motels* judgment followed.

### **Osborne v. Canada (Treasury Board)..... 69**

Constitutional law — Constitutional convention — Political neutrality of Public Service employees — Whether statutory provision implementing constitutional convention can be inconsistent with Constitution — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Public Service — Political partisanship — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation infringes s. 2(b) of Charter — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Vagueness — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation too vague to constitute a limit pre-

## SOMMAIRE (Suite)

canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.

Droit administratif — Commissions — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habilitante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.

### **Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada ..... 50**

Assurance — Délais de prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription? — L'assureur a-t-il fait une reconnaissance de responsabilité? — L'assureur a-t-il promis de ne pas invoquer la prescription?

Prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription?

### **Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd. .... 61**

Prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Reconnaissance — L'assureur, ayant fait une reconnaissance de responsabilité, a entamé des négociations en vue d'un règlement — Déclaration produite après l'expiration du délai de prescription — Les défendeurs sont-ils irrecevables à invoquer la prescription? — Les défendeurs ont-ils renoncé à invoquer la prescription?

### **Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village) ..... 3**

Droit municipal — Responsabilité extra-contractuelle des municipalités — Arrêt *Laurentide Motels* suivi.

### **Osborne c. Canada (Conseil du Trésor) ..... 69**

Droit constitutionnel — Convention constitutionnelle — Neutralité politique des fonctionnaires — Une disposition législative mettant en application une convention constitutionnelle peut-elle être incompatible avec la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Fonction publique — Activités politiques — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur

## CONTENTS (Continued)

scribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Relationship between s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 52(1) of Constitution Act, 1982.

### **R. v. Lippé** ..... 114

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

### **Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)**..... 158

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Electoral boundaries — Variances in size of voter populations among constituencies — Whether Charter right to vote infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1, ss. 14, 20.

### **Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)**..... 22

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Age discrimination — Person meeting all qualifications for unemployment insurance benefits except for being over age limit — Whether or not age exclusion infringing s. 15 of Charter — If so, whether or not justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31(1), (2), (4).

Administrative law — Jurisdiction — Tribunal not expressly given power to consider all relevant law — Employment Commission making ruling without reference to constitutional arguments — Whether administrative tribunal can apply Charter absent legislative authority to do so.

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Appeal from Unemployment Insurance Act Board of Referees to Federal Court on constitutional issue by-passing Umpire — Board not expressly given power to consider all relevant law — Umpire

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Imprécision — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Rapport entre l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

### **R. c. Lippé** ..... 114

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Tribunal indépendant et sans préjugés — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12 — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

### **Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)**..... 158

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Délimitation de circonscriptions électorales — Différences dans le nombre d'électeurs dans des circonscriptions électorales — Y a-t-il atteinte au droit de vote garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1, art. 14, 20.

### **Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)**..... 22

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Personne remplissant toutes les conditions pour obtenir des prestations d'assurance-chômage mais dépassant l'âge limite — L'exclusion fondée sur l'âge viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

having power to consider all relevant law — Whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

## SOMMAIRE (Fin)

canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31(1), (2), (4).

Droit administratif — Compétence — Tribunal n'ayant pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Décision de la Commission de l'emploi rendue sans mention des arguments d'ordre constitutionnel — Un tribunal administratif peut-il appliquer la Charte en l'absence d'autorisation législative de le faire.

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Appel d'une décision d'un conseil arbitral constitué en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage sur une question constitutionnelle sans d'abord en appeler devant un juge-arbitre — Le conseil n'a pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Le juge-arbitre a le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — La Cour d'appel fédérale peut-elle examiner la question constitutionnelle si le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 1991**

**2<sup>e</sup> volume, 1991**



**Maska Auto Spring Ltée** *Appellant***Maska Auto Spring Ltée** *Appelante*

v.

c.

**Corporation municipale du village de Ste-Rosalie** *Respondent*<sup>a</sup> **Corporation municipale du village de Ste-Rosalie** *Intimée*

and

et

**Navin (Keesoondoyal) Shanker** *Defendant in warranty in Superior Court*<sup>b</sup> **Navin (Keesoondoyal) Shanker** *Défendeur en garantie en Cour supérieure*

INDEXED AS: MASKA AUTO SPRING LTÉE v. STE-ROSALIE (VILLAGE)

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: MASKA AUTO SPRING LTÉE c. STE-ROSALIE (VILLAGE)

File No.: 21106.

N<sup>o</sup> du greffe: 21106.

1991: June 4.

<sup>d</sup> 1991: 4 juin.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC*Municipal law — Extra-contractual liability of municipalities — Laurentide Motels judgment followed.**Droit municipal — Responsabilité extra-contractuelle des municipalités — Arrêt Laurentide Motels suivi.***Cases Cited**<sup>f</sup>**Jurisprudence****Followed:** *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705.<sup>g</sup> **Arrêt suivi:** *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1576, 15 Q.A.C. 121, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

<sup>h</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1576, 15 Q.A.C. 121, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.*Armand Roy and Pierre Blain*, for the appellant.*Armand Roy et Pierre Blain*, pour l'appelante.*Jacques L'Heureux and Lindor Brodeur*, for the respondent.<sup>i</sup> *Jacques L'Heureux et Lindor Brodeur*, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LAMER C.J.—We are ready to render judgment forthwith.

<sup>j</sup>

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante.



In view of this Court's recent decision in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, reported at [1989] 1 S.C.R. 705, rendered since the Court of Appeal's decision in this case, we are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons given by Roger Chouinard J.A., dissenting in the Court of Appeal, and that the appeal should be disposed of as he suggests.

The appeal is allowed, the action of Maska Auto Spring Ltée is allowed, the Corporation municipale du village de Ste-Rosalie is ordered to pay Maska Auto Spring Ltée the sum of \$29,000 with interest and the additional indemnity from the date of service of the action and costs throughout.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Pierre Blain, Beloeil.*

*Solicitors for the respondent: Brodeur, L'Écuyer & Boileau, St-Hyacinthe.*

Compte tenu de l'arrêt récent de notre Cour, *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, rapporté à [1989] 1 R.C.S. 705, rendu depuis l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire, nous sommes unanimement d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs du juge Roger Chouinard, dissident en Cour d'appel, et de disposer du pourvoi comme il le suggère.

Le pourvoi est accueilli, l'action de Maska Auto Spring Ltée est accueillie, la Corporation municipale du village de Ste-Rosalie est condamnée à payer à Maska Auto Spring Ltée la somme de 29 000 \$ avec intérêts, ainsi que l'indemnité additionnelle, depuis l'assignation et les dépens, dans toutes les cours.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Pierre Blain, Beloeil.*

*Procureurs de l'intimée: Brodeur, L'Écuyer & Boileau, St-Hyacinthe.*

**Cuddy Chicks Limited** *Appellant*

v.

**Ontario Labour Relations Board and United Food and Commercial Workers International Union, Local 175** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Saskatchewan, Canada Employment and Immigration Commission and Marcelle Tétreault-Gadoury** *Interveners*

INDEXED AS: CUDDY CHICKS LTD. v. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD)

File No.: 21675.

1990: November 7; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Administrative tribunals — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.*

*Administrative law — Boards — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.*

Respondent union filed an application for certification before the Ontario Labour Relations Board relating

**Cuddy Chicks Limited** *Appelante*

c.

**La Commission des relations de travail de l'Ontario et l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175** *Intimées*

*b*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Saskatchewan, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et Marcelle Tétreault-Gadoury** *Intervenants*

*d*

RÉPERTORIÉ: CUDDY CHICKS LTD. c. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL)

N° du greffe: 21675.

*e*

1990: 7 novembre; 1991: 6 juin.

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

*f*

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

*Droit constitutionnel — Tribunaux administratifs — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habilitante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.*

*Droit administratif — Commissions — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habilitante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.*

Le syndicat intimé a déposé une demande d'accréditation devant la Commission des relations de travail de

to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Ltd. Section 2(b) of the *Labour Relations Act*, however, provided that the Act did not apply to persons employed in agriculture and the appellant maintained that the employees in question should be so designated. On filing the application, the union gave notice that it would request the Board to hold s. 2(b) invalid as being contrary to ss. 2(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the employees were found to be agricultural employees.

Prior to the commencement of the hearing, Cuddy Chicks disputed the jurisdiction of the Board to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. At that point, a separate hearing was convened to determine whether the panel had jurisdiction to entertain the *Charter* issues raised by the Union. The first panel found the employees to be in the agricultural sector so that the Act did not apply. A majority of the panel then held that the Board had jurisdiction to rule on the *Charter* issue because the Board was a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and because s. 52 of the *Constitution Act, 1982* imposed an obligation on the Board to ensure that the law it applies is consistent with the supreme law of Canada. The Board, under s. 106(1) of the Act, has jurisdiction to decide questions of law relevant to the proceedings before it.

The Divisional Court held that the Board had jurisdiction to deal with the *Charter* issue. A majority of the Court of Appeal held that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* conferred jurisdiction on the Board to decide the constitutionality of its enabling statute. At issue here were: (1) whether s. 52 of the *Constitution Act, 1982* conferred the right and duty on an administrative agency such as the OLRB to decide the constitutional validity of its enabling statute; (2) whether the OLRB had the jurisdiction to decide the constitutional validity of s. 2(b) of its enabling statute by applying the *Charter* as part of its duty to consider statutes bearing on proceedings before it; and, (3) whether the OLRB was a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.: An administrative

l'Ontario relativement aux employés du couvoir de Cuddy Chicks Ltd. L'alinéa 2b) de la *Loi sur les relations de travail* précise toutefois que la Loi ne s'applique pas aux personnes qui sont employées à l'agriculture, et l'appelante a soutenu que les employés en question étaient des ouvriers agricoles. En déposant la demande, le syndicat a donné avis que si l'on jugeait que les employés étaient des ouvriers agricoles, il demanderait à la Commission de déclarer l'al. 2b) invalide parce que contraire à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Avant l'audition de la question, Cuddy Chicks a contesté la compétence de la Commission de se prononcer sur la conformité de sa loi habilitante avec la *Charte*. À ce moment, une audience distincte a été convoquée afin de déterminer si la formation était habilitée à être saisie des questions relatives à la *Charte* soulevées par le syndicat. La première formation a conclu que les employés en cause étaient employés à l'agriculture, de sorte que la Loi ne s'appliquait pas. La formation a ensuite conclu à la majorité que la Commission avait la compétence nécessaire pour se prononcer sur la question relative à la *Charte* parce qu'elle était «un tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte* et parce que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose à la Commission l'obligation de s'assurer que la loi qu'elle applique est conforme à la loi suprême du Canada. Selon le par. 106(1) de la Loi, la Commission a compétence pour trancher les questions de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise.

La Cour divisionnaire a conclu que la Commission avait compétence pour trancher la question ayant trait à la *Charte*. La Cour d'appel à la majorité a statué que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait à la Commission la compétence nécessaire pour décider de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère-t-il à un organisme administratif tel que la CRTO le droit et l'obligation de décider de la validité constitutionnelle de sa loi habilitante, (2) la CRTO a-t-elle compétence pour décider de la validité constitutionnelle de l'al. 2b) de sa loi habilitante en appliquant la *Charte* dans le cadre de l'obligation qui lui est faite d'examiner les lois ayant une incidence sur les procédures dont elle est saisie, et (3) la CRTO est-elle un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef* Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson: Le tribunal

tribunal which has been given the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. It must respect the Constitution as the supreme law because of the principle of supremacy of the Constitution confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* neither specifies which bodies may rule on *Charter* questions nor confers jurisdiction on an administrative tribunal. Jurisdiction over the whole of the matter—the parties, subject matter and remedy sought—must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. An administrative tribunal, however, need not be a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. The relevant inquiry in this case was not whether the tribunal was a “court” but whether the legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*.

In conducting this inquiry, it first must be determined whether the tribunal has jurisdiction over the whole of the matter before it. Here, the issue centred on the Board’s jurisdiction over the subject matter and remedy. The subject matter was not simply an application for certification, which fell squarely within the Board’s authority, but one requiring the Board to subject s. 2(b) of the Act to *Charter* scrutiny in order to determine whether the application for certification was properly before it. Similarly, the remedy of certification required the Board to refuse to give effect to s. 2(b) of the Act because of inconsistency with the *Charter*. The authority to apply the *Charter* had to be found in the Board’s enabling statute because the subject matter and remedy were premised on the application of the *Charter*.

The Act expressly, and without reservation, granted the Board the authority to decide points of law and to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. This authority with respect to questions of law encompasses the question of whether a law violates the *Charter*. The Board therefore had the authority to rule on the constitutionality of s. 2(b) of its enabling statute in the course of considering the Union’s application for certification.

administratif à qui l’on a conféré le pouvoir d’interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. Il doit respecter la Constitution en tant que loi suprême en raison du principe de la primauté de la Constitution confirmé par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la *Charte*, ni ne confère compétence aux tribunaux administratifs. La compétence sur l’ensemble de la question—soit les parties, l’objet du litige et la réparation recherchée—doit avoir été conférée au tribunal expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Un tribunal administratif n’a toutefois pas à être un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour avoir l’autorité nécessaire pour examiner sa loi habilitante à la lumière de la *Charte*. En l’espèce, la question pertinente ne consiste pas à savoir si le tribunal administratif est un «tribunal» au sens du par. 24(1), mais plutôt si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d’interpréter et d’appliquer la *Charte*.

En examinant cette question, il faut d’abord déterminer si le tribunal a compétence à l’égard de l’ensemble de l’affaire qui lui est soumise. La question portait en l’espèce sur la compétence de la Commission à l’égard de l’objet du litige et de la réparation recherchée. L’objet n’était pas simplement une demande d’accréditation, laquelle relevait sans aucun doute de la compétence de la Commission, mais une demande qui exigeait que la Commission examine l’al. 2b) de la Loi à la lumière de la *Charte* afin de déterminer si la demande d’accréditation lui était régulièrement soumise. De la même façon, en raison de la réparation recherchée, soit l’accréditation, la Commission devait refuser de donner effet à l’al. 2b) de la Loi compte tenu de son manque de conformité avec la *Charte*. Puisque l’objet du litige et la réparation supposent l’application de la *Charte*, le pouvoir d’appliquer celle-ci doit se trouver dans la loi habilitante de la Commission.

La Loi confère expressément et sans réserve à la Commission le pouvoir de trancher des questions de droit et celui de trancher des questions de droit et de fait visant sa propre compétence. Ce pouvoir à l’égard des questions de droit peut s’étendre à la question de savoir si une loi viole la *Charte*. La Commission était donc habilitée à statuer sur la constitutionnalité de l’al. 2b) de sa loi habilitante, dans le cadre de la demande d’accréditation du syndicat.

The jurisdiction of the Board is limited in at least one crucial respect: it can expect no curial deference with respect to constitutional decisions. Further, a formal declaration of invalidity is not a remedy which is available to the Board. Instead, the Board simply treats any impugned provision as invalid for the purposes of the matter before it. Given that this is not tantamount to a formal declaration of invalidity, which is a remedy exercisable only by the superior courts, the ruling of the Board on a *Charter* issue does not constitute a binding legal precedent but is limited in its applicability to the matter in which it arises.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.:* The reasons of La Forest J. were concurred with subject to the qualification that the absence of legislative authority to deal with the *Charter* issue in the governing statute is not necessarily determinative of a tribunal's jurisdiction, since the authority and obligation to apply the law may be grounded elsewhere.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *The Queen v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031.

By Wilson J.

**Referred to:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(d), 15, 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

La compétence de la Commission est restreinte au moins sur un point essentiel: elle ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en matière constitutionnelle. En outre, une déclaration formelle d'invalidité n'est pas une réparation qui s'offre à la Commission. Celle-ci considère plutôt simplement comme invalide la disposition contestée, aux fins de l'affaire dont elle est saisie. Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission à l'égard d'une question relative à la *Charte* ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé:* Il est souscrit aux motifs du juge La Forest, avec toutefois la réserve suivante: l'absence d'autorisation d'examiner la question relative à la *Charte* dans la loi habilitante n'est pas nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal puisque le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit peuvent se trouver ailleurs.

#### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêt considéré:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *The Queen v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346; *Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Citée par le juge Wilson

**Arrêts mentionnés:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 15, 24(1).  
*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212.

*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212.

*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 179, 62 D.L.R. (4th) 125, 35 O.A.C. 94, 44 C.R.R. 75, 89 C.L.L.C. ¶14,051, 39 Admin. L.R. 48, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1988), 66 O.R. (2d) 284, 32 O.A.C. 7, 88 C.L.L.C. ¶14,053, 33 Admin. L.R. 304, dismissing an appeal from a judgment of the Ontario Labour Relations Board. Appeal dismissed.

*George W. Adams, Q.C., Patrick E. HuOrley and Ralph N. Nero*, for the appellant.

*Stephen T. Goudge, Q.C., and Christopher M. Dasios*, for the respondent Ontario Labour Relations Board.

*Douglas J. Wray*, for the respondent United Food and Commercial Workers International Union, Local 175.

*Gaspard Côté, Q.C., and Carole Bureau*, for the interveners Canada Employment and Immigration Commission and the Attorney General of Canada.

*Robert E. Charney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Robert G. Richards and Ross MacNab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Jean-Guy Ouellet and Gilbert Nadon*, for the intervener Marcelle Tétreault-Gadoury.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal concerns the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board to determine the constitutionality of a provision of its enabling statute, the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, in the course of proceedings before it.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2(b), 106(1), 124.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 179, 62 D.L.R. (4th) 125, 35 O.A.C. 94, 44 C.R.R. 75, 89 C.L.L.C. ¶14,051, 39 Admin. L.R. 48, qui a rejeté un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (1988), 66 O.R. (2d) 284, 32 O.A.C. 7, 88 C.L.L.C. ¶14,053, 33 Admin. L.R. 304, qui avait rejeté un appel contre une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

*George W. Adams, c.r., Patrick E. Hurley et Ralph N. Nero*, pour l'appelante.

*Stephen T. Goudge, c.r., et Christopher M. Dasios*, pour l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario.

*Douglas J. Wray*, pour l'intimée l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175.

*Gaspard Côté, c.r., et Carole Bureau*, pour les intervenantes la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et le procureur général du Canada.

*Robert E. Charney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Robert G. Richards et Ross MacNab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Jean-Guy Ouellet et Gilbert Nadon*, pour l'intervenante Marcelle Tétreault-Gadoury.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi porte sur la compétence de la Commission des relations de travail de l'Ontario de décider de la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante, la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, dans le cadre d'une procédure dont elle est saisie.

Facts

In April 1987, the United Food and Commercial Workers International Union, Local 175, filed an application for certification before the Ontario Labour Relations Board (OLRB) relating to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Limited. Section 2(b) of the *Labour Relations Act* states that the Act does not apply "to a person employed in agriculture". On filing the application, the Union gave notice that, if the employees were found to be agricultural employees, it would request the Board to hold s. 2(b) invalid as being contrary to ss. 2(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The position of Cuddy Chicks was that the employees in question were agricultural employees.

Prior to the commencement of the hearing into this matter, Cuddy Chicks disputed the jurisdiction of the Board to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. At that point, in February 1988, a separate hearing was convened to determine whether the panel had jurisdiction to entertain the *Charter* issues raised by the Union. The decision of this second panel was reserved. The hearing by the first panel proceeded in March and April 1988. At the conclusion of this hearing, the panel unanimously held that the employees at the Cuddy Chicks hatchery were employed in agriculture, and therefore the Act did not apply. A majority of the panel then held that the Board had jurisdiction to rule on the *Charter* issue because, in the majority's view, the Board is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and because s. 52 of the *Constitution Act, 1982* imposes an obligation on the Board to ensure that the law it applies is consistent with the supreme law of Canada. Under s. 106(1) of the Act, the Board has jurisdiction to decide questions of law relevant to the proceedings before it:

**106.—(1)** The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision

Les faits

En avril 1987, l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175, a déposé une demande d'accréditation devant la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO) relativement aux employés du couvoir de Cuddy Chicks Limited. L'alinéa 2b) de la *Loi sur les relations de travail* précise que la Loi ne s'applique pas «à la personne qui est employée à l'agriculture». En déposant la demande, le syndicat a donné avis que si l'on jugeait que les employés étaient des ouvriers agricoles, il demanderait à la Commission de déclarer l'al. 2b) invalide parce que contraire à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon Cuddy Chicks, les employés en question étaient des ouvriers agricoles.

Avant l'audition de la question, Cuddy Chicks a contesté la compétence de la Commission de se prononcer sur la conformité de sa loi habilitante avec les dispositions de la *Charte*. À ce moment, en février 1988, une audience distincte a été convoquée afin de déterminer si la formation de la Commission était habilitée à être saisie des questions relatives à la *Charte* soulevées par le syndicat. La décision de cette seconde formation a été mise en délibéré. L'audience devant la première formation s'est déroulée en mars et avril 1988. À la conclusion de cette audience, la formation a conclu à l'unanimité que les employés du couvoir Cuddy Chicks étaient employés à l'agriculture, et que par conséquent la Loi ne s'appliquait pas. La formation a ensuite conclu à la majorité que la Commission avait la compétence nécessaire pour se prononcer sur la question relative à la *Charte* parce que, à son avis, la Commission est un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*, et parce que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose à la Commission l'obligation de s'assurer que la loi qu'elle applique est conforme à la loi suprême du Canada. Selon le par. 106(1) de la Loi, la Commission a compétence pour trancher les questions de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise:

**106 (1)** La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'oc-

of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

### Judicial History

#### *Divisional Court*

The Divisional Court held that the Board had jurisdiction to deal with the *Charter* issue, on three grounds. First, the Board was a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, since it had jurisdiction over the parties, subject matter and remedy and thus met the test set out in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. Second, it had jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The court noted that prior to the *Charter*, labour boards were held competent to determine constitutional questions, such decisions being subject always to judicial review. The third basis on which the court found jurisdiction in the Board was the common law duty of labour boards to construe external statutes in the course of rendering decisions on labour matters before them.

*Court of Appeal* (Grange, Finlayson and McKinlay JJ.A.) (1989), 70 O.R. (2d) 179

A majority of the Court of Appeal (Grange and McKinlay JJ.A.) held that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* conferred jurisdiction on the Board to decide the constitutionality of its enabling statute. In construing the *Charter* in favour of the Union in the present case, the Board would not be issuing a declaration of invalidity, but merely including agricultural workers within its broad jurisdiction under the Act to certify unions. Accordingly, a remedy was available in the ordinary course of proceedings, and resort to s. 24 of the *Charter* was unnecessary. It was also

casation d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

### L'historique judiciaire

#### *Cour divisionnaire*

La Cour divisionnaire a conclu que la Commission avait compétence pour trancher la question ayant trait à la *Charte* pour trois motifs. Premièrement, la Commission est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*, puisqu'elle a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée, et que par conséquent elle respecte les conditions énoncées dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Deuxièmement, elle est habilitée à se prononcer sur des questions relatives à la *Charte* en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La cour a souligné qu'avant l'avènement de la *Charte*, les commissions des relations du travail étaient considérées compétentes à se prononcer sur des questions constitutionnelles, leurs décisions étant toujours susceptibles de contrôle judiciaire. Le troisième motif pour lequel la cour a conclu à la compétence de la Commission tient à l'obligation imposée par la common law aux commissions des relations du travail d'interpréter des lois externes lorsqu'elles ont à se prononcer en matière de conflit de travail.

*La Cour d'appel* (les juges Grange, Finlayson et McKinlay) (1989), 70 O.R. (2d) 179

La Cour d'appel à la majorité (les juges Grange et McKinlay) a statué que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférerait à la Commission la compétence nécessaire pour décider de la constitutionnalité de sa loi habilitante. En interprétant la *Charte* de façon favorable au syndicat en l'espèce, la Commission ne prononcerait pas une déclaration d'invalidité; tout au plus ferait-elle relever les ouvriers agricoles de la compétence générale que lui accorde la Loi en matière d'accréditation des syndicats. Par conséquent, une réparation s'offrait dans le cours ordinaire des procédures, et le recours à l'art. 24 de la *Charte* était inutile. Il était aussi inutile



unnecessary to address the issue of common law duty.

Finlayson J.A. in dissent held that the Board was not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. While it had jurisdiction over the union and employer, as well as the remedy of certification, once the Board determined that the employees at the Cuddy Chicks hatchery were agricultural employees, it had no jurisdiction over the subject matter of the application and exhausted its jurisdictional competence. McKinlay J.A. agreed that the Board was not a court of competent jurisdiction, although in her view, it was unnecessary to decide that issue.

As to whether s. 52 of the *Constitution Act, 1982* alone confers authority on the Board to apply the *Charter*, Finlayson J.A. held that although that provision does give the Board the authority to apply the *Charter*, it does not give it jurisdiction to strike down, ignore or treat as inoperative any provision of its enabling statute by reference to the *Charter*.

Following its unsuccessful appeals in the Ontario courts, Cuddy Chicks obtained leave to appeal to this Court. Interventions were filed by the Attorneys General for Ontario and Saskatchewan. In addition, the parties to *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, an appeal which originally was to be heard together with the present appeal, were permitted to intervene by order of the Chief Justice.

#### Issues.

The issues as framed by the parties are as follows:

1. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that s. 52 of the *Constitution Act, 1982* conferred the right and duty on an administrative agency such as the OLRB to decide the constitutional validity of its enabling statute?

d'examiner la question de l'obligation imposée par la common law.

Le juge Finlayson, dissident, a conclu que la Commission n'était pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Bien qu'elle ait eu compétence à l'égard du syndicat et de l'employeur ainsi qu'à l'égard de la réparation, c'est-à-dire de l'accréditation, dès lors que la Commission avait déterminé que les employés du couvoir Cuddy Chicks étaient des ouvriers agricoles, elle n'avait pas compétence à l'égard de l'objet de la demande et elle se trouvait avoir épuisé sa compétence. Le juge McKinlay a convenu que la Commission n'était pas un tribunal compétent, bien qu'à son avis, il était inutile de trancher cette question.

Quant à la question de savoir si l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à lui seul confère à la Commission la compétence nécessaire pour appliquer la *Charte*, le juge Finlayson a statué que, même si cette disposition donne effectivement à la Commission le pouvoir d'appliquer la *Charte*, elle ne l'habilite pas à invoquer la *Charte* pour annuler, écarter ou considérer comme inopérante une disposition de sa loi habilitante.

Après avoir été déboutée de ses appels par les cours de l'Ontario, Cuddy Chicks a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Les procureurs généraux de l'Ontario et de la Saskatchewan sont intervenus. De plus, les parties dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 S.C.R. 22, un pourvoi qui devait à l'origine être entendu en même temps que le présent pourvoi, ont été autorisées à intervenir par ordre du Juge en chef.

#### Les questions en litige

Les questions en litige sont exposées comme suit par les parties:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait à un organisme administratif tel que la CRTO le droit et l'obligation de décider de la validité constitutionnelle de sa loi habilitante?

2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the OLRB has the jurisdiction to decide the constitutional validity of s. 2(b) of its enabling statute by applying the *Charter* as part of a duty it has to consider statutes bearing on proceedings before it? <sup>a</sup>
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que la CRTO avait compétence pour décider de la validité constitutionnelle de l'al. 2b) de sa loi habilitante en appliquant la *Charte* dans le cadre de l'obligation qui lui est faite d'examiner les lois ayant une incidence sur les procédures dont elle est saisie?
3. Was the Ontario Court of Appeal correct in holding that the OLRB was not a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter*? <sup>b</sup>
3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la CRTO n'était pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*?

### Discussion

The essential issue before this Court is whether and on what basis the Board has jurisdiction to determine the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*, its enabling statute. This Court was not called upon to decide the substantive issue of whether s. 2(b) of the Act violates the *Charter*. <sup>c</sup>

The power of an administrative tribunal to consider *Charter* issues was addressed recently by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. That case concerned the jurisdiction of an arbitration board, appointed by the parties under a collective agreement in conjunction with the British Columbia *Labour Code*, to determine the constitutionality of a mandatory retirement provision in the collective agreement. In ruling that the arbitrator did have such jurisdiction, this Court articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. This conclusion ensues from the principle of supremacy of the Constitution, which is confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*: <sup>e</sup>

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. <sup>i</sup>

Distilled to its basics, the rationale for recognizing jurisdiction in the arbitrator in the *Douglas College* case is that the Constitution, as the supreme law, <sup>j</sup>

### Analyse

The question essentielle dont est saisie notre Cour consiste à savoir si la Commission a compétence pour décider de la validité constitutionnelle de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*, sa loi habilitante et, si tel est le cas, en vertu de quoi. Notre Cour n'a pas été appelée à se prononcer sur la question de fond consistant à savoir si l'al. 2b) de la *Loi* viole la *Charte*.

Notre Cour a récemment étudié, dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, le pouvoir des tribunaux administratifs d'examiner les questions relatives à la *Charte*. Cette affaire portait sur la compétence d'un conseil d'arbitrage, nommé par les parties en vertu d'une convention collective et conformément au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de la convention collective visant la retraite obligatoire. En statuant que l'arbitre avait la compétence voulue, notre Cour a énoncé le principe fondamental selon lequel le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. Cette conclusion découle du principe de la primauté de la Constitution, qui est confirmé par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: <sup>f</sup>

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. <sup>g</sup>

Réduite à ses éléments essentiels, la raison pour laquelle on a décidé, dans l'arrêt *Douglas College*, que l'arbitre avait compétence, est que la Constitu-

must be respected by an administrative tribunal called upon to interpret law. In addition, the practical advantages of having constitutional issues decided at first instance by an expert tribunal confirm if not compel this conclusion. Practical considerations were canvassed at length in *Douglas College* and I need not repeat that discussion here. I would simply note the relevance of such considerations to the determination of whether, in the end, it makes sense for an administrative tribunal to decide whether a particular law is invalid because it violates the *Charter*.

It is essential to appreciate that s. 52(1) does not function as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. Section 52(1) affirms in explicit language the supremacy of the Constitution but is silent on the jurisdictional point *per se*. In other words, s. 52(1) does not specify which bodies may consider and rule on *Charter* questions, and cannot be said to confer jurisdiction on an administrative tribunal. Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought. While this analytical framework mirrors the requirements for a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* as outlined in *Mills v. The Queen, supra*, as was the case in *Douglas College*, it is unnecessary to have recourse to s. 24(1) to determine whether the Board has jurisdiction over *Charter* issues. An administrative tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction in s. 24(1) of the *Charter* in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. In the present case, the relevant inquiry is not whether the tribunal is a "court" but whether the legislature intended to

tion, en sa qualité de loi suprême, doit être respectée par les tribunaux administratifs appelés à interpréter la loi. De plus, les avantages pratiques qu'il y a à faire décider des questions constitutionnelles en première instance par des tribunaux spécialisés confirment sinon imposent cette conclusion. L'arrêt *Douglas College* a longuement passé en revue les considérations d'ordre pratique, et je n'ai pas à répéter ici cette étude. Je me contenterai de souligner la pertinence de ces considérations lorsqu'il s'agit de déterminer si, en définitive, il est logique qu'un tribunal administratif décide si une loi particulière est invalide parce qu'elle viole la *Charte*.

Il est essentiel de se rendre compte que le par. 52(1) ne fournit pas aux tribunaux administratifs une source distincte de compétence à l'égard des questions constitutionnelles. En effet le par. 52(1), s'il affirme de façon explicite la primauté de la Constitution, reste silencieux sur la question de compétence comme telle. En d'autres termes, le par. 52(1) ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la *Charte* et statuer à leur égard, et on ne peut dire qu'il confère compétence aux tribunaux administratifs. La compétence du tribunal, doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée. Bien que cette perspective analytique reflète les conditions nécessaires à l'existence d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* telles qu'elles sont exposées dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, il n'est pas nécessaire, tout comme dans l'arrêt *Douglas College*, d'avoir recours au par. 24(1) pour déterminer si la Commission a compétence à l'égard des questions ayant trait à la *Charte*. Un tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante à la lumière de la *Charte*. En l'espèce, la question pertinente ne consiste pas à savoir si le tribunal administratif est un

confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*.

#### *Application to this Case*

It first must be determined whether the Board has jurisdiction over the whole of the matter before it. It is clear that it has jurisdiction over the employer and the union. The issue here centres on its jurisdiction over the subject matter and remedy. The subject matter before the Board cannot be characterized simply as an application for certification, which would certainly fall within the authority of the Board. This is an application which requires the Board to subject s. 2(b) of the Act to *Charter* scrutiny in order to determine whether the application for certification is properly before it. Similarly, the remedy of certification requires the Board to refuse to give effect to s. 2(b) of the Act because of inconsistency with the *Charter*. Since the subject matter and remedy in this case are premised on the application of the *Charter*, the authority to apply the *Charter* must be found in the Board's enabling statute.

Section 106(1) of the *Labour Relations Act* stipulates that the Board has exclusive jurisdiction "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it . . ." The legislature expressly, and without reservation, conferred authority on the Board to decide points of law. In addition, the Act confers powers on the Board to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Section 124, for example, gives it authority to decide if a matter is arbitrable. The issue, then, is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a *Charter* issue must constitute a question of law; indeed, the *Charter* is part of the supreme law of Canada. This comports with the view expressed in *Douglas College* that the statutory authority of the arbitrator in that case to interpret any "Act" must include the authority to interpret the *Charter*. In the result, the Board has the authority to apply the *Charter* and to rule on the constitutionality

«tribunal» au sens du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte*.

#### *a Application à l'espèce*

Il faut d'abord déterminer si la Commission a compétence à l'égard de l'ensemble de l'affaire qui lui est soumise. Il est clair qu'elle a compétence à l'égard de l'employeur et du syndicat. La question porte en l'espèce sur sa compétence à l'égard de l'objet du litige et de la réparation recherchée. L'objet du litige dont la Commission est saisie ne peut être simplement qualifié de demande d'accréditation, laquelle relèverait sans aucun doute de sa compétence. Il s'agit en l'espèce d'une demande qui exige que la Commission examine l'al. 2b) de la Loi à la lumière de la *Charte* afin de déterminer si la demande d'accréditation lui est régulièrement soumise. De la même façon, en raison de la réparation recherchée, soit l'accréditation, la Commission doit refuser de donner effet à l'al. 2b) de la Loi compte tenu de son manque de conformité avec la *Charte*. Puisque l'objet du litige et la réparation en l'espèce supposent l'application de la *Charte*, le pouvoir d'appliquer celle-ci doit se trouver dans la loi habilitante de la Commission.

#### *f*

Le paragraphe 106(1) de la *Loi sur les relations de travail* dit que la Commission a compétence exclusive pour «trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise . . .». Le législateur a expressément, et sans réserve, conféré à la Commission le pouvoir de trancher des questions de droit. En outre, la Loi confère à la Commission le pouvoir de trancher des questions de droit et de fait visant sa propre compétence. L'article 124, par exemple, lui donne le pouvoir de décider si une question peut être soumise à l'arbitrage. Il s'agit alors de déterminer si ce pouvoir à l'égard des questions de droit peut s'étendre à la question de savoir si une loi viole la *Charte*. Il me paraît évident qu'une question concernant la *Charte* est une question de droit; en effet, la *Charte* fait partie de la loi suprême du Canada. Ceci va de pair avec l'opinion exprimée dans l'arrêt *Douglas College* selon laquelle le pouvoir conféré à l'arbitre par la loi d'interpréter toute «loi» devait comprendre celle d'interpréter la

of s. 2(b) of its enabling statute, in the course of the Union's application for certification.

### *Practical Considerations*

The discussion of practical considerations in the *Douglas College* decision entailed an analysis of the institutional characteristics of administrative tribunals, such as their narrow range of expertise and the speed with which they deal with matters, in relation to the fundamental and often complex nature of *Charter* issues. This analysis concerned administrative tribunals in general, and the ultimate conclusion that practical concerns favour the finding of jurisdiction in administrative tribunals holds in the present case. My purpose here is not to rehearse that comprehensive discussion, but simply to identify those considerations which are more pronounced in the particular case of the Board.

The overarching consideration is that labour boards are administrative bodies of a high calibre. The tripartite model which has been adopted almost uniformly across the country combines the values of expertise and broad experience with acceptability and credibility. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36, Dickson J. (as he then was) characterized the particular competence of labour boards as follows:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law; but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context,

*Charte*. La Commission est donc habilitée à appliquer la *Charte* et à statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2b) de sa loi habilitante, dans le cadre de la demande d'accréditation du syndicat.

### <sup>a</sup> *Considérations d'ordre pratique*

L'analyse des considérations d'ordre pratique dans l'arrêt *Douglas College* comportait l'analyse des caractéristiques institutionnelles des tribunaux administratifs, comme leur champ restreint d'expertise et la rapidité avec laquelle ils traitent des questions dont ils sont saisis, par rapport à la nature fondamentale et souvent complexe des questions ayant trait à la *Charte*. Cette analyse visait les tribunaux administratifs en général, et la conclusion finale selon laquelle les considérations d'ordre pratique militent en faveur de l'existence de la compétence des tribunaux administratifs est valable en l'espèce. Mon propos n'est pas ici de reprendre cette analyse globale, mais simplement de relever les considérations qui sont les plus pertinentes dans le cas particulier de la Commission.

La considération primordiale est que les commissions des relations du travail sont des organismes administratifs de haut calibre. Le modèle tripartite qui a été adopté presque uniformément dans tout le pays allie l'expertise et la vaste expérience avec l'acceptabilité et la crédibilité. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236, le juge en chef Dickson (alors juge puîné) a qualifié comme suit la compétence particulière des commission des relations du travail:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la

the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. Therefore, while Board members need not have formal legal training, it remains that they have a very meaningful role to play in the resolution of constitutional issues. The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. This is evidenced clearly by the weight which the judiciary has given the factual record provided by labour boards in division of powers cases; see, for example, *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733.

That having been said, the jurisdiction of the Board is limited in at least one crucial respect: it can expect no curial deference with respect to constitutional decisions. Furthermore, a formal declaration of invalidity is not a remedy which is available to the Board. Instead, the Board simply treats any impugned provision as invalid for the purposes of the matter before it. Given that this is not tantamount to a formal declaration of invalidity, a remedy exercisable only by the superior courts, the ruling of the Board on a *Charter* issue does not constitute a binding legal precedent, but is limited in its applicability to the matter in which it arises.

An additional practical consideration which bears mention here is whether the Attorney General of the province will participate in proceedings before an administrative tribunal. Before the courts, a provision to obtain this participation exists. Finlayson J.A. commented that this sort of participation may be inappropriate in the case of tribunals established by government, but at the same time the lack of participation of the Attorney General unfairly places the burden of defending legislation on the parties. However, the Attorney General for Ontario expressed a willingness to intervene and make submissions in appropriate cases, and has in the past done so before

*Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. Par conséquent, bien que les membres de la Commission n'aient pas à avoir une formation juridique professionnelle, il n'en reste pas moins qu'ils ont à jouer un rôle très significatif dans la détermination de questions constitutionnelles. Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable. On le constate clairement au poids que les juges ont accordé au dossier des faits fournis par les commissions des relations du travail en matière de partage des pouvoirs; voir par exemple l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733.

Cela étant dit, la compétence de la Commission est restreinte au moins sur un point essentiel: elle ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en matière constitutionnelle. En outre, une déclaration formelle d'invalidité n'est pas une réparation qui s'offre à la Commission. Celle-ci considère plutôt simplement comme invalide la disposition contestée, aux fins de l'affaire dont elle est saisie. Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission à l'égard d'une question relative à la *Charte* ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède.

Une autre considération d'ordre pratique qu'il convient de mentionner ici, est la question de savoir si le procureur général de la province participera aux procédures devant un tribunal administratif. Cette participation est prévue dans le cas des cours de justice. Le juge Finlayson a remarqué que cette sorte de participation pourrait être irrégulière dans le cas de tribunaux établis par un gouvernement, mais en même temps la non-participation du procureur général impose injustement aux parties l'obligation de défendre un texte législatif. Cependant, le procureur général de l'Ontario s'est montré prêt à intervenir et à faire des observations dans les cas appropriés, ce

the Board on issues of federalism under the *Constitution Act, 1867*. To the extent that the Attorney General will intervene, the relative disadvantage of administrative tribunals versus courts is lessened.

It is apparent, then, that an expert tribunal of the calibre of the Board can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. In the present case, the experience of the Board is highly relevant to the *Charter* challenge to its enabling statute, particularly at the s. 1 stage where policy concerns prevail. At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*.

This view also makes sense within the larger context of Canadian constitutional jurisprudence. The capacity of labour boards to consider constitutional questions relating to their own jurisdiction has long been recognized. An early expression of this principle is found in *The Queen v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346 (Ont. H.C.), a case which was cited by Estey J. in *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada, supra*, at p. 756, in support of the jurisdictional competence of labour boards in constitutional matters:

McRuer C.J.H.C., in giving judgment, made reference at p. 307 to the limited but important role to be played by the administrative agency in the determination of the constitutional questions:

The Board cannot judicially determine constitutional questions but it has power to entertain an objection to its jurisdiction on constitutional grounds and to have the grounds of the objection stated.

qu'il a d'ailleurs fait dans le passé devant la Commission à l'égard de questions de fédéralisme sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans la mesure où le procureur général interviendra, le désavantage relatif des tribunaux administratifs comparativement aux cours de justice se trouve réduit.

Il est donc évident qu'un tribunal spécialisé du calibre de la Commission peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise. En l'espèce, l'expérience de la Commission est très pertinente dans une contestation de sa loi habilitante fondée sur la *Charte*, particulièrement à l'étape de l'article premier, où prédominent les considérations de principe. En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*.

Ce point de vue s'insère harmonieusement dans le contexte plus général de la jurisprudence constitutionnelle canadienne. En effet, on a depuis longtemps reconnu la capacité des commissions des relations du travail de se prononcer sur les questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence. L'une des premières expressions de ce principe se trouve à l'arrêt *The Queen v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346 (H.C. Ont.), une décision que le juge Estey a citée dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, précité, à la p. 756, à l'appui de la compétence des commissions des relations du travail en matière constitutionnelle:

Dans ses motifs, le juge en chef McRuer de la Haute Cour mentionne à la p. 307 le rôle restreint, mais important, que cet organisme administratif est appelé à jouer dans la détermination de questions constitutionnelles:

[TRADUCTION] Le Conseil ne peut se prononcer comme tribunal sur des questions constitutionnelles, mais il a le pouvoir d'entendre une opposition à sa compétence fondée sur des motifs constitutionnels et d'obtenir une décision sur ces motifs, sous forme d'exposé de cause.

See also *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, and *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031.

What these cases speak to is not only the fundamental nature of the Constitution, but also the legal competence of labour boards and the value of their expertise at the initial stages of complex constitutional deliberations. These practical considerations have compelled the courts to recognize a power, albeit a carefully limited one, in labour tribunals to deal with constitutional issues involving their own jurisdiction. Such considerations are as compelling in the case of *Charter* challenges to a tribunal's enabling statute. Therefore, to extend this "limited but important role" of labour boards to the realm of the *Charter* is simply a natural progression of a well established principle.

#### Disposition

In the application for certification brought by the Union, the Board had jurisdiction over the parties, subject matter and remedy. In the exercise of this jurisdiction, it was required to respect the supremacy of the Constitution as expressed in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and had a duty to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. It is unnecessary to consider whether the Board is a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—In my concurring reasons in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, I agreed with my colleague Justice La Forest that an Arbitration Board appointed by the parties under the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, had jurisdiction, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to determine the *Charter*

Voir aussi les arrêts *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, et *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Ces arrêts traitent non seulement de la nature fondamentale de la Constitution, mais aussi de la compétence décisionnelle des commissions des relations du travail et de la valeur de leur expertise aux étapes initiales de délibérations constitutionnelles complexes. Ces considérations d'ordre pratique ont amené les tribunaux à reconnaître le pouvoir, certes soigneusement restreint, des tribunaux des relations du travail de se prononcer sur des questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence. Ces considérations sont tout aussi contraignantes dans le cas de la contestation, sur le plan de la *Charte*, de la loi habilitante d'un tribunal administratif. Par conséquent, l'extension du «rôle restreint, mais important» des commissions des relations du travail au domaine de la *Charte* n'est que la progression naturelle d'un principe bien établi.

#### Dispositif

En ce qui concerne la demande d'accréditation faite par le syndicat, la Commission avait compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée. Dans l'exercice de cette compétence, elle était tenue de respecter la primauté de la Constitution exprimée au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et elle avait aussi l'obligation de s'interroger sur la conformité de sa loi habilitante à la *Charte*. Il n'est pas nécessaire d'étudier la question de savoir si la Commission est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—Dans mes motifs concordants de l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, j'ai partagé l'opinion de mon collègue le juge La Forest qu'un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu du *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, avait compétence, en application du par. 52(1) de la *Loi constitu-*



issue raised by the grievance and that it was not necessary in that case to determine whether the Board was a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I added the following qualification to my concurrence at pp. 606-7:

I would, however, prefer to leave open the question whether a tribunal may have such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement such as those heavily relied on by my colleague.

In the present appeal my colleague has re-stated the position he took in *Douglas College* that the authority to apply the *Charter* must be found in the tribunal's enabling statute and he has found once again that its jurisdiction is found there, that the broad jurisdiction conferred on the Board by s. 106(1) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, includes the authority to interpret the *Charter*.

In concurring with my colleague in the present appeal I would accordingly wish once again to add the qualification which I added to my concurrence in *Douglas College*. The absence of legislative authority to deal with the *Charter* issue in the governing statute is not, in my view, necessarily determinative of a tribunal's jurisdiction, since the authority and obligation to apply the law may be grounded elsewhere: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. Additionally, it may be necessary to proceed to s. 24(1) of the *Charter* and decide whether, on the basis of the tests set out in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the tribunal is a court of competent jurisdiction to decide a *Charter* issue arising in the context of the relief claimed.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*tionnelle de 1982*, pour se prononcer sur la question relative à la *Charte* soulevée par le grief et qu'il n'était pas nécessaire dans ce pourvoi-là de déterminer si le conseil était un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux pages 606 et 607, j'ai ajouté la réserve suivante à mon opinion concordante:

Je préfère cependant ne pas me prononcer sur la question de savoir si un tribunal peut avoir cette compétence même en l'absence de dispositions précises dans la loi habilitante et dans la convention collective comme celles sur lesquelles mon collègue s'est fortement appuyé.

Dans le présent pourvoi, mon collègue a réitéré la position qu'il avait adoptée dans *Douglas College* selon laquelle le pouvoir d'appliquer la *Charte* doit se trouver dans la loi habilitante du tribunal et il a conclu de nouveau que sa compétence se trouve là et que la vaste compétence conférée à la Commission par la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, comprend le pouvoir d'interpréter la *Charte*.

En partageant l'opinion de mon collègue dans le présent pourvoi, je désire donc encore une fois ajouter la réserve dont j'ai assorti mon opinion concordante dans l'arrêt *Douglas College*. À mon avis, l'absence d'autorisation d'examiner la question relative à la *Charte* dans la loi habilitante n'est pas nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal puisque le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit peuvent se trouver ailleurs: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. De plus, il peut être nécessaire de recourir au par. 24(1) de la *Charte* et de décider si, sur le fondement des critères établis dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le tribunal est un tribunal compétent pour se prononcer sur une question relative à la *Charte* qui se pose dans le contexte du redressement demandé.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Solicitors for the respondent United Food and Commercial Workers International Union, Local 175: Caley & Wray, Toronto.*

*Solicitor for the interveners Canada Employment and Immigration Commission and the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitors for the intervener Marcelle Tétreault-Gadoury: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175: Caley & Wray, Toronto.*

*Procureur des intervenantes la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et le procureur général du Canada: John C. Tait, 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 de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante Marcelle Tétreault-Gadoury: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

**Canada Employment and Immigration Commission, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada** *Appellants*

v.

**Marcelle Tétreault-Gadoury** *Respondent*

and

**Léon Vellone, Rodrigue Deraiche and André Manocchio** *Mis en cause*

and

**Cuddy Chicks Limited** *Intervener*

and

**Ontario Labour Relations Board and United Food and Commercial Workers International Union, Local 175** *Interveners*

INDEXED AS: TÉTREAULT-GADOURY v. CANADA  
(EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 21222.

1991: January 30; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Age discrimination — Person meeting all qualifications for unemployment insurance benefits except for being over age limit — Whether or not age exclusion infringing s. 15 of Charter — If so, whether or not justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31(1), (2), (4).*

*Administrative law — Jurisdiction — Tribunal not expressly given power to consider all relevant law —*

**Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada** *Appellants*

a

c.

**Marcelle Tétreault-Gadoury** *Intimée*

b

et

**Léon Vellone, Rodrigue Deraiche et André Manocchio** *Mis en cause*

c

et

**Cuddy Chicks Limited** *Intervenante*

d

et

**Commission des relations de travail de l'Ontario et Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175** *Intervenants*

e

RÉPERTORIÉ: TÉTREAULT-GADOURY c. CANADA  
(COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

f

N° du greffe: 21222.

1991: 30 janvier; 1991: 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Personne remplissant toutes les conditions pour obtenir des prestations d'assurance-chômage mais dépassant l'âge limite — L'exclusion fondée sur l'âge viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31(1), (2), (4).*

j

*Droit administratif — Compétence — Tribunal n'ayant pas reçu expressément le pouvoir d'examiner*

*Employment Commission making ruling without reference to constitutional arguments — Whether administrative tribunal can apply Charter absent legislative authority to do so.*

*Courts — Federal Court — Jurisdiction — Appeal from Unemployment Insurance Act Board of Referees to Federal Court on constitutional issue by-passing Umpire — Board not expressly given power to consider all relevant law — Umpire having power to consider all relevant law — Whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

The respondent lost her job shortly after her sixty-fifth birthday and applied for unemployment insurance benefits. The Canada Employment and Immigration Commission ruled that she was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits because of her age even though she met all the other conditions under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Respondent was accordingly entitled only to the special lump sum retirement benefit provided for under s. 31 of the Act.

The respondent appealed the Commission's decision to a Board of Referees on the ground that s. 31 of the Act was inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Board upheld the Commission's decision without rendering an opinion on the constitutional question. Rather than appealing to an umpire, as permitted by the Act, the respondent elected to challenge the Board's decision directly in the Federal Court of Appeal. That court found that that provision violated s. 15 of the *Charter* and that the Board of Referees had erred in failing to consider the respondent's *Charter* arguments.

The Canada Employment and Immigration Commission appealed from the decision of the Court of Appeal. At issue here were: (1) whether an administrative tribunal that has not expressly been provided with the power to consider all relevant law may, nonetheless, apply the *Charter*; and (2), whether the former s. 31 of the Act violated s. 15 of the *Charter*. A subsidiary issue was whether the Federal Court of Appeal was entitled to

*toutes les lois pertinentes — Décision de la Commission de l'emploi rendue sans mention des arguments d'ordre constitutionnel — Un tribunal administratif peut-il appliquer la Charte en l'absence d'autorisation législative de le faire.*

*Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Appel d'une décision d'un conseil arbitral constitué en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage sur une question constitutionnelle sans d'abord en appeler devant un juge-arbitre — Le conseil n'a pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Le juge-arbitre a le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — La Cour d'appel fédérale peut-elle examiner la question constitutionnelle si le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28.*

L'intimée a perdu son emploi peu après son soixante-cinquième anniversaire et a demandé des prestations d'assurance-chômage. La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que même si elle remplissait toutes les autres conditions établies par la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, l'intimée n'était plus, en raison de son âge, admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires. Elle n'avait donc droit qu'au versement de la somme forfaitaire à titre de prestation spéciale de retraite prévue à l'art. 31 de la Loi.

L'intimée, soutenant que l'art. 31 de la Loi était incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, a interjeté appel de la décision de la Commission devant un conseil arbitral. Ce conseil a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle. Plutôt que d'interjeter appel devant un juge-arbitre, comme la Loi l'y autorise, l'intimée a choisi d'attaquer la décision du conseil directement en Cour d'appel fédérale. Celle-ci a conclu que cette disposition violait l'art. 15 de la *Charte* et que le conseil arbitral avait commis une erreur en ne considérant pas les arguments d'ordre constitutionnel que l'intimée lui avait soumis.

La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel. Il s'agit ici de savoir: (1) si un tribunal administratif, auquel n'a pas été conféré expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes, peut néanmoins appliquer la *Charte*, et (2) si l'ancien art. 31 de la Loi violait l'art. 15 de la *Charte*. Une question subsidiaire a été soulevée, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait

consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it.

This case did not involve the application of s. 24(1) of the *Charter* and the consequent need for a determination of whether the tribunal is a “court of competent jurisdiction” within the meaning of that section. Respondent did not seek any remedy that would require its invocation. All she sought was that the Board of Referees disregard s. 31 when calculating the benefits that would otherwise be due her under the Act.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, the companion case to this appeal, the Court determined that an administrative body expressly empowered by legislative mandate to interpret or apply any law necessary to reach its findings, has the power to apply the *Charter*.

The *Unemployment Insurance Act, 1971* does not specifically address the issue whether the Board of Referees has jurisdiction to consider all relevant law. This jurisdiction is expressly conferred upon the umpire, to whom an appeal from the Board of Referees may be made. The failure to provide the Board of Referees with a power similar to that given to the umpire was not merely a legislative oversight. The power to interpret law is not one which is lightly conferred upon administrative tribunals.

The Board of Referees, an administrative body similar in institutional and functional terms to the umpire, may well have the practical capability to deal with *Charter* issues. The particular legislative scheme, nevertheless, contemplates that constitutional questions be more appropriately presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

The Board of Referees had jurisdiction over the parties but not over the subject matter and the remedy. The subject matter concerned not simply the determination of the respondent’s eligibility for benefits but also the determination of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*. Similarly, the remedy would have required the Board to disregard s. 31 when awarding the respondent benefits,

examiner la question constitutionnelle dans l’hypothèse où le conseil arbitral n’avait pas lui-même compétence à cet égard.

Le présent pourvoi ne porte pas sur l’application du par. 24(1) de la *Charte* et n’exige donc pas que soit tranchée la question de savoir s’il s’agit d’un «tribunal compétent» au sens de ce paragraphe. L’intimée ne demande aucune réparation qui exigerait qu’on l’invoque. Elle demande simplement que le conseil arbitral fasse abstraction de l’art. 31 dans le calcul des prestations qui lui seraient normalement versées en vertu de la Loi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 et dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, qui fait pendant au présent pourvoi, la Cour a déterminé qu’un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d’interpréter ou d’appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d’appliquer la *Charte*.

La *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* ne contient aucune disposition spécifique quant à la compétence du conseil arbitral d’examiner toute loi pertinente. Cette compétence est expressément conférée au juge-arbitre, devant qui appel peut être interjeté d’une décision du conseil arbitral. Le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d’un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre ne résulte pas d’un simple oubli. Le pouvoir d’interpréter la loi n’est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs.

Le conseil arbitral, un organisme administratif de facture similaire, du point de vue institutionnel et fonctionnel, au juge-arbitre, peut fort bien avoir la capacité pratique de se prononcer sur des questions relatives à la *Charte*. Il découle néanmoins de l’économie particulière de la loi qu’il convient davantage de présenter les questions constitutionnelles au juge-arbitre, en appel, plutôt qu’au conseil lui-même.

Le conseil arbitral avait compétence sur les parties, mais non quant au fond du litige et à la réparation demandée. La question ne consistait pas simplement à déterminer l’admissibilité de l’intimée aux prestations, mais aussi à déterminer si l’art. 31 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* violait l’art. 15 de la *Charte*. De même, la réparation demandée aurait exigé que le conseil fasse abstraction de l’art. 31 pour accorder des pres-

assuming it found s. 31 to be inconsistent with the *Charter*. Such a determination rested within the jurisdiction of the umpire, not the Board of Referees.

Many of the practical advantages associated with allowing administrative tribunals to decide constitutional questions were preserved here, even though jurisdiction to decide *Charter* questions does not rest with the Board. Foremost amongst these is that the Act allows for an appeal to an umpire who does possess such jurisdiction and the applicant therefore has the option of pursuing an avenue outside the regular court process. Another advantage is that the umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with the legislative scheme, that will enable him or her to bring a specialized expertise to bear on the issue.

Section 28(1)(a) of the *Federal Court Act* allows for a direct application to the Court of Appeal to set aside the decision of a federal board on the ground that the board refused to exercise its jurisdiction. Had the respondent chosen to appeal the decision of the Board of Referees to an umpire first, and then to the Federal Court of Appeal, the umpire would have had jurisdiction to determine the constitutional issue. However, one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*, which are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to these bodies for redetermination. Therefore, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court did not have the jurisdiction to make a final determination of the constitutional question. The Court should allow the appeal, solely on the narrow procedural grounds advanced by the appellant. Under the circumstances, however, it was appropriate for the Court to address the constitutional issue here.

The age restriction that existed in s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. It removed persons aged 65 and over from the normal benefit plan and provided them with a single, lump sum retirement benefit in the amount of three times the weekly rate to which they would otherwise be entitled. It permanently deprived respondent of the status of a socially insured person by making her a pensioner of the state, even if she is still looking for a new job. It stigmatized her, regardless of her personal skills and situation, as belonging to the group of persons no longer part of the active population and perpetuated the insidious stereotype that a person

tations à l'intimée, en supposant qu'il ait jugé cet article incompatible avec la *Charte*. Une telle décision relève de la compétence du juge-arbitre, et non de celle du conseil arbitral.

Un grand nombre des avantages d'ordre pratique qu'il y a à permettre aux tribunaux administratifs de statuer sur des questions constitutionnelles sont préservés en l'espèce, même si la compétence de trancher les litiges relatifs à la *Charte* ne ressortit pas au conseil. Le plus important est que la Loi prévoit la possibilité d'un appel devant un juge-arbitre possédant cette compétence et que la requérante a donc un recours autre que le processus judiciaire normal. Un autre avantage est que, grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui permettra de compter sur l'expertise du tribunal.

L'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit la possibilité de demander directement à la Cour d'appel l'annulation de la décision d'un office fédéral au motif que celui-ci a refusé d'exercer sa compétence. Si l'intimée avait d'abord choisi d'interjeter appel contre la décision du conseil arbitral auprès d'un juge-arbitre et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale, le juge-arbitre aurait eu compétence pour trancher la question constitutionnelle. Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lesquels se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsidérer l'affaire. Par conséquent, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour trancher de façon définitive la question constitutionnelle. La Cour devrait accueillir le pourvoi seulement quant aux moyens procéduraux étroits présentés par l'appelante. Toutefois, dans les circonstances, il était approprié que la Cour examine la question de la constitutionnalité en l'espèce.

La restriction fondée sur l'âge que comportait l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte*. Elle excluait les personnes de 65 ans ou plus du régime normal de prestations et leur versait une prestation de retraite sous forme de montant forfaitaire égal à trois fois le taux hebdomadaire auquel ils auraient par ailleurs eu droit. Elle faisait perdre pour toujours à l'intimée le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle était stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus

who is 65 years of age or older cannot be retrained for the labour market.

The age ineligibility restriction was designed to prevent those over the age of 65 from receiving a "double" return of both pension and unemployment benefits, and to prevent abuses of the Act by persons intending to retire. These goals, taken at face value and considered in light of the Act's ultimate purpose of providing members of the active labour force with a measure of economic security while temporarily unemployed met the "objectives test". A further objective was to tailor benefits under the Act to fit in with the scheme of other social programs designed for people over the age of 65. It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. Nevertheless, it is doubtful that the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right.

The law has not been carefully designed to achieve any of these objectives. Section 31 may not even have been rationally connected to these objectives and certainly did not meet the minimal impairment requirement. There was no evidence that those over age 65 abused the Act any more than those in other age groups or that this abuse was any more difficult to detect. The objective of preventing double payment of benefits could have been achieved by simply deducting pension receipts from unemployment benefits. The objective of fitting the Act within the legislative scheme was not furthered by denying benefits to individuals over 65 and that denial was not compensated for by the provisions of other Acts. There was no evidence that the government could not afford to extend benefits to those over 65 or even more significantly, that any of the other Acts attempted to address the problem of sixty-five-year-olds who must keep working because they receive an insufficient pension or no pension at all. Indeed, s. 31 denied unemployment benefits precisely to those who needed them most. Even allowing the government a healthy measure of flexibility, the complete denial of unemployment benefits is not an acceptable method of achieving

partie de la population active et véhiculait le stéréotype insidieux qui veut qu'une personne âgée de 65 ans et plus n'est plus réhabilitable sur le marché du travail.

La restriction touchant l'âge visait à empêcher que les personnes âgées de plus de 65 ans ne reçoivent une double indemnité en touchant à la fois une pension et des prestations d'assurance-chômage, et à éviter les abus de la part de ceux qui ont l'intention de prendre leur retraite. À première vue, et compte tenu de l'objet ultime de la Loi qui est d'assurer aux membres de la main-d'œuvre active une certaine sécurité économique en cas de chômage temporaire, ces objectifs répondent au «critère des objectifs». Un autre objectif est celui d'harmoniser les prestations versées en vertu de la Loi à l'ensemble des autres programmes sociaux conçus pour répondre aux besoins des personnes de plus de 65 ans. Il est juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou même supérieures, en vertu d'une autre loi. Néanmoins, ce n'est pas certain que l'objectif d'harmoniser la Loi avec le régime gouvernemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*.

La loi n'a pas été soigneusement conçue pour atteindre l'un quelconque de ces objectifs. L'article 31 n'avait peut-être même pas de lien rationnel avec ces objectifs et ne respectait certainement pas l'exigence de l'atteinte minimale. Il n'y a aucune preuve démontrant que les personnes âgées de plus de 65 ans abusent davantage de la Loi que celles appartenant à d'autres groupes d'âge, ou encore que cet abus est plus difficile à détecter. L'objectif d'éviter le dédoublement des prestations aurait pu être atteint par la simple déduction des revenus de pension des prestations d'assurance-chômage. L'objectif d'harmoniser la Loi avec le régime législatif n'a pas été assuré par le refus de verser des prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans et ce refus n'a pas été compensé par les dispositions d'autres lois. Aucune donnée n'a été mise en preuve démontrant que le gouvernement ne pouvait pas se permettre d'étendre les prestations aux plus de 65 ans ou, de façon encore plus significative, on n'a pas davantage démontré qu'une autre loi tentait de combler la lacune en visant le problème des personnes de 65 ans qui doivent continuer à travailler parce que leur pension est insuffisante ou qu'elles en sont totalement dépourvues. En réalité, l'art. 31 prive du bénéfice de l'assurance-chômage ceux qui en ont le plus besoin. Même si on reconnaît au gouvernement la possibilité de jouir d'une large souplesse, interdire complètement l'accès aux prestations d'assurance-chômage ne constitue pas une méthode acceptable pour atteindre l'un quelconque des objectifs du gouver-

any of the government objectives. All of them could easily be attained by less intrusive means.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: The reasons of La Forest J. were agreed with subject to certain comments. In general, the mandate given to a board by the legislature will usually be the most salient factor in determining whether the tribunal has the power to decide questions under the *Charter*. The question of what "other factors" might be relevant to the determination of a tribunal's jurisdiction over subject matter, particularly in the absence of other related tribunals established under the same legislation which are permitted to interpret the *Charter*, should be left open. The legislation will not necessarily be determinative of the administrative tribunal's jurisdiction over the constitutional subject matter argued. Where the statute is silent or unclear, there are many "other factors" to be considered when determining whether the constitutional subject matter should properly be considered by an administrative tribunal.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **considered:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **referred to:** *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15(1), 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1).

nement. Chacun d'eux peut facilement être atteint par des moyens moins envahissants.

*Le juge* L'Heureux-Dubé: Il y a accord avec les motifs du juge La Forest sous réserve de certains commentaires. En général, le mandat confié à un organisme par le législateur sera ordinairement le facteur le plus important pour déterminer si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions en vertu de la *Charte*. Il n'y a pas lieu de répondre à la question de savoir quels «autres facteurs» pourraient être pertinents pour déterminer la compétence d'un tribunal sur l'objet d'un litige, particulièrement en l'absence d'autres tribunaux connexes constitués en vertu de la même loi qui auraient compétence pour interpréter la *Charte*. La loi ne sera pas nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal administratif sur la question constitutionnelle en litige. Lorsque le texte de loi est muet ou imprécis, il y a de nombreux «autres facteurs» dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer si la question constitutionnelle peut être examinée par un tribunal administratif.

#### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts appliqués:** *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts examinés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts mentionnés:** *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15(1), 24(1).  
*Code des droits de la personne* (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 19(2).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).



*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(d).

*Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).

*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1).

*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.

*Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 17 (now R.S.C., 1985, c. U-1, s. 6), 18 (now s. 7), 24 (now s. 13), 31(1) (am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 10; S.C. 1976-77, c. 54, s. 39), (2), (4) (later s. 19(1), (2), (4), and since repealed S.C. 1990, c. 40, s. 13), 92(1) (am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 55), 96 (later s. 81), 98 (now s. 82).

*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, ss. 57(2) (am. by SOR/86-58), 70(4) (am. by SOR/82-1046).

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 17 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 6), 18 (maintenant art. 7), 24 (maintenant art. 13), 31(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 10; S.C. 1976-77, ch. 54, art. 39), (2), (4) (plus tard art. 19(1), (2), (4), et abrogé depuis par L.C. 1990, ch. 40, art. 13), 92(1) (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 55), 96 (plus tard art. 81), 98 (maintenant art. 82).

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28(1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52d).

*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.

*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 106(1).

*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, art. 57(2) (mod. par DORS/86-58), 70(4) (mod. par DORS/82-1046).

#### Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. *Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance*. By Claude E. Forget, et al. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.

"Equality Issues in Federal Law: a discussion paper." Ottawa: Dept. of Justice, 1985.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 245, 88 N.R. 6, 53 D.L.R. (4th) 384, [1988] C.L.L.R. ¶ 14,050, 33 Admin. L.R. 244, 23 C.C.E.L. 103, 43 C.R.R. 320, quashing a decision of the board of referees. Appeal allowed.

*Gaspard Côté, Q.C.*, and *Carole Bureau*, for the appellants.

*Jean-Guy Ouellet* and *Gilbert Nadon*, for the respondent.

*George W. Adams, Q.C.*, and *Ralph N. Nero*, for the intervener Cuddy Chicks Limited.

*Stephen T. Goudge, Q.C.*, and *Christopher M. Dasios*, for the intervener the Ontario Labour Relations Board.

#### Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. *Rapport de la commission d'enquête sur l'assurance-chômage*. Par Claude E. Forget et autres. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986.

«Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail.» Ottawa: Ministère de la Justice, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 245, 88 N.R. 6, 53 D.L.R. (4th) 384, [1988] C.L.L.R. ¶ 14,050, 33 Admin. L.R. 244, 23 C.C.E.L. 103, 43 C.R.R. 320, qui a annulé une décision du conseil arbitral. Pourvoi accueilli.

*Gaspard Côté, c.r.*, et *Carole Bureau*, pour les appelants.

*Jean-Guy Ouellet* et *Gilbert Nadon*, pour l'intimée.

*George W. Adams, c.r.*, et *Ralph N. Nero*, pour l'intervenante Cuddy Chicks Limited.

*Stephen T. Goudge, c.r.*, et *Christopher M. Dasios*, pour l'intervenante la Commission des relations de travail de l'Ontario.

*Douglas J. Wray*, for the intervener United Food and Commercial Workers International Union, Local 175.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal, the reasons for which are released concurrently with those in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, is concerned with the constitutional validity of s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (later R.S.C., 1985, c. U-1, s. 19, and since repealed, subsequently referred to as s. 31), under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 31 prohibited the dispensation of ordinary unemployment insurance benefits to applicants over the age of 65.

The appeal also raises the preliminary issue of whether the Board of Referees or an umpire established pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971* has jurisdiction to consider a challenge to the constitutional validity of a section of that Act, and the consequent jurisdiction of the Federal Court of Appeal.

#### Facts

The respondent, Marcelle Tétreault-Gadoury, became 65 on September 8, 1986. Shortly afterwards, on September 19, she lost her job as a co-ordinator with Association-locataires Villeray Inc., a position she had held for approximately six months at a weekly salary of \$301.60. Accordingly, on September 22, 1986, she filed an application for benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. But for her age, the respondent would have been entitled to receive benefits amounting to \$180 a week for a period of several weeks, pursuant to s. 24 of the Act.

On October 14, 1986, the Canada Employment and Immigration Commission ruled that, although the respondent met all the other conditions under the Act, she was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits because of her age. All she was entitled to was the special lump sum retire-

*Douglas J. Wray*, pour l'intervenante l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi, dont les motifs sont déposés en même temps que ceux du pourvoi *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, vise à déterminer la validité constitutionnelle de l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (plus tard L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 19, maintenant abrogé, ci-après appelé l'art. 31), au regard du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 31 interdisait le versement de prestations ordinaires d'assurance-chômage aux requérants âgés de plus de 65 ans.

Le pourvoi soulève également la question préliminaire de savoir si le conseil arbitral ou un juge-arbitre constitué en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* a compétence pour examiner une contestation de la validité constitutionnelle d'un article de cette Loi, et, partant, celle de la compétence de la Cour d'appel fédérale.

#### Les faits

L'intimée Marcelle Tétreault-Gadoury a eu 65 ans le 8 septembre 1986. Peu après, le 19 septembre, elle perdait son emploi d'animatrice à l'Association-locataires Villeray Inc., emploi qu'elle avait occupé pendant environ six mois au salaire hebdomadaire de 301,60 \$. Le 22 septembre 1986, elle a donc déposé une demande de prestations conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. N'eut été son âge, l'intimée aurait eu droit, aux termes de l'art. 24 de la Loi, de recevoir des prestations de 180 \$ par semaine, pendant plusieurs semaines.

Le 14 octobre 1986, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que même si l'intimée remplissait toutes les autres conditions établies par la Loi, elle n'était plus, en raison de son âge, admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires. Elle n'avait droit, en vertu de

ment benefit provided for under s. 31 of the Act, amounting to three weeks of benefits, or \$540.

The respondent appealed the Commission's decision to a Board of Referees on the ground that s. 31 of the Act was inconsistent with the *Charter*. At the hearing, the respondent stated that since turning 65 all she had been receiving was \$481 a month in pension payments, and that she was actively looking for work. She also entered into evidence several documents in support of her *Charter* argument, including minutes of a subcommittee of the House of Commons dealing with mandatory retirement, extracts from the report of the Forget Commission of Inquiry on Unemployment Insurance, and a working paper entitled "Equality Issues in Federal Law" published by the Department of Justice. The Board of Referees upheld the Commission's decision, without rendering an opinion on the constitutional question.

Rather than appealing to an umpire, as permitted by the Act, the respondent elected to challenge the Board's decision directly in the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. The Court of Appeal ruled in favour of the respondent, finding that s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*, and that the Board of Referees had erred in failing to consider the respondent's *Charter* arguments.

Since the decision of the Court of Appeal ([1989] 2 F.C. 245) was rendered on September 23, 1988, s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* has been repealed retroactive to that date: S.C. 1990, c. 40, s. 13. The outcome of this appeal remains significant, however, since the situation of the respondent and those like her, who turned 65 prior to September 23, 1988, has not been affected by the change in legislation.

The Employment and Immigration Commission appeals from the decision of the Court of Appeal.

l'art. 31 de la Loi, qu'au versement d'une somme forfaitaire à titre de prestation spéciale de retraite, équivalant à trois semaines de prestations, ou 540 \$.

<sup>a</sup> L'intimée, soutenant que l'art. 31 de la Loi était incompatible avec la *Charte*, a interjeté appel de la décision de la Commission devant un conseil arbitral. À l'audience, l'intimée a déclaré que depuis l'âge de 65 ans, elle recevait uniquement une pension mensuelle de 481 \$ et qu'elle cherchait activement du travail. Pour étayer sa position relativement à la *Charte*, elle a également mis en preuve plusieurs documents, dont des procès-verbaux d'un sous-comité de la Chambre des communes portant sur la retraite obligatoire, des extraits du rapport de la Commission d'enquête Forget sur l'assurance-chômage ainsi qu'un document de travail intitulé «Les droits à l'égalité et la législation fédérale», publié par le ministère de la Justice. Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle.

<sup>e</sup> Plutôt que d'interjeter appel devant un juge-arbitre, comme la Loi l'y autorise, l'intimée a choisi d'attaquer la décision du conseil directement en Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10. La Cour d'appel a statué en faveur de l'intimée, estimant que l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte* et que le conseil arbitral avait commis une erreur en ne considérant pas les arguments d'ordre constitutionnel que l'intimée lui avait soumis.

<sup>h</sup> Après l'arrêt de la Cour d'appel ([1989] 2 C.F. 245) rendu le 23 septembre 1988, l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* a été abrogé rétroactivement à cette date: S.C. 1990, ch. 40, art. 13. Le résultat du présent pourvoi n'en demeure pas moins important puisque le changement apporté à la Loi n'a pas modifié la situation de l'intimée et de ceux qui, comme elle, ont atteint l'âge de 65 ans avant le 23 septembre 1988.

<sup>j</sup> La Commission de l'emploi et de l'immigration se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Jurisdiction of the Board of Referees

Before proceeding to the substantive issue in this appeal, one must address the preliminary question of whether the Board of Referees established pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971* has jurisdiction to consider the constitutional validity of a section of that Act.

The power of an administrative tribunal to decide questions involving the *Charter* was recently examined by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and it is also addressed in *Cuddy Chicks, supra*, the companion case to this appeal. In both these cases, the Court held that an administrative body, which by virtue of its legislative mandate has expressly been given the power to interpret or apply any law necessary to reaching its findings, has the power to apply the *Charter* to determine that a particular provision of an Act is without force or effect. I do not propose to repeat the analysis that led to this conclusion here.

In this case, for the first time, the Court is faced with the question whether an administrative tribunal that has not expressly been provided with the power to consider all relevant law may, nonetheless, apply the *Charter*. I should point out, however, that like *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, this case does not involve the application of s. 24(1) of the *Charter* and the consequent need for a determination of whether the tribunal is a “court of competent jurisdiction” within the meaning of that section. In particular, the respondent does not seek a formal declaration of the invalidity of s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* or, for that matter, any remedy that would require the invocation of s. 24(1). All she is asking is that the Board of Referees disregard s. 31 when calculating the benefits that would otherwise be due her under the Act. This distinction was properly recognized by Lacombe J. of the Federal Court of Appeal, *supra*, at pp. 254-55, who noted that in the present case it is s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that is being relied upon by the respondent, rather than s. 24(1) of the *Charter*.

Compétence du conseil arbitral

Avant d’aborder la question de fond soulevée dans le présent pourvoi, il importe de trancher la question préliminaire de la compétence du conseil arbitral, établi sous le régime de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, d’examiner la validité constitutionnelle d’un article de cette loi.

Notre Cour a récemment examiné dans l’arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, ainsi que dans l’arrêt *Cuddy Chicks*, précité, qui fait pendant au présent pourvoi, le pouvoir que possède un tribunal administratif de statuer sur des questions portant sur la *Charte*. Dans ces deux arrêts, la Cour a conclu qu’un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d’interpréter ou d’appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d’appliquer la *Charte* pour déclarer inopérante une disposition particulière d’une loi. Je n’ai pas l’intention de reprendre ici l’analyse ayant mené à cette conclusion.

La Cour est saisie, pour la première fois, en l’espèce, de la question de savoir si un tribunal administratif, auquel n’a pas été conféré expressément le pouvoir d’examiner toutes les lois pertinentes, peut néanmoins appliquer la *Charte*. Soulignons, toutefois, qu’à l’instar des arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, le présent pourvoi ne porte pas sur l’application du par. 24(1) de la *Charte* et n’exige donc pas que soit tranchée la question de savoir s’il s’agit d’un «tribunal compétent» au sens de ce paragraphe. Plus précisément, l’intimée ne demande pas une déclaration formelle d’invalidité de l’art. 31 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* ni, d’ailleurs, une réparation qui procéderait du par. 24(1). Elle demande simplement que le conseil arbitral fasse abstraction de l’art. 31 dans le calcul des prestations qui lui seraient normalement versées en vertu de la Loi. Cette distinction a été reconnue à juste titre par le juge Lacombe de la Cour d’appel fédérale, précité, qui a souligné, aux pp. 254 et 255, que c’est le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que l’intimée invoque en l’espèce, et non le par. 24(1) de la *Charte*.

For convenience, I set forth the text of s. 52(1):

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

As I have stressed in both *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, *supra*, s. 52(1) does not, in itself, confer the power to an administrative tribunal to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Rather, the inquiry must begin with an examination of the mandate given to the particular tribunal by the legislature.

Whereas in *Cuddy Chicks*, the Ontario Labour Relations Board was expressly empowered under s. 106(1) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it . . .", the Board of Referees is given no such explicit authority in this case. The express mandate given to a particular tribunal by the legislature will normally be the most important factor in determining whether the tribunal has the power to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Because an administrative tribunal is a creature of the state, it follows that the state should, unless otherwise prohibited, have power to confer upon a tribunal the authority to consider *Charter* issues and, equally, to restrict the tribunal from considering such issues. Therefore, where the legislature has already spoken definitively on the question, that will normally be the end of the inquiry. Where it has not, it will be necessary to examine other factors as well.

In the instant case, although the *Unemployment Insurance Act, 1971* does not specifically address the issue whether the Board of Referees has jurisdiction to consider all relevant law, such jurisdiction is expressly conferred upon the umpire, to whom an appeal from the Board of Referees may be made. Section 96 of the Act (later s. 81), in relevant part, provides that:

96. An umpire may decide any question of law or fact that is necessary for the disposition of any appeal . . . and may dismiss the appeal, give the decision that the board of referees should have given . . . confirm, rescind

Pour plus de commodité, je reproduis le texte du par. 52(1):

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Comme je l'ai souligné dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, le par. 52(1) ne confère pas en soi à un tribunal administratif le pouvoir de déclarer qu'une disposition législative est incompatible avec la *Charte*. Il faut plutôt commencer par examiner le mandat que le législateur a donné à ce tribunal.

Alors que dans l'affaire *Cuddy Chicks* la Commission des relations de travail de l'Ontario était expressément habilitée, en vertu du par. 106(1) de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, à «trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise», le conseil arbitral n'est pas explicitement investi d'un tel pouvoir en l'espèce. Normalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la *Charte*. Un tribunal administratif étant une créature de l'État, il s'ensuit que l'État, sauf s'il en est autrement empêché, devrait avoir le pouvoir de lui conférer l'autorité d'examiner des questions relatives à la *Charte* et, de la même façon, celui de l'empêcher d'examiner de telles questions. Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen. S'il ne l'a pas fait, il faudra aussi examiner d'autres facteurs.

En l'espèce, bien que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ne contienne aucune disposition spécifique quant à la compétence du conseil arbitral d'examiner toute loi pertinente, cette compétence est expressément conférée au juge-arbitre, devant qui appel peut être interjeté d'une décision du conseil arbitral. La partie applicable de l'art. 96 de la Loi (plus tard l'art. 81) dispose:

96. Le juge-arbitre peut trancher toute question de droit ou de fait pour statuer sur un appel interjeté [. . .] il peut rejeter l'appel, rendre la décision que le conseil arbitral aurait dû rendre [. . .] confirmer, infirmer ou

or vary the decision of the board of referees in whole or in part. [Emphasis added.]

Further, as Lacombe J. pointed out, s. 70(4) of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, as am. by SOR/82-1046, which dates from November 26, 1982, specifically contemplates the possibility of an umpire's finding a provision of the Act or regulations unconstitutional: see [1989] 2 F.C. 245, at p. 259. That provision reads:

70. . . .

(4) Where, in respect of a claim for benefit, an umpire has declared a provision of the Act or these Regulations to be *ultra vires* and an application is made by the Commission in accordance with the *Federal Court Act* to review the decision of the umpire, benefits are not payable in respect of any claim for benefit made subsequent to the decision of the umpire until the final determination of the claim under review, where the benefit would not otherwise be payable in respect of any such subsequent claim if the provision had not been declared *ultra vires*.

Taken together, these two provisions provide a strong indication that the legislature intended that the umpire have power to find provisions of the Act or its accompanying regulations inconsistent with the *Charter*. It is significant that the umpire has been expressly provided with this power, while the Board of Referees has not.

The maxim *expressio unius est exclusio alterius*, like all general principles of statutory interpretation, must be applied with caution. However, the power to interpret law is not one which the legislature has conferred lightly upon administrative tribunals, and with good reason. Although curial deference will not be extended to an administrative tribunal's holding on a *Charter* issue, such deference is generally applied to the interpretation of a statute within the tribunal's area of expertise, when the tribunal has been given the power to interpret law. It is unlikely, therefore, that the failure to provide the Board of Referees with a power similar to that given to the umpire was merely a legislative oversight.

It does not necessarily follow, however, that the Board of Referees is without the practical capability

modifier totalement ou partiellement la décision du conseil arbitral. [Je souligne.]

De plus, comme le souligne le juge Lacombe, le par. 70(4) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, modifié par DORS/82-1046, qui date du 26 novembre 1982, prévoit spécifiquement la possibilité qu'un juge-arbitre déclare inconstitutionnelle une disposition de la Loi ou du Règlement: voir [1989] 2 C.F. 245, à la p. 259. En voici la teneur:

70. . . .

(4) Lorsque, dans le cas d'une demande de prestations, le juge-arbitre déclare *ultra vires* une disposition de la Loi ou du présent règlement, et que la Commission demande une révision de la décision du juge-arbitre, conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*, il n'est versé, tant qu'une décision finale n'a pas été rendue à ce sujet, aucune prestation à l'égard des autres demandes de prestations présentées après la décision du juge-arbitre et qui, si ce n'était de cette décision, ne donneraient pas lieu au versement de prestations.

Le rapprochement de ces deux dispositions incline fortement à penser que le législateur voulait que le juge-arbitre ait le pouvoir de déclarer contraires à la *Charte* des dispositions de la Loi ou de son règlement d'application. Il est significatif que ce pouvoir ait été expressément conféré au juge-arbitre, mais non au conseil arbitral.

À l'instar de tous les principes généraux d'interprétation législative, la maxime *expressio unius est exclusio alterius* doit être appliquée avec prudence. Toutefois, et à juste titre, le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs. Bien que le principe de retenue judiciaire ne s'applique pas à la conclusion d'un tribunal administratif sur une question relative à la *Charte*, cette retenue joue généralement quant à l'interprétation d'un texte législatif relevant du champ d'expertise du tribunal lorsque ce dernier a été investi du pouvoir d'interpréter la loi. Il est par conséquent improbable que le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d'un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre résulte d'un simple oubli.

Il ne s'ensuit pas forcément, toutefois, que le conseil arbitral soit dans l'incapacité pratique de se pro-

to deal with *Charter* issues. The Court of Appeal concluded that there was no practical reason for precluding the Board of Referees from resolving the constitutional issue. The administrative scheme set up under the *Unemployment Insurance Act, 1971* is comprised of administrative bodies that cover a broad range of the judicial spectrum. At one end of this spectrum is the Employment and Immigration Commission, which is charged under the Act with, among other things, making all the initial determinations regarding an insured's eligibility, monetary entitlement, benefit period and compliance with the provisions of the Act. To ask the Commission to consider constitutional challenges as well would undoubtedly impede the important process of getting unemployment insurance payments out to the individual applicants as quickly as possible and would frustrate the very purpose of the Act. The careful consideration essential to undertaking an adequate assessment of the constitutional issue is fundamentally at odds with the speedy procedure required to allow the Commission to fulfill the functions it was designed to perform.

At the opposite end of the spectrum is the umpire. Section 92(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 55), provides that umpires are to be appointed from among the judges of the Federal Court. The extensive legal training and experience required of a Federal Court judge ensures that the litigant will receive a capable determination of the constitutional issue. Such a determination would clearly not fall outside the judge's normal area of expertise and, since the umpire is already expected to hear appeals on all relevant questions of law, would not delay the proceedings to an unacceptable degree.

Falling somewhere in between these two bodies is the Board of Referees. In comparing the practical operation of the boards of referees with that of the umpires, the Court of Appeal stated, at p. 258, that "[t]hese judicial or quasi-judicial bodies are similar in institutional and functional terms, though there may be differences between them in the exercise of their jurisdiction".

While this assessment of the comparative expertise or practical capability of the Board may well be cor-

noncer sur des questions relatives à la *Charte*. La Cour d'appel a conclu qu'aucune raison pratique n'empêchait le conseil arbitral de résoudre la question constitutionnelle. Le régime administratif qu'établit la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* se compose d'organismes administratifs couvrant une grande étendue de l'éventail judiciaire. À l'une des extrémités se trouve la Commission de l'emploi et de l'immigration, chargée entre autres de rendre toutes les décisions initiales concernant l'admissibilité de l'assuré, le montant auquel il a droit, la période de prestations et le respect des dispositions de la Loi. Demander en plus à la Commission d'entendre les contestations d'ordre constitutionnel entraverait sans nul doute l'important processus visant à assurer le versement aussi rapide que possible des prestations aux requérants et contreviendrait à l'objet même de la Loi. L'examen attentif que requiert l'analyse de questions constitutionnelles est fondamentalement aux antipodes de la procédure expéditive que doit suivre la Commission afin de remplir les fonctions pour lesquelles elle a été conçue.

À l'extrémité opposée on trouve le juge-arbitre. En vertu du par. 92(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 55), les juges-arbitres sont nommés parmi les juges de la Cour fédérale. La formation et l'expérience juridiques approfondies exigées des juges de cette cour sont, pour le justiciable, le gage que la question constitutionnelle sera tranchée avec compétence. Il est clair que la décision sur une telle question n'excédera pas le champ normal d'expertise du juge et, puisque le juge-arbitre est déjà censé entendre les appels sur toute question de droit pertinente, cela ne retardera pas indûment les procédures.

Quelque part entre ces deux extrémités se trouve le conseil arbitral. Comparant le fonctionnement concret du conseil arbitral à celui des juges-arbitres, la Cour d'appel a déclaré, à la p. 258, qu'«[a]u point de vue institutionnel et fonctionnel, ce sont des organismes judiciaires ou quasi judiciaires de facture similaire, bien qu'il y ait entre eux des variantes quant à l'exercice de leur juridiction».

Bien que cette appréciation comparative de l'expertise et des capacités pratiques du conseil puisse

rect, it cannot outweigh the intention expressed by the legislature to give the power to interpret law to the umpire and not the Board of Referees. In other words, I find that, notwithstanding the practical capability of the Board of Referees, the particular scheme set up by the legislature in the *Unemployment Insurance Act, 1971* contemplates that the constitutional question should more appropriately have been presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

Applying the test set forth in *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, I find that, while the Board of Referees had jurisdiction over the parties in this case, it did not have jurisdiction over the subject matter and the remedy. The subject matter before the Board concerned not simply the determination of the respondent's eligibility for benefits, but also the determination of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*. Similarly, the remedy would have required the Board to disregard s. 31 when awarding the respondent benefits, assuming it found s. 31 to be inconsistent with the *Charter*. As I indicated above, under the legislative scheme described in the Act, such a determination rested within the jurisdiction of the umpire, not the Board of Referees.

#### *Practical Advantages*

In *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, *supra*, I recognized that there are many advantages, from a practical perspective, associated with allowing administrative tribunals to decide constitutional questions. It is important to note that many of these practical advantages are preserved in the present case, even though jurisdiction to decide *Charter* questions does not rest with the Board. Foremost amongst these considerations is the fact that the *Unemployment Insurance Act, 1971* allows for the possibility of appeal to an umpire who does possess such jurisdiction. This is of considerable importance in that it provides an applicant with the option of pursuing an avenue outside the regular court process. As I indicated in *Douglas College*, *supra*, at p. 604, one of the major advantages in allowing a party to challenge the constitutionality of a statute before an administrative body is the relative accessibility such bodies provide

être juste, elle ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral. En d'autres termes, j'estime qu'en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

Appliquant le critère énoncé dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, j'estime que, tout en ayant compétence sur les parties en l'espèce, le conseil arbitral n'avait pas compétence quant au fond du litige et à la réparation demandée. La question dont le conseil était saisi ne consistait pas simplement à déterminer l'admissibilité de l'intimée aux prestations, mais aussi à déterminer si l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte*. De même, la réparation demandée aurait exigé que le conseil fasse abstraction de l'art. 31 pour accorder des prestations à l'intimée, en supposant qu'il ait jugé cet article incompatible avec la *Charte*. Or, comme je l'ai indiqué précédemment, une telle décision relève, d'après l'économie de la Loi, de la compétence du juge-arbitre, et non de celle du conseil arbitral.

#### *Avantages pratiques*

Dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, j'ai reconnu qu'il y a de nombreux avantages, d'un point de vue pratique, à permettre aux tribunaux administratifs de statuer sur des questions constitutionnelles. Il importe de souligner que plusieurs de ces avantages sont préservés en l'espèce, même si la compétence de trancher les litiges relatifs à la *Charte* ne ressortit pas au conseil. Le plus important est que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* prévoit la possibilité d'un appel devant un juge-arbitre possédant cette compétence. Cette possibilité revêt une importance considérable en ce qu'elle donne au requérant un recours autre que le processus judiciaire normal. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Douglas College*, précité, à la p. 604, l'un des principaux avantages que présente la contestation de la constitutionnalité d'une loi devant un organisme administratif est l'accessibilité relative de ces orga-



in comparison with the regular court system. As Lacombe J. notes, *supra*, at p. 258:

So long as the procedure in such [administrative] tribunals presents no obstacle to their doing so, litigants should be able to assert the rights secured by the Charter in the natural forum to which they can apply. . . . These are speedy, inexpensive and readily accessible proceedings, which should be within the immediate reach of the persons for whom they were enacted.

However, where, as here, the legislature has provided the litigant with the possibility of an administrative appeal before a body which has the power to consider the constitutional arguments, the need for a determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly not as great. In such a situation, the advantages of dealing with the constitutional question within the administrative process are still preserved for the litigant.

In addition, another major advantage of having *Charter* issues addressed at the administrative level, that specialized expertise may be brought to bear on the issue, is maintained. The umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with respect to the legislative scheme, that will render his or her contribution to the determination of the constitutional question a valuable one. Furthermore, the nature of the administrative process will not be compromised by the umpire's assumption of jurisdiction over *Charter* issues. In *Douglas College*, I alluded to the fact that there are some situations where giving the tribunal the power to consider constitutional argument would interfere with the relatively low-cost, specialized form of justice the tribunal is designed to give. The sheer volume of cases that some administrative bodies are required to hear would render the determination of constitutional issues highly impractical, if not impossible. The Employment and Immigration Commission is an example of such a body. On the other hand, a tribunal at a higher level of the administrative scheme whose functions can be described as being more adjudicative in nature—that is, which frequently resolves questions of law or fact in accordance with legislative rules or regulations—is likely to be in a better position both to

nismes comparativement au système judiciaire normal. Comme le dit le juge Lacombe, précité, à la p. 258:

<sup>a</sup> Dans la mesure où la procédure devant ces instances [administratives] ne s'y oppose pas, il devrait être loisible aux justiciables d'invoquer les droits garantis par la Charte devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser [. . .] Il s'agit là de procédures expéditives, peu coûteuses et d'accès facile qui devraient être à la portée immédiate des personnes en faveur de qui elles ont été édictées.

<sup>c</sup> Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, le législateur a donné au justiciable la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier ressort n'est manifestement pas aussi grand. En pareil cas en effet, les justiciables jouissent toujours des avantages que présente l'examen de la question constitutionnelle à l'intérieur du processus administratif.

<sup>e</sup> Est également préservé un autre avantage majeur qu'offre l'examen de questions relatives à la *Charte* au niveau administratif, à savoir, celui de pouvoir compter sur l'expertise du tribunal. Grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui rendra précieuse sa contribution à la décision sur la question constitutionnelle. En outre, cette prise en charge par le juge-arbitre de la compétence sur les questions portant sur la *Charte* ne compromettra pas la nature du processus administratif. Dans l'arrêt *Douglas College*, j'ai évoqué le fait que, dans certaines situations, l'attribution du pouvoir de prendre en considération des arguments constitutionnels constituerait une entrave à la justice spécialisée, relativement peu onéreuse, que le tribunal est censé rendre. En raison simplement du nombre considérable d'affaires que certains organismes administratifs doivent entendre, il serait en effet hautement irréaliste, sinon impossible de s'attendre à ce qu'ils puissent se prononcer sur des questions constitutionnelles. La Commission de l'emploi et de l'immigration en est un exemple. Par contre, il est probable qu'un tribunal situé à un niveau plus élevé de la hiérarchie administrative, dont les fonctions seraient davantage de nature juridictionnelle—c'est-à-dire un tribunal fréquemment appelé à résoudre des questions

receive argument on, and to resolve constitutional questions than a tribunal which is engaged primarily in fact finding. The umpire fits within this latter type of tribunal.

### Jurisdiction of the Federal Court of Appeal

The appellant raises a subsidiary issue as to whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it. As I indicated at the outset of this judgment, the present case came to the Federal Court of Appeal by virtue of s. 28(1) of the *Federal Court Act*, without the benefit of a ruling by the umpire. Section 28(1)(a) allows for the possibility of a direct application being made to the Court of Appeal to set aside the decision of a federal board on the ground that the board refused to exercise its jurisdiction.

Had the respondent first appealed the decision of the Board of Referees to an umpire, and then to the Federal Court of Appeal, the umpire would have had jurisdiction to determine the constitutional issue. The respondent, however, chose to bypass the umpire and get a ruling from the Federal Court of Appeal directly.

At the time the respondent raised her constitutional challenge before the Board of Referees, the jurisdiction of the Board to entertain such a challenge presented an unsettled legal question. The temptation to raise this unresolved jurisdictional question before the Court of Appeal directly was understandable. However, one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The powers of the Federal Court of Appeal under that section are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to those bodies for redetermination, with directions when appropriate; see *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(d); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, per Marceau J., at p. 247. I am therefore of the view that, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court had no jurisdic-

de droit ou de fait conformément à des règles législatives ou des règlements—serait mieux en mesure de recevoir des arguments et de trancher des questions constitutionnelles qu'un tribunal appelé avant tout à constater des faits. C'est à ce type de tribunal que correspond le juge-arbitre.

### Compétence de la Cour d'appel fédérale

L'appelante soulève une question subsidiaire, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait examiner la question constitutionnelle dans l'hypothèse où le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard. Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, la présente espèce a été soumise à la Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, sans passer par le juge-arbitre. L'alinéa 28(1)a) prévoit la possibilité de demander directement à la Cour d'appel l'annulation de la décision d'un office fédéral au motif que celui-ci a refusé d'exercer sa compétence.

Si l'intimée avait d'abord interjeté appel contre la décision du conseil arbitral auprès d'un juge-arbitre et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale, le juge-arbitre aurait eu compétence pour trancher la question constitutionnelle. Cependant, l'intimée a choisi de passer outre au juge-arbitre et d'en appeler directement à la Cour d'appel fédérale.

Au moment où l'intimée a soulevé la question constitutionnelle devant le conseil arbitral, la question de la compétence du conseil d'entendre une contestation de ce genre n'était pas réglée. Il est donc compréhensible qu'elle ait été tentée de soulever cette question directement à la Cour d'appel. Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces pouvoirs se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsidérer l'affaire en leur donnant, le cas échéant, les directives appropriées; voir *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, al. 52d); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233, le juge Marceau, à la p. 247. Je suis donc d'avis que, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour

tion to make a final determination of the constitutional question.

I conclude that this Court should allow the appeal, solely on the narrow procedural grounds advanced by the appellant. The respondent may, however, appeal to the umpire under s. 98 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (now s. 82). Any difficulty that may arise out of the time limit set forth in that section may be cured by the umpire in the exercise of the discretion there given to him. This is a case, however, that should be dealt with as economically and expeditiously as possible by all concerned. Under these circumstances, and especially considering that both parties have fully argued the constitutional point both before the Court of Appeal and this Court, it would seem appropriate for the Court to address the substantive issue here. I, therefore, propose to deal with that issue, namely, whether the former s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15 of the *Charter*.

Does s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* Violate s. 15 of the *Charter*?

At this point, it will be helpful to set forth the relevant provisions of s. 31:

**31. (1)** Notwithstanding section 19, a benefit period shall not be established for a claimant if at the time he makes an initial claim for benefit he is sixty-five years of age or over.

(2) An insured person who makes a claim for benefit and proves that he

(a) is sixty-five years of age or over,

(b) has had twenty or more weeks of insurable employment

(i) in the fifty-two week period immediately preceding the week in which he makes the claim, or

(ii) in the period between the commencement date of his last benefit period and the week in which he makes the claim,

whichever period is the shorter, and

trancher de façon définitive la question constitutionnelle.

Je conclus que notre Cour devrait accueillir le pourvoi, seulement quant aux moyens procéduraux étroits présentés par l'appelante. L'intimée peut cependant interjeter appel auprès du juge-arbitre en vertu de l'art. 98 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (maintenant l'art. 82). Le juge-arbitre peut remédier à toute difficulté qui pourrait découler du délai fixé à cet article en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui y est prévu. Il s'agit toutefois en l'espèce d'une affaire que tous les intéressés devraient traiter de façon aussi économique et rapide que possible. Dans ces circonstances, et particulièrement compte tenu du fait que les deux parties ont débattu en fond la question de la constitutionnalité tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, il semble approprié que la Cour examine la question de fond en l'espèce. Je propose donc d'étudier cette question, c'est-à-dire, celle de savoir si l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* viole-t-il l'art. 15 de la *Charte*?

À ce stade-ci, il convient de reproduire les dispositions pertinentes de l'art. 31:

**31. (1)** Nonobstant l'article 19, une période de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire si, au moment où il formule une demande initiale de prestations, il est âgé de soixante-cinq ans ou plus.

(2) Un assuré qui présente une demande de prestations et qui prouve

(a) qu'il est âgé d'au moins soixante-cinq ans,

(b) qu'il a exercé un emploi assurable pendant au moins vingt semaines

(i) pendant la période de cinquante-deux semaines qui précède la semaine où il présente sa demande, ou

(ii) pendant la période comprise entre le début de sa dernière période de prestations et la semaine où il présente sa demande, si cette dernière est plus courte, et

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

(c) has not previously been paid an amount under this subsection as it now reads or as it read before January 1, 1976,

shall, subject to sections 48 and 49, be paid an amount equal to three times the weekly rate of benefit provided under section 24.

(4) Any benefit period established for a claimant under this Part, if not earlier terminated under this Part, terminates at the end of the week in which he attains the age of sixty-five years. [Emphasis added.]

As can be seen, the effect of s. 31 was to remove applicants of age 65 or older from the normal benefit plan, and, provided they met the requirements, to provide them with a single, lump-sum retirement benefit in the amount of three times the weekly rate to which they would otherwise be entitled.

The Court of Appeal unanimously held that this provision violated s. 15(1) of the *Charter*, which states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

There can be little doubt, after this Court's decisions in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, that s. 31 of the Act contravenes s. 15(1).

In *Andrews, supra*, a case which challenged the citizenship requirement for entry into the legal profession in British Columbia, this Court had occasion to address the meaning of the term "discrimination" as employed in s. 15(1). McIntyre J. (dissenting, but on this issue stating the opinion of the Court) stated, at pp. 174-75, that:

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group,

c) qu'il n'a pas déjà perçu une somme en vertu du présent paragraphe (version actuelle ou antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1976),

doit recevoir, sous réserve des articles 48 et 49, un montant égal à trois fois le taux des prestations hebdomadaires applicable en vertu de l'article 24.

(4) Une période de prestations établie au profit d'un prestataire en vertu de la présente Partie se termine à la fin de la semaine où il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou à une date antérieure si la présente Partie le prévoit. [Je souligne.]

Comme on le voit, l'art. 31 avait pour effet d'exclure les requérants âgés de 65 ans ou plus du régime normal de prestations et de leur verser, à condition qu'ils satisfassent aux exigences, une prestation de retraite sous forme de montant forfaitaire égal à trois fois le taux hebdomadaire auquel ils auraient par ailleurs droit.

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que cette disposition violait le par. 15(1) de la *Charte*, lequel dispose:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Il ne saurait faire de doute, après les arrêts de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, que l'art. 31 de la Loi contrevient au par. 15(1).

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, où était contestée l'obligation d'être citoyen pour être admis à l'exercice de la profession juridique en Colombie-Britannique, notre Cour a eu l'occasion de se pencher sur le sens du mot «discrimination» utilisé au par. 15(1). Le juge McIntyre (dissident, mais exprimant l'opinion de la Cour sur ce point) a dit, aux pp. 174 et 175 que:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu

which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities. . . . Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The approach taken in *Andrews* was followed by this Court in *McKinney*, *supra*, where it was held that, assuming university policies constituted government action, mandatory retirement of university faculty members would violate s. 15(1). Although the Court in *McKinney* ultimately upheld these policies, it was on the basis that the universities were not government actors and, more important for present purposes, that in the closed environment of a university, mandatory retirement could be justified under s. 1 of the *Charter*. There can be no doubt that if mandatory retirement provisions violate s. 15(1), then the denial of unemployment benefits to those over age 65 must violate s. 15(1) as well, and justification, if any, must be found under s. 1 of the *Charter*. Both policies make a distinction based upon the same "personal characteristic" attributed to an individual simply because he belongs to the same group of people—namely, that because the individual is over the age of 65, he no longer forms part of the active working population. On this point, I would adopt the language of Lacombe J., *supra*, at p. 268:

The most harmful and singular aspect of section 31 of the Act is that it permanently deprives the applicant, and any other person of her age, of the status of a socially insured person by making her a pensioner of the state, even if she is still looking for a new job. Regardless of her personal skills and situation, she is as it were stigmatized as belonging to the group of persons who are no longer part of the active population. . . . section 31 in its present form perpetuates the same insidious stereotype applied when it was adopted in the *Unemployment Insurance Act, 1971*, namely that a person who is 65 years or older and has been unfortunate enough to lose

ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

La démarche adoptée dans l'arrêt *Andrews* a été suivie par notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, précité, où il a été statué que, dans l'hypothèse où les politiques universitaires constitueraient une action gouvernementale, la retraite obligatoire imposée aux professeurs de l'Université violerait le par. 15(1). Bien que la Cour dans *McKinney* ait finalement confirmé la validité de ces politiques, elle l'a fait au motif que les universités n'étaient pas des intervenants gouvernementaux et, plus important encore pour les fins de la présente espèce, que dans le cadre fermé d'une université, la mise à la retraite obligatoire pourrait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que si les dispositions sur la retraite obligatoire violent le par. 15(1), le refus de verser des prestations d'assurance-chômage aux personnes âgées de plus de 65 ans viole aussi assurément ce paragraphe, la justification de ce refus devant, le cas échéant, être démontrée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les deux politiques établissent une distinction fondée sur la même «caractéristique personnelle» attribuée à un individu du simple fait qu'il appartient au même groupe de personnes, savoir qu'ayant passé l'âge de 65 ans, il ne fait plus partie de la population active. Sur ce point, je ferais mien le passage suivant du juge Lacombe, précité, à la p. 268:

L'aspect le plus néfaste et dérogoire de l'article 31 de la Loi est de faire perdre pour toujours à la requérante, et à toute autre personne de son âge, le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle est pour ainsi dire stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus partie de la population active. [. . .] l'article 31, dans sa forme actuelle, véhicule le même stéréotype insidieux que celui qui a présidé à son adoption dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et qui veut qu'une per-

his job can no longer be retrained for the labour market and must at that point become the complete responsibility of the special social assistance programs of the government . . . .

As in *McKinney, supra*, it was argued here that the policy is not motivated by stereotypical assumptions, but is based upon “administrative, institutional and socio-economic” considerations. In *McKinney*, however, I concluded (at p. 279) that “[t]his is all irrelevant, since as *Andrews v. Law Society of British Columbia* made clear . . . not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination; it also protects from adverse impact discrimination, which is what is in issue here”.

In my view, therefore, the age restriction that formerly existed in s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with s. 15(1).

Does s. 31 Constitute a Reasonable Limit Under s. 1 of the *Charter*?

The general approach to be taken when determining whether a law constitutes a reasonable limit to a *Charter* right is well known, and has been stated by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and many other cases. I will therefore proceed directly to the analysis itself.

*Objectives*

The first question to be asked is whether the objectives of the law are of sufficient importance to warrant overriding the *Charter* right. As Lacombe J. noted (at p. 262, citing *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at pp. 185-86), the aim of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is, and always has been, “to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market”.

sonne, âgée de 65 ans et plus, qui a le malheur de perdre son emploi, n’est plus réhabilitable sur le marché du travail et qu’elle doit, à ce moment, être prise complètement en charge par les programmes spéciaux d’assistance sociale de l’État . . .

Comme dans l’arrêt *McKinney*, précité, on a fait valoir en l’espèce que la politique n’est pas fondée sur des suppositions stéréotypées mais qu’elle résulte de considérations «administratives, institutionnelles et socio-économiques». Dans l’arrêt *McKinney*, toutefois, j’ai conclu, à la p. 279, que «[r]ien de tout cela n’est pertinent, car il ressort clairement [. . .] de l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, ce dont il est question en l’espèce.»

Je suis par conséquent d’avis que la restriction fondée sur l’âge que comportait antérieurement l’art. 31 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* était incompatible avec le par. 15(1).

L’article 31 constitue-t-il une limite raisonnable en vertu de l’article premier de la *Charte*?

La démarche générale qu’il faut suivre pour déterminer si une loi impose une limite raisonnable à un droit garanti par la *Charte* est bien connue et a été énoncée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ainsi que dans de nombreux autres. Je vais donc passer directement à l’analyse elle-même.

*Objectifs*

Il faut se demander d’abord si les objectifs de la loi sont suffisamment importants pour l’emporter sur un droit reconnu par la *Charte*. Comme l’a fait remarquer le juge Lacombe, précité, à la p. 262, citant l’arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, aux pp. 185 et 186, l’objet de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* est, et a toujours été, «d’établir un régime d’assurance sociale aux fins d’indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d’assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail».

While the Act itself dates from 1940, ineligibility for insurance benefits on grounds of age appeared for the first time in the 1971 version of the Act. In that year, individuals who had attained the age of 70 (or 65 in the case of those receiving a pension under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan) were excluded from receiving benefits under the Act. In 1975, the Act was again amended, and the age for ineligibility was lowered to 65 irrespective of entitlement to a pension.

In Lacombe J.'s view, the age ineligibility restriction was essentially designed to fulfill two purposes: first, to prevent those over the age of 65 from receiving a "double" return of both pension and unemployment benefits; and secondly, to prevent the abuse of the Act by those who had already determined to retire from the active labour force. I have little doubt that, having regard to the ultimate purpose of the Act to provide members of the active labour force with a measure of economic security while temporarily unemployed, these goals themselves, when taken at face value, are sufficient to meet the "objectives test".

In addition, the appellant contends that there is a further important objective here that the Court of Appeal has overlooked: to tailor benefits under the Act to fit in with the scheme of other social programs that the government has designed specifically to meet the needs of people over the age of 65.

It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. In other words, one cannot ignore the fact that the economic needs of those over the age of 65 are also addressed in legislative measures such as the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9. Still, I doubt whether the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right. In theory, the government could advance the same rationale to support virtually any piece of legislation that

Bien que la Loi elle-même date de 1940, c'est dans sa version de 1971 qu'est apparue pour la première fois la règle de l'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage en raison de l'âge. Cette année-là, les personnes qui avaient atteint l'âge de 70 ans (ou 65 ans dans le cas de ceux qui recevaient une pension du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec) sont devenues inadmissibles aux prestations versées en vertu de la Loi. En 1975, cette dernière a de nouveau été modifiée et l'âge d'inadmissibilité a été abaissé à 65 ans, indépendamment du droit acquis à une pension.

Selon le juge Lacombe, la restriction touchant l'âge visait essentiellement deux objectifs: en premier lieu, empêcher que les personnes âgées de plus de 65 ans ne reçoivent une double indemnité en touchant à la fois une pension et de l'assurance-chômage; en second lieu, éviter les abus de la part de ceux qui ont déjà décidé de se retirer de la main-d'œuvre active. Compte tenu de l'objet ultime de la Loi qui est d'assurer aux membres de la main-d'œuvre active une certaine sécurité économique en cas de chômage temporaire, je ne doute guère qu'à première vue ces objectifs suffisent en soi à répondre au «critère des objectifs».

L'appelante soutient en outre que la Cour d'appel a négligé de prendre en considération un autre objectif important en l'espèce: celui d'harmoniser les prestations versées en vertu de la Loi à l'ensemble des autres programmes sociaux que le gouvernement a spécifiquement conçus pour répondre aux besoins des personnes de plus de 65 ans.

Il est certes juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou mêmes supérieures, en vertu d'une autre loi. En d'autres termes, on ne peut faire abstraction du fait que des mesures législatives telle la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, visent également à satisfaire les besoins économiques des personnes de plus de 65 ans. Cependant, je ne suis pas certain que l'objectif d'harmoniser la loi avec le régime gouvernemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*. En théorie, le gouvernement pourrait faire valoir la

is challenged. In the end, the impact on the individual or group is what is of primary concern.

Assuming, then, that these are the three objectives of s. 31, it remains to consider whether the means employed by the legislature are proportional to these objectives.

#### *Proportionality*

Normally, the inquiry into proportionality is approached in three stages and asks, first, whether the measures chosen are rationally connected to the objective; second, whether they impair the *Charter* right as little as possible; and, third, whether the measures so severely infringe upon the right that this infringement outweighs the legislature's objective.

Conceding that s. 31 of the Act has three objectives, for the reasons described below, the law has not, in my view, been carefully designed to achieve any of these objectives. While it may be doubted whether s. 31 can be said to be rationally connected to all of these objectives, I prefer to focus on the second requirement, minimal impairment, for that is where the law clearly does not measure up to constitutional standards.

#### *Minimal Impairment*

In *McKinney, supra*, this Court emphasized that, when evaluating legislative measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values, considerable flexibility must be accorded to the government to choose between various alternatives. In such a situation, since the court cannot easily ascertain with certainty whether the least restrictive means have been chosen, it is appropriate to accord the government a measure of deference. Following *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Court found that "the question is whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the gov-

même logique pour appuyer pratiquement toutes les lois contestées. Mais en définitive, c'est l'effet sur l'individu ou le groupe qui doit constituer la première préoccupation.

À supposer, donc, qu'il s'agisse bien des trois objectifs visés par l'art. 31, il reste à déterminer si les moyens qu'a utilisés le législateur sont proportionnels à ces objectifs.

#### *La proportionnalité*

De façon générale, on procède en trois étapes pour évaluer s'il y a proportionnalité: il faut se demander premièrement si les mesures choisies ont un lien rationnel avec l'objectif, deuxièmement, si elles sont de nature à porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*; et troisièmement, si elles empiètent sur le droit au point de supplanter l'objectif du législateur.

En admettant que l'art. 31 vise trois objectifs, j'estime, pour les raisons que j'expose plus loin, que la loi n'a pas été soigneusement conçue pour atteindre l'un quelconque de ces objectifs. Bien que l'on puisse douter de l'existence d'un lien rationnel entre l'art. 31 et chacun des objectifs, je préfère me concentrer sur la deuxième exigence, celle de l'atteinte minimale, car c'est sur ce point que la loi ne répond de toute évidence pas aux normes constitutionnelles.

#### *L'atteinte minimale*

Dans l'arrêt *McKinney*, précité, notre Cour a souligné que lorsqu'il s'agit d'évaluer des mesures législatives qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées, il faut reconnaître au gouvernement une très grande souplesse dans les choix qu'il exerce. En pareil cas en effet, le tribunal ne pouvant facilement déterminer avec certitude si les moyens les moins restrictifs ont été choisis, il convient de faire preuve à l'égard du gouvernement d'une certaine retenue. Suivant l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a conclu dans l'arrêt *McKinney*, précité, à la p. 286, que «la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs



ernment's pressing and substantial objectives": see *McKinney*, *supra*, at p. 286. [Emphasis in original.]

In *McKinney*, the reasonable basis criterion was satisfied, in that the Court found the universities could reasonably have concluded that a system of mandatory retirement at age 65 impaired the appellants' rights as little as possible, given the universities' objectives of permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal, and of preserving academic freedom. The Court there emphasized that, in a closed system with limited resources, the mandatory retirement system permits the universities to maintain a degree of faculty renewal that is crucial to extending the frontiers of knowledge. It also noted that the system permits faculty members to enjoy a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and performance review throughout the bulk of their career.

It should go without saying, however, that the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down. For example, in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, the Ontario Court of Appeal found that s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, which permitted discrimination in athletic organizations and activities on the basis of sex, could not be justified under s. 1. Writing for the majority, Dubin J.A. (as he then was) emphasized (at p. 530) that the sweeping effects of s. 19(2) were disproportionate to the ends sought to be achieved, and that the government had made no effort to justify this broad scope as a reasonable limit on the right to equality.

The challenged legislation in this case is similarly broad in scope, resulting in the curtailment of benefits to any individual who has attained the age of 65, irrespective of economic need or continued membership in the "active" working population. It is against

urgents et réels du gouvernement.» [Souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *McKinney*, le critère du fondement raisonnable était respecté, la Cour ayant jugé que les universités pouvaient raisonnablement conclure que le système de mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans portait le moins possible atteinte aux droits des appelants, compte tenu des objectifs qu'elles poursuivaient, soit favoriser la souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral et préserver la liberté académique. La Cour a souligné que, dans un système fermé aux ressources limitées, la règle de la retraite obligatoire permet aux universités de maintenir un certain niveau de renouvellement dont l'importance est cruciale pour faire reculer les frontières du savoir. Elle a fait également remarquer que le système assure aux professeurs une grande liberté académique avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement pendant la majeure partie de leur carrière.

Il va sans dire, cependant, que la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*. Si le gouvernement ne peut démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale en tentant d'atteindre ses objectifs, la loi sera invalidée. Ainsi, dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* (1981) de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, qui permet la discrimination fondée sur le sexe dans les organisations et les activités sportives, ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Dubin (tel était alors son titre) a souligné, à la p. 530, que la portée très large du par. 19(2) était disproportionnée aux fins poursuivies et que le gouvernement n'avait fait aucun effort pour justifier qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable au droit à l'égalité.

Le texte législatif contesté en l'espèce est d'une portée aussi étendue, entraînant la suppression des prestations pour toute personne qui a atteint l'âge de 65 ans, sans égard au fait qu'elle puisse être économiquement dans le besoin ou qu'elle continue à faire

this background that we must measure the various stated government objectives when determining whether these objectives are achieved in a manner that reasonably could be believed to constitute a minimal impairment of the individual's rights.

The first objective advanced in support of s. 31 is to prevent abuse of the Act by individuals who no longer intend to actively continue looking for work. If this is indeed an objective, no evidence has been put forward to show that those over age 65 abuse the Act any more than those in other age groups, or that this abuse is any more difficult to detect. The burden, of course, rests upon the government to adduce such evidence. The government has not demonstrated why, for example, abuse of the Act could not be prevented through the application of the other provisions of the Act regarding eligibility, which have been designed to ensure that only those who make an active effort to seek work can receive benefits. See, for example, *Unemployment Insurance Act, 1971*, ss. 17 and 18 (now R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 6 and 7).

While the appellant argues that the Act simply takes into account the reality that the majority of people retire at age 65, the Court of Appeal, *supra*, at p. 271, concluded that the evidence adduced by the parties indicates that retirement is related more to financial incentive than to any particular age, and that the rate of retirement does not accelerate appreciably at age 65. I conclude, therefore, that this first objective is not being achieved in a manner which comports with the requirement of minimal impairment.

The second objective put forth in support of s. 31 is to prevent the double payment of benefits that would result from an individual's collecting both pension income and unemployment insurance. As the Court of Appeal points out, however, this objective could have been achieved by simply deducting pension receipts from unemployment benefits, as has been done since January 5, 1986 (*Unemployment Insurance Regulations, SOR/86-58*) under s. 57(2) of the regulations for persons under the age of 65.

partie de la main-d'œuvre «active». C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier les divers objectifs gouvernementaux énoncés pour déterminer si les moyens utilisés pour y parvenir peuvent raisonnablement être considérés comme une atteinte minimale aux droits d'un individu.

Le premier objectif avancé à l'appui de l'art. 31 est d'empêcher que des personnes qui n'ont plus l'intention de continuer à chercher activement du travail n'abusent de la Loi. S'il s'agit effectivement d'un objectif, on n'a présenté aucune preuve démontrant que les personnes âgées de plus de 65 ans abusent davantage de la Loi que celles appartenant à d'autres groupes d'âge, ou encore que cet abus est plus difficile à détecter. C'est naturellement au gouvernement qu'incombe la charge de produire une telle preuve. Or, ce dernier n'a pas démontré pourquoi, par exemple, il ne serait pas possible de prévenir les abus par l'application des autres dispositions de la Loi relatives à l'admissibilité et visant à faire en sorte que seuls ceux qui s'emploient activement à la recherche d'un travail puissent toucher des prestations. Voir par exemple la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, art. 17 et 18 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 6 et 7).

Bien que l'appelante ait soutenu que la Loi tenait simplement compte du fait que la majorité des gens prennent leur retraite à 65 ans, la Cour d'appel, précitée, à la p. 271, a conclu, d'après la preuve présentée par les parties, que la retraite était davantage liée à des incitatifs financiers qu'à un âge en particulier et que le rythme des départs à la retraite n'est pas tellement plus accéléré à 65 ans. J'en viens par conséquent à la conclusion que l'on ne cherche pas à atteindre ce premier objectif d'une manière conforme à l'exigence de l'atteinte minimale.

Le deuxième objectif de l'art. 31 serait d'éviter le dédoublement des prestations qui surviendrait si un individu recevait à la fois un revenu de pension et de l'assurance-chômage. Comme l'a souligné la Cour d'appel, toutefois, cet objectif aurait pu être atteint par la simple déduction des revenus de pension des prestations d'assurance-chômage, comme cela se fait depuis le 5 janvier 1986, en vertu du par. 57(2) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, DORS/86-58, dans le cas des personnes de moins de 65 ans qui

Under s. 57(2), these people continue to remain eligible to collect unemployment benefits. I find, therefore, that s. 31 is not carefully designed to achieve this objective, or at the very least, does not impair the respondent's rights in a minimal way.

The third objective, urged upon this Court by the appellant, is the goal of fitting the Act within the government's particular legislative scheme, which provides alternate benefits to people over the age of 65. The appellant argues that, taken together, these acts make up a rational scheme that takes account of the fact that the majority of people retire at age 65, and provides benefits accordingly.

One must not, however, lose sight of the fact that the overall objective of this particular Act is to provide a temporary sanctuary for those wishing to remain in the active labour force, but who are unable for the moment, to find employment. The inquiry, therefore, should be whether that objective is furthered in any way by denying benefits to individuals over 65, and whether that denial is compensated for by the provisions of other Acts. As Lacombe J. properly notes, *supra*, at p. 272, there was no evidence put forth to show that the government could not afford to extend benefits to those over 65. More significantly, there is also no evidence to show that any of the other Acts attempt to fill the gap by addressing the problem of sixty-five-year-olds who must keep working because their pension is insufficient or because they do not receive a pension at all. The most unfortunate aspect of s. 31 is that it has the effect of denying unemployment benefits precisely to those who need them most. The respondent in this case, who has been living on a pension income of less than \$500 per month, provides a good example. I cannot accept the appellant's suggestion that the needs of the respondent and those in her position are best looked after by this co-ordinated government scheme.

As I indicated at the outset of these reasons, the government has chosen to alter the *Unemployment Insurance Act, 1971* by repealing s. 31, retroactive to the date that the decision of the Federal Court of Appeal in this case was entered, thereby removing

demeurent admissibles aux prestations d'assurance-chômage. J'estime donc que l'art. 31 n'est pas soigneusement conçu pour atteindre cet objectif, ou à tout le moins qu'il ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits de l'intimée.

Le troisième objectif, selon l'appelante, est d'harmoniser la Loi avec le régime législatif particulier du gouvernement qui prévoit le versement d'autres types de prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans. L'appelante soutient que, dans leur ensemble, ces lois forment un système rationnel qui tient compte du fait que la majorité des gens prennent leur retraite à l'âge de 65 ans et qui prévoit le versement de prestations en conséquence.

L'on ne doit pas perdre de vue, cependant, le fait que le premier objectif de cette Loi particulière est de dépanner temporairement les personnes désireuses de rester au sein de la main-d'œuvre active mais qui sont momentanément incapables de trouver un emploi. Il faut donc se demander si l'atteinte de cet objectif est de quelque façon assurée par le refus de verser des prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans et si ce refus est compensé par les dispositions d'autres lois. Comme le juge Lacombe, précité, l'a noté avec raison, à la p. 272, on n'a mis en preuve aucune donnée démontrant que le gouvernement ne pouvait pas se permettre d'étendre les prestations aux plus de 65 ans. De façon plus significative, on n'a pas davantage démontré qu'une autre loi tentait de combler la lacune en visant le problème des personnes de 65 ans qui doivent continuer à travailler parce que leur pension est insuffisante ou qu'elles en sont totalement dépourvues. L'effet le plus malheureux de l'art. 31 est qu'il prive du bénéfice de l'assurance-chômage ceux qui en ont le plus besoin. L'intimée en l'espèce, qui vivait avec un revenu de pension de moins de 500 \$ par mois, en est un bon exemple. Je ne puis accepter l'argument de l'appelante voulant que ce régime gouvernemental combiné réponde ainsi de façon optimale aux besoins de l'intimée et de ceux qui sont dans la même situation.

Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, le gouvernement a choisi de modifier la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* en abrogeant l'art. 31 rétroactivement à la date de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, éliminant par le fait

the age ineligibility restriction from the Act altogether. It is worth noting that this action finally brought the federal government's policy into line with recommendations made by the various government commissions that had studied the effects of the Act, and ultimately called for the abolition of the age requirement: see the Court of Appeal's reasons, at p. 265.

For all of the above reasons, I believe that s. 31 cannot satisfy the requirement of minimal impairment. Even allowing the government a healthy measure of flexibility in legislating in this area, the complete denial of unemployment benefits is not an acceptable method of achieving any of the government objectives set forth above, all of which could easily be attained by less intrusive means.

In my view, therefore, s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*, and is not saved by s. 1.

#### Disposition

I would allow the appeal, solely on the ground that, under the circumstances in which this appeal arose before it, the Federal Court of Appeal did not have the jurisdiction to finally determine that the former s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. The appropriate forum for the adjudication of this constitutional question, the principles governing which are set forth in these reasons, is the umpire.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have read the opinion of my colleague Justice La Forest and I agree with the result he has reached. I am also in substantial agreement with his reasons, although I would like to add one comment.

Justice Wilson, with whom I concurred, qualified her concurring opinions in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and in the case released with this one, *Cuddy*

même la restriction touchant l'inadmissibilité en raison de l'âge. Il importe de souligner que cette mesure a finalement permis d'ajuster la politique du gouvernement fédéral aux recommandations faites par les différentes commissions gouvernementales qui avaient étudié la portée de la Loi et recommandé finalement l'abolition de l'exigence relative à l'âge; voir les motifs de la Cour d'appel, à la p. 265.

Pour tous ces motifs, j'estime que l'art. 31 ne saurait satisfaire à l'exigence de l'atteinte minimale. Tout en reconnaissant au gouvernement la possibilité de jouir d'une large souplesse pour légiférer dans ce domaine, je suis d'avis qu'interdire complètement l'accès aux prestations d'assurance-chômage ne constitue pas une méthode acceptable pour atteindre l'un quelconque des objectifs énoncés précédemment, chacun d'eux pouvant facilement être atteint par des moyens moins envahissants.

À mon avis, l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte* et il n'est pas sauvegardé par l'article premier.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi au seul motif que, dans les circonstances dans lesquelles elle a été saisie de l'appel, la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence pour déterminer de façon définitive que l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte*. La juridiction appropriée pour juger de cette question constitutionnelle, selon les principes énoncés dans les présents motifs, est le juge-arbitre.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai lu l'opinion de mon collègue le juge La Forest et je suis d'accord avec sa conclusion. Je suis aussi substantiellement d'accord avec ses motifs, sous réserve du commentaire suivant.

Le juge Wilson, dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (à l'opinion de laquelle j'ai souscrit) et dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des*

*Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, to leave one question open. In *Douglas College*, she concurred with La Forest J. but with the following comment at pp. 606-7:

I would, however, prefer to leave open the question whether a tribunal may have such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement such as those heavily relied on by [La Forest J.].

In *Cuddy Chicks*, Wilson J. remarks at p. 20:

The absence of legislative authority to deal with the *Charter* issue in the governing statute is not, in my view, necessarily determinative of a tribunal's jurisdiction, since the authority and obligation to apply the law may be grounded elsewhere: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

The present case concerns the Board of Referees established under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, (now R.S.C., 1985, c. U-1) ("the Act"). As La Forest J. observes at p. 32 of his reasons, the Board of Referees is an administrative tribunal whose legal jurisdiction is not specifically articulated in the Act. I agree with him that, in general, the mandate given to a board by the legislature will usually be the most salient factor in determining whether the tribunal has the power to decide questions under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleague concludes on this point (at p. 32):

Therefore, where the legislature has already spoken definitively on the question, that will normally be the end of the inquiry. Where it has not, it will be necessary to examine other factors as well.

I agree with this statement. At the same time, however, I would like to leave explicitly open the question of what "other factors" might be relevant to the determination of a tribunal's jurisdiction over subject matter, particularly in the absence of other related tribunals established under the same legislation which are permitted to interpret the *Charter*. Like

*relations de travail*), [1991] 2 R.C.S. 5, rendu en même temps que le présent pourvoi, a préféré laissé ouverte la réponse à l'une des questions. Dans l'arrêt *Douglas College*, elle a souscrit à l'opinion du juge La Forest, mais elle a ajouté le commentaire suivant, aux pp. 606 et 607:

Je préfère cependant ne pas me prononcer sur la question de savoir si un tribunal peut avoir cette compétence même en l'absence de dispositions précises dans la loi habilitante et dans la convention collective comme celles sur lesquelles [le juge La Forest] s'est fortement appuyé.

Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, le juge Wilson note, à la p. 20:

À mon avis, l'absence d'autorisation d'examiner la question relative à la *Charte* dans la loi habilitante n'est pas nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal puisque le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit peuvent se trouver ailleurs: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Le présent pourvoi porte sur un conseil arbitral établi en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1), ci-après appelée «la loi». Comme le juge La Forest le signale à la p. 32 de ses motifs, le conseil arbitral est un tribunal administratif dont la compétence légale n'est pas spécifiquement précisée dans la Loi. Je partage son opinion que, en général, le mandat confié à un organisme par le législateur sera ordinairement le facteur le plus important pour déterminer si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mon collègue conclut sur ce point (à la p. 32):

Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen. S'il ne l'a pas fait, il faudra aussi examiner d'autres facteurs.

Je suis d'accord avec cette affirmation. En même temps, cependant, je tiens à souligner expressément que je ne réponds pas à la question de savoir quels «autres facteurs» pourraient être pertinents pour déterminer la compétence d'un tribunal sur l'objet d'un litige, particulièrement en l'absence d'autres tribunaux connexes constitués en vertu de la même loi

Wilson J., I do not believe that the legislation will necessarily be determinative of the administrative tribunal's jurisdiction over the constitutional subject matter argued. Where the statute is silent or unclear, there are many "other factors" to be considered when determining whether the constitutional subject matter should properly be considered by an administrative tribunal. Among the possibilities, as Wilson J. notes, would be an approach similar to that taken by this Court in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. These "other factors" may be taken up in an appropriate case.

Subject to these comments, I agree with La Forest J. and would allow the appeal as he proposes.

*Appeal allowed.*

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

*Solicitors for the respondent: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Cuddy Chicks Limited: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Labour Relations Board: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener United Food and Commercial Workers International Union, Local 175: Caley & Wray, Toronto.*

qui auraient compétence pour interpréter la *Charte*. Comme le juge Wilson, je ne crois pas que la loi sera nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal administratif sur la question constitutionnelle en litige. Lorsque le texte de loi est muet ou imprécis, il y a de nombreux «autres facteurs» dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer si la question constitutionnelle peut être examinée par un tribunal administratif. Entre autres possibilités, comme le signale le juge Wilson, une approche semblable à celle adoptée par notre Cour dans l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517 pourrait être envisagée. Ces «autres facteurs» pourraient faire l'objet d'un examen dans un cas qui s'y prête.

Sous réserve de ce commentaire, je suis d'accord avec le juge La Forest et j'accueillerais l'appel comme il le propose.

*Pourvoi accueilli.*

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

*Procureurs de l'intimée: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Cuddy Chicks Limited: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des relations de travail de l'Ontario: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175: Caley & Wray, Toronto.*

**Travellers Indemnity Company of  
Canada** *Appellant*

v.

**Andrew Clifford Maracle, Jr.** *Respondent*

INDEXED AS: MARACLE v. TRAVELLERS INDEMNITY CO.  
OF CANADA

File No.: 21725.

1991: February 28; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Insurance — Limitation periods — Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence — Whether insurer admitted liability — Whether insurer promised not to rely on limitation period.*

*Limitation of actions — Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence.*

Respondent's commercial building was destroyed by fire. The insurer admitted liability for the full amount of the coverage for equipment and stock, and paid this amount into court after it learned of third party claims, but no agreement was reached on the amount for the building. The insurer later wrote respondent offering to settle the building claim as well, and to pay the amount offered into court, "without prejudice" to the insurer's liability. Respondent did not reply to this letter, but shortly after the one-year limitation period had expired, issued a statement of claim for the amount of building coverage claimed. The trial judge found that there was no expressed promise by the insurer not to rely on the limitation period and dismissed the action. The Court of Appeal reversed the judgment. In a majority decision it found that promissory estoppel can prevent the insurer from relying on a limitation period where there has been either an admission of liability or a promise not to rely on the limitation period. This appeal is to determine

**Travellers Indemnity Company of  
Canada** *Appelante*

c.

**Andrew Clifford Maracle, fils** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: MARACLE c. TRAVELLERS INDEMNITY CO.  
OF CANADA

N° du greffe: 21725.

1991: 28 février; 1991: 6 juin.

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

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

*d Assurance — Délais de prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription? — L'assureur a-t-il fait une reconnaissance de responsabilité? — L'assureur a-t-il promis de ne pas invoquer la prescription?*

*e Prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription?*

L'immeuble commercial de l'intimé a été détruit par le feu. L'assureur a reconnu son obligation de verser la totalité de l'indemnité stipulée pour l'équipement et le stock, somme qu'il a consignée à la cour après avoir été informé de réclamations de tierces personnes. Les parties n'ont cependant pas pu s'entendre sur le montant de l'indemnité pour le bâtiment. L'assureur a par la suite adressé à l'intimé une lettre offrant de l'indemniser également pour le bâtiment et de consigner à la cour la somme ainsi offerte, «sous toutes réserves», sans engager aucunement sa responsabilité. L'intimé n'a pas répondu à cette lettre, mais peu après l'expiration du délai de prescription d'un an, il a produit une déclaration portant sur le montant de l'indemnité réclamée à l'égard du bâtiment. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune promesse expresse de l'assureur de ne pas invoquer la prescription et a rejeté l'action. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel à la majorité, qui a dit que l'irrecevabilité fondée sur une promesse

whether the doctrine of promissory estoppel is an effective answer to the limitation period defence, and whether the insurer's admission of liability created a debtor-creditor relationship and thereby a separate contract between the insurer and the insured for which the limitation period would be six years.

*Held:* The appeal should be allowed.

The party relying on the doctrine of promissory estoppel must establish that the other party has, by words or conduct, made a promise or assurance which was intended to affect their legal relationship and to be acted on. The representee must also establish that, in reliance on the representation, he acted on it or in some way changed his position. While an admission of liability is one of the factors from which a court may infer that a promise was made not to rely on the limitation period, it is not an alternate basis of promissory estoppel. The admission of liability must go beyond an offer of settlement and extend to the limitation period. There must be words or conduct from which it can be inferred that the admission was to apply whether the case was settled or not, and that the only issue between the parties, should litigation ensue, is the issue of quantum. If this inference is drawn as a finding of fact and the admission led the plaintiff to miss the limitation period, promissory estoppel has been established. In this case the trial judge, having found that there was no promise relating to the limitation period, was correct in concluding that promissory estoppel had not been made out. Further, the admission of liability with respect to the coverage for equipment and stock could not be construed to apply to the building coverage, particularly since the letter offering to settle that aspect of the claim contained an express reservation of rights.

The insurer's implied promise to pay respondent an amount yet to be determined could not create any contractual rights since there was no acceptance.

peut venir empêcher l'assureur d'invoquer la prescription lorsqu'il a soit reconnu l'existence d'une obligation lui incombant, soit promis de ne pas invoquer la prescription. Le pourvoi vise à déterminer si la théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut être opposée avec succès au moyen de défense de prescription et si la reconnaissance par l'assureur de l'existence d'une obligation lui incombant a fait naître un rapport de débiteur et de créancier, créant par le fait même un contrat distinct entre l'assureur et l'assuré prévoyant une prescription de six ans.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il incombe à la partie qui invoque l'irrecevabilité fondée sur une promesse d'établir que l'autre partie a, par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier leurs rapports juridiques et à inciter à l'accomplissement de certains actes. De plus, le destinataire des déclarations doit prouver que, sur la foi de celles-ci, il a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position. Bien que la reconnaissance d'une obligation figure parmi les facteurs dont un tribunal peut déduire qu'on a promis de ne pas invoquer la prescription, il ne s'agit pas là d'un autre fondement de l'irrecevabilité découlant d'une promesse. La reconnaissance d'obligation doit constituer plus qu'une offre de règlement et doit s'appliquer au délai de prescription. Il doit y avoir des paroles ou une conduite à partir desquelles on peut conclure que la reconnaissance devait jouer, que l'affaire soit réglée ou non, et que l'unique question en litige entre les parties, dans l'éventualité de poursuites judiciaires, est celle du montant de l'indemnité. Si cette conclusion de fait est tirée et que la reconnaissance a amené le demandeur à laisser expirer le délai de prescription, l'irrecevabilité fondée sur une promesse est dès lors établie. En l'espèce, le juge de première instance, ayant conclu à l'absence d'une promesse concernant le délai de prescription, a eu raison de décider qu'on n'avait pas établi l'irrecevabilité fondée sur une promesse. En outre, la reconnaissance d'une obligation à l'égard de la couverture visant l'équipement et le stock ne peut être interprétée comme s'appliquant à la couverture prévue pour le bâtiment, d'autant plus que la lettre offrant une indemnité pour le bâtiment contient une réserve expresse de droits.

La promesse implicite de l'assureur de verser à l'intimé une somme dont le montant est à déterminer ne peut faire naître aucune obligation contractuelle étant donné qu'il n'y a pas eu d'acceptation.



**Cases Cited**

**Disapproved:** *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; **referred to:** *Gillis v. Bourgard* (1983), 41 O.R. (2d) 107; *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] S.C.R. 607; *Engineered Homes Ltd. v. Mason*, [1983] 1 S.C.R. 641; *Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 S.C.R. 61.

**Statutes and Regulations Cited**

*Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 106, 118, 125, Item 14.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 360, 62 D.L.R. (4th) 570, 35 O.A.C. 297, [1990] I.L.R. ¶ 1-2539, 40 C.C.L.I. 161, reversing a decision of the High Court of Justice, [1988] I.L.R. ¶ 1-2326, 31 C.C.L.I. 42, dismissing respondent's action. Appeal allowed.

*Joshua Liswood and Linda Dolan*, for the appellant.

*Ross V. Smiley, Q.C.*, and *Will O'Hara*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard concurrently with *Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 S.C.R. 61. Both appeals raise the issue as to the circumstances in which an admission of liability made to a prospective plaintiff by a prospective defendant amounts to promissory estoppel precluding reliance on a limitation period.

**Facts**

On November 10, 1982, the commercial building of the respondent Maracle was destroyed by fire. The appellant was notified immediately. The policy provided coverage of three separate categories of assets: (i) fixtures, equipment and tenant improvements, (ii) stock in trade, and (iii) the building proper. This is referred to as a commercial package of insurance protection.

**Jurisprudence**

**Arrêt critiqué:** *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94; **arrêts mentionnés:** *Gillis v. Bourgard* (1983), 41 O.R. (2d) 107; *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] R.C.S. 607; *Engineered Homes Ltd. v. Mason*, [1983] 1 R.C.S. 641; *Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 R.C.S. 61.

***b* Lois et règlements cités**

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 106, 118, 125, numéro 14.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 360, 62 D.L.R. (4th) 570, 35 O.A.C. 297, [1990] I.L.R. ¶ 1-2539, 40 C.C.L.I. 161, qui a infirmé une décision de la Haute Cour de justice, [1988] I.L.R. ¶ 1-2326, 31 C.C.L.I. 42, rejetant l'action de l'intimé. Pourvoi accueilli.

*Joshua Liswood et Linda Dolan*, pour l'appelante.

*Ross V. Smiley, c.r.*, et *Will O'Hara*, pour l'intimé.

***f* Version française du jugement de la Cour rendu par**

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que *Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 R.C.S. 61. Ils soulèvent tous les deux la question des circonstances dans lesquelles une reconnaissance de responsabilité faite à un demandeur éventuel par un défendeur éventuel entraîne l'irrecevabilité, fondée sur une promesse, à invoquer la prescription.

**Les faits**

Le 10 novembre 1982, l'immeuble commercial de l'intimé Maracle a été détruit par le feu. L'appelante en a été informée immédiatement. La police d'assurance couvrait trois catégories distinctes de biens: (i) les accessoires fixes, l'équipement et les améliorations effectuées par le locataire, (ii) le stock, et (iii) le bâtiment proprement dit. C'est ce qu'il est convenu d'appeler une assurance commerciale globale.

The respondent was underinsured with respect to the first two categories covered by the policy, and the insurance company soon admitted liability for the full amount for them, \$70,000. No agreement, however, was reached with respect to the amount for the building and this remained in dispute throughout. The maximum coverage for the building was \$100,000. The adjuster put the depreciated value of the structure at \$84,000. Initially, the insurer considered exercising its option to replace the building, but on December 16, 1982, the insurer made Maracle a cash offer of \$75,000. Maracle rejected it.

The insurer was advised that there were third party claims against the proceeds of the policy. Accordingly, on January 13, 1983 it sought, and was granted, permission pursuant to s. 118 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, to pay the \$70,000 for the settled claims into court. The affidavit accompanying this payment included an admission of liability with respect to these proceeds. On February 23, 1983 the insurer advised the respondent by letter that the insurer was prepared to settle the building claim for \$84,000, and to pay that amount into court as well. A Proof of Loss form for \$84,000 was included, as was a blank Proof of Loss to be completed and returned by the insured should the offer prove unacceptable. Maracle did not reply to this letter, notwithstanding its clarity:

Should this proposal not be acceptable to you, then in accordance with the Statutory Conditions of the contract and to comply with the Insurance Act, we enclose Blank Proofs of Loss.

The foregoing information and submission of these Proofs is to comply with the Insurance Act, Without Prejudice, to the liability of the insurer.

En ce qui concerne les deux premières catégories de biens visés par la police, l'assurance prise par l'intimé était insuffisante et la compagnie d'assurance a eu tôt fait de reconnaître son obligation de verser à leur égard la totalité de l'indemnité stipulée, soit 70 000 \$. Les parties n'ont cependant pas pu s'entendre sur le montant de l'indemnité pour le bâtiment et elles ne sont jamais parvenues à se mettre d'accord sur ce point. La couverture maximale prévue pour le bâtiment était de 100 000 \$. L'expert en assurance a fixé à 84 000 \$ la valeur non amortie de celui-ci. L'assureur avait initialement envisagé d'exercer son option de remplacer le bâtiment, mais, le 16 décembre 1982, il a fait à Maracle une offre de 75 000 \$ comptant, que Maracle a rejetée.

Ayant été informé de réclamations de tierces personnes contre le produit de la police, l'assureur a demandé et s'est vu accorder, le 13 janvier 1983, en vertu de l'art. 118 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, l'autorisation de consigner à la cour la somme de 70 000 \$ à l'égard des sinistres réglés. L'affidavit accompagnant cette consignation contenait une reconnaissance d'obligation d'indemniser relativement à cette somme. Le 23 février 1983, l'assureur a fait savoir à l'intimé, dans une lettre, qu'il était prêt à accorder 84 000 \$ pour le bâtiment et à consigner cette somme à la cour également. Jointes à la lettre étaient une formule de preuve de sinistre où se trouvait inscrite la somme de 84 000 \$, ainsi qu'une formule de preuve de sinistre en blanc à remplir et à renvoyer par l'assuré au cas où l'offre susmentionnée ne lui conviendrait pas. Maracle n'a pas répondu à cette lettre malgré son caractère non équivoque:

[TRADUCTION] Pour le cas où cette offre ne vous conviendrait pas, nous joignons aux présentes, en exécution des conditions légales du contrat et conformément à la Loi sur les assurances, des formules de preuve de sinistre en blanc.

L'assureur vous fait parvenir ces renseignements et les formules de preuve de sinistre sous toutes réserves afin de se conformer à la Loi sur les assurances et sans engager aucunement sa responsabilité.

In August 1983, Maracle retained a solicitor, Shanbaum, to take the matter on his behalf, and provided Shanbaum with a copy of the insurer's letter of February 23, 1983. No further communication, however, took place between the parties prior to the expiry of the limitation period on November 10, 1983. On November 23, 1983, Maracle issued a statement of claim with respect to the amount claimed under item (iii), the building coverage. Trial of the limitation issue commenced in Ontario High Court on January 28, 1987.

#### Judgments Below

*Ontario High Court of Justice* (1987), 31 C.C.L.I. 42

Sirois J. began with a chronological summary of the undisputed facts. He then provided a synopsis of the positions of the parties. The defence was failure to commence the action within one year after the loss as per statutory condition 14 of the policy, as set out in s. 125, Item 14 of the *Insurance Act* of Ontario. As well, the defence of failure to file a proof of loss was raised.

The plaintiff relied on estoppel, arguing that the defendant expressly admitted liability under the contract to pay the plaintiff, and therefore became the debtor of the plaintiff for an amount on the building to be determined following investigation as to quantum only. Alternatively, the plaintiff alleged that the defendant waived the limitation period and entered into a constructive settlement of the plaintiff's claim, subject only to assessment of the value of the loss of the building. In answer to the defence of breach of the condition to file Proof of Loss, the plaintiff argued that it was entitled to relief from forfeiture under s. 106 of the *Insurance Act*.

Sirois J. noted that he had been referred to no case where an admission under s. 118 of the *Insurance Act* had been made by the insurer. After considering the

En août 1983, Maracle a retenu les services d'un avocat du nom de Shanbaum pour le représenter dans ce dossier et lui a fourni une copie de la lettre de l'assureur du 23 février 1983. Il n'y a cependant pas eu d'autre communication entre les parties antérieurement au 10 novembre 1983, date d'expiration du délai de prescription. Le 23 novembre 1983, Maracle a produit une déclaration portant sur le montant de l'indemnité réclamée à l'égard du bâtiment (la catégorie (iii)). L'instruction de la question de la prescription a débuté devant la Haute Cour de l'Ontario le 28 janvier 1987.

#### Les jugements des juridictions inférieures

*Haute Cour de justice de l'Ontario* (1987), 31 C.C.L.I. 42

Le juge Sirois a commencé par résumer chronologiquement les faits, qui ne sont pas contestés, pour présenter ensuite un aperçu des positions des parties. Le moyen de défense invoqué était l'omission d'intenter l'action dans un délai d'un an après le sinistre, ainsi que l'exige la condition légale numéro 14 de la police, qui est la condition numéro 14 énoncée à l'art. 125 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. A également été avancée à titre de défense l'omission de produire une preuve de sinistre.

Le demandeur a soulevé l'irrecevabilité, faisant valoir que la défenderesse avait expressément reconnu son obligation contractuelle d'indemniser le demandeur et qu'elle s'était ainsi rendue débitrice envers lui d'une somme afférente au bâtiment, à déterminer à la suite d'une enquête portant uniquement sur le montant. Le demandeur a fait valoir subsidiairement que la défenderesse avait renoncé à invoquer la prescription et qu'elle avait implicitement accédé à la demande de règlement du demandeur, sous réserve seulement de la détermination de la valeur du bâtiment sinistré. En réponse à la défense de non-production d'une preuve de sinistre, le demandeur a soutenu que l'art. 106 de la *Loi sur les assurances* lui reconnaissait le droit à une protection contre la déchéance de l'assurance.

Le juge Sirois a fait remarquer qu'on ne lui avait signalé aucune affaire dans laquelle un assureur avait fait la reconnaissance visée à l'art. 118 de la *Loi sur*

decision of the Ontario Court of Appeal in *Gillis v. Bourgard* (1983), 41 O.R. (2d) 107, and Holland J.'s decision in *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (Ont. H.C.), Sirois J. concluded (at p. 47):

From the above decision, there are two essential elements to the doctrine of promissory estoppel. Firstly, there must be an expressed or implied admission of liability, and secondly, there must be an expressed or implied promise by the insurer not to rely on the limitation period.

In our case we have one of those ingredients, namely, the expressed admission of liability under s. 118 of the *Insurance Act*. There is no expressed promise by the insurer not to rely on the limitation period. The evidence is that after its offer of February 23, 1983, the insurer maintained silence.

From those facts I conclude that despite the fact of the formal admission of liability, of payment of part of the proceeds in court, one cannot infer that this amounted to a promise by the insurer not to rely on the limitation period defence.

As a result, the plaintiff must fail and I must dismiss the action. On the facts of this case, however, I conclude that it should be dismissed without costs.

*Ontario Court of Appeal* (1989), 70 O.R. (2d) 360

The majority of the court, *per* Brooke J.A. (Craig J. *ad hoc* concurring), were of the view that the case at bar was distinguishable on the facts from *Gillis v. Bourgard*, *supra*, on the basis that in that case there was no clear admission of liability. In the case at bar, in the court's view, the respondent not only admitted liability, but made the same admission to the court in applying for permission to pay in the proceeds of the policy.

The majority expressly adopted the view of Holland J. in *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability*, *supra*, that promissory estoppel is an effective answer to the defence of a limitation period where

*les assurances*. Ayant examiné l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Gillis v. Bourgard* (1983), 41 O.R. (2d) 107, et la décision du juge Holland dans *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wisconsin* (1984), 5 C.C.L.I. 94 (H.C. Ont.), le juge Sirois a conclu (à la p. 47):

[TRADUCTION] Il ressort de la décision citée ci-dessus que la théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse comporte deux éléments essentiels. Premièrement, il doit y avoir une reconnaissance expresse ou implicite d'une obligation et, deuxièmement, il doit y avoir une promesse, expresse ou implicite, de la part de l'assureur qu'il n'invoquera pas la prescription.

Nous avons en l'espèce un de ces éléments: la reconnaissance expresse d'une obligation, prévue à l'art. 118 de la *Loi sur les assurances*. Il n'y a aucune promesse expresse de l'assureur de ne pas invoquer la prescription. D'après la preuve, il est resté silencieux à la suite de son offre du 23 février 1983.

Je déduis de ces faits qu'en dépit de la reconnaissance expresse de l'obligation et malgré la consignation à la cour d'une partie du produit, on ne saurait en conclure que l'assureur promettait par là de ne pas se prévaloir de la défense de prescription.

Par conséquent, force m'est de débouter le demandeur. Compte tenu toutefois des faits de l'espèce, j'estime qu'il n'y pas lieu d'adjuger de dépens.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1989), 70 O.R. (2d) 360

La majorité en Cour d'appel (le juge Brooke, avec l'appui du juge suppléant Craig) était d'avis que les faits de la présente instance permettent de la distinguer d'avec l'affaire *Gillis v. Bourgard*, précitée, puisque, dans cette dernière, il n'y avait pas eu de reconnaissance non équivoque d'une obligation. En l'espèce, selon la Cour d'appel, non seulement l'intimée a reconnu l'obligation lui incombant, mais elle a réitéré cette reconnaissance en adressant à la cour sa demande d'autorisation d'y consigner le produit de la police.

La majorité a donc expressément adopté le point de vue exprimé par le juge Holland dans *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability*, précité, à savoir que l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut être

there is either an express or implied admission of liability or an implied promise not to rely on the limitation period, as long as the further requirement is met that there must be some evidence that one of the parties entered into a course of negotiations which had the effect of leading the other to suppose that the strict rights under the contract would not be enforced. The majority was of the view that the further requirement was met in this case.

Galligan J.A. dissented on the basis that the course of negotiations established in this case was insufficient to estop the insurer from relying on the limitation period (at p. 364):

It is my opinion that the insurer never admitted liability to pay \$84,000 or any specific amount for damages to the building. It made an offer of settlement, which offer was not accepted. It made clear that in the event that the offer was not accepted, that the provisions of the statutory conditions and of the *Insurance Act* were to apply. The insurer in this case, in my opinion, neither did nor said anything which could have led anyone to think that it was waiving its right to rely upon the limitation contained in the statutory condition.

I am unable to agree with my colleagues that the fact that the insurance company exercised the right given to it under s. 118 of the *Insurance Act* to pay into court moneys for which it admitted liability under two of the coverages disentitled it to rely on the statutory condition imposing a limitation of one year for a claim under the building coverage.

#### Points in Issue

1. Whether the Court of Appeal erred in finding that the doctrine of promissory estoppel was an effective answer to the defence that the respondent's action was barred as not having been brought within the one-year contractual and statutory limitation period.

2. Did the insurer's admission of liability create a debtor-creditor relationship between the insurer and the insured and thereby an implied promise to pay the

opposée avec succès à une défense de prescription lorsqu'il y a soit une reconnaissance expresse ou implicite d'une obligation, soit une promesse implicite de ne pas invoquer la prescription, à condition que soit remplie en outre la condition selon laquelle il doit exister des éléments de preuve établissant que l'une des parties a mené des négociations qui ont amené l'autre partie à supposer qu'elle ne tiendrait pas rigide à l'exécution des obligations contractuelles dont elle était créancière. De l'avis de la majorité, cette exigence additionnelle avait été remplie en l'espèce.

Le juge Galligan a fondé sa dissidence sur le fait que les négociations qui ont eu lieu dans la présente instance ne suffisaient pas pour rendre l'assureur irrecevable à invoquer la prescription (à la p. 364):

[TRADUCTION] À mon avis, l'assureur ne s'est jamais reconnu obligé de payer 84 000\$, ou quelque autre somme déterminée, à titre d'indemnité pour le bâtiment. Il a fait une offre de règlement, qui n'a pas été acceptée. De plus, il a bien précisé qu'advenant le cas où l'offre n'était pas acceptée, la condition légale pertinente et la *Loi sur les assurances* s'appliqueraient. J'estime qu'en l'espèce l'assureur n'a rien fait ni rien dit qui eût pu faire croire à qui que ce soit qu'il renonçait à son droit d'invoquer la prescription prévue par la condition légale applicable.

Je ne puis convenir avec mes collègues que la compagnie d'assurance, par suite de l'exercice du droit, dont elle jouissait aux termes de l'art. 118 de la *Loi sur les assurances*, de consigner à la cour la somme à l'égard de laquelle elle reconnaissait son obligation en ce qui concerne deux catégories de biens assurés, se trouvait inhabilitée à invoquer la condition légale prévoyant une prescription d'un an pour une action relative au bâtiment.

#### Les questions en litige

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel a conclu que la théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse pouvait être opposée avec succès au moyen de défense alléguant la prescription de l'action de l'intimé du fait qu'elle n'avait pas été intentée dans le délai d'un an prévu au contrat et dans la loi?

2. La reconnaissance par l'assureur de l'existence d'une obligation lui incombant a-t-elle fait naître entre lui et l'assuré un rapport de débiteur et de

insured an amount to be ascertained either by agreement or by a reference, and as such, constitute a separate contract between the insurer and the insured wherein the limitation for suit would be six years?

*Issue 1: Promissory Estoppel*

The principles of promissory estoppel are well settled. The party relying on the doctrine must establish that the other party has, by words or conduct, made a promise or assurance which was intended to affect their legal relationship and to be acted on. Furthermore, the representee must establish that, in reliance on the representation, he acted on it or in some way changed his position. In *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] S.C.R. 607, Ritchie J. stated, at p. 615:

It seems clear to me that this type of equitable defence cannot be invoked unless there is some evidence that one of the parties entered into a course of negotiation which had the effect of leading the other to suppose that the strict rights under the contract would not be enforced, and I think that this implies that there must be evidence from which it can be inferred that the first party intended that the legal relations created by the contract would be altered as a result of the negotiations.

This passage was cited with approval by McIntyre J. in *Engineered Homes Ltd. v. Mason*, [1983] 1 S.C.R. 641, at p. 647. McIntyre J. stated that the promise must be unambiguous but could be inferred from circumstances.

In *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability*, *supra*, Holland J., in applying these principles to a case in which an admission of liability had been made, stated (at p. 101):

Promissory estoppel can prevent the insurer from relying on a limitation period where there has been either (1) an admission of liability of [*sic*: "or"] (2) a promise not to rely on the limitation period relied on by the insured. . . .

créancier emportant implicitement une promesse de verser à l'assuré une somme à déterminer de gré à gré ou dans le cadre d'un renvoi et constituant comme tel un contrat distinct entre l'assureur et l'assuré prévoyant une prescription de six ans?

*La première question: l'irrecevabilité fondée sur une promesse*

Les principes de l'irrecevabilité fondée sur une promesse sont bien établis. Il incombe à la partie qui invoque cette exception d'établir que l'autre partie a, par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier leurs rapports juridiques et à inciter à l'accomplissement de certains actes. De plus, le destinataire des déclarations doit prouver que, sur la foi de celles-ci, il a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position. Dans l'arrêt *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] R.C.S. 607, le juge Ritchie dit, à la p. 615:

[TRADUCTION] Il me semble évident que ce genre de défense d'*equity* ne peut être invoquée en l'absence d'une preuve qu'une des parties a mené des négociations qui ont eu pour effet d'amener l'autre à croire que les obligations strictes prévues au contrat ne seraient pas exécutées, et je crois que cela suppose qu'il doit y avoir une preuve qui permet de conclure que la première partie a voulu que les rapports juridiques établis par le contrat soient modifiés en conséquence des négociations.

Ce passage a été cité et approuvé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Engineered Homes Ltd. c. Mason*, [1983] 1 R.C.S. 641, à la p. 647. Le juge McIntyre y affirme que la promesse doit être non équivoque, mais qu'elle peut s'inférer des circonstances.

Dans *Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability*, précité, le juge Holland a appliqué ces principes à un cas où l'existence d'une obligation avait été reconnue. D'après le juge Holland (à la p. 101):

[TRADUCTION] L'irrecevabilité fondée sur une promesse peut venir empêcher l'assureur d'invoquer la prescription lorsqu'il a soit (1) reconnu l'existence d'une obligation lui incombant, soit (2) promis de ne pas invoquer la prescription, promesse à laquelle s'est fié l'assuré. . .

Before the principle applies there must be some evidence that one of the parties entered into a course of negotiation which had the effect of leading the other to suppose that the strict rights under the contract would not be enforced.

This passage would imply that an admission of liability *per se* is an alternative basis on which promissory estoppel can be based. In my view, while an admission of liability is clearly one of the factors from which a court may infer as a finding of fact that a promise was made not to rely on the limitation period, it is not an alternate basis of promissory estoppel. In *Gillis v. Bourgard*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, *per* Brooke J.A., dealt with a case in which an admission of liability was the basis for a claim of promissory estoppel. In concluding that the necessary ingredients for promissory estoppel had not been established, Brooke J.A. stated, at p. 109:

It seems to us that what occurred here was, at best, no more than normal dealings between parties attempting to resolve an insurance claim. To hold that it could or did give rise to any admission of liability or a promise not to rely upon a condition of the contract, the limitation period, is completely unwarranted and puts in jeopardy the benefit of such dealings to litigants.

An admission of liability is frequently made in the course of settlement negotiations. This is often a preliminary step in order to clear the way to enter into a discussion as to quantum. Indeed, when an offer to pay a stated amount is made by one party to the other, an admission of liability is usually implicit. In this type of situation, the admission of liability is simply an acknowledgment that, for the purpose of settlement discussions, the admitting party is taking no issue that he or she was negligent, liable for breach of contract, etc. There must be something more for an admission of liability to extend to a limitation period. The principles of promissory estoppel require that the promisor, by words or conduct,

Pour que le principe s'applique, il doit y avoir des éléments de preuve établissant que l'une des parties a mené des négociations qui ont amené l'autre partie à supposer qu'elle ne tiendrait pas rigide-ment à l'exécution des obligations contractuelles dont elle était créancière.

Il se dégage implicitement de ce passage que la reconnaissance d'une obligation constitue en elle-même un autre fondement possible de l'irrecevabilité fondée sur une promesse. À mon avis, bien que la reconnaissance d'une obligation figure évidemment parmi les facteurs dont un tribunal peut déduire qu'on a en fait promis de ne pas invoquer la prescription, il ne s'agit pas là d'un autre fondement de l'irrecevabilité découlant d'une promesse. Dans *Gillis v. Bourgard*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, parlant par l'intermédiaire du juge Brooke, s'est penchée sur un cas où une allégation d'irrecevabilité fondée sur une promesse reposait sur la reconnaissance d'une obligation. En concluant que les éléments nécessaires pour qu'il y ait irrecevabilité fondée sur une promesse n'avaient pas été établis, le juge Brooke a dit, à la p. 109:

[TRADUCTION] Il nous semble qu'en mettant les choses au mieux, il n'y a eu en l'espèce rien d'autre que des négociations normales entre des parties qui tentent de régler une demande d'indemnité en matière d'assurance. Il est tout à fait injustifié de conclure que ces négociations ont pu engendrer, ou ont en fait engendré, une reconnaissance d'obligation ou une promesse de ne pas se prévaloir d'une condition du contrat, à savoir le délai de prescription; cela met en péril d'ailleurs les avantages que présentent de telles négociations pour les parties à un litige.

Une reconnaissance d'obligation intervient souvent dans le cadre de négociations en vue d'un règlement. Dans bien des cas, elle constitue une étape préliminaire à franchir avant que ne puisse être abordée la question de l'indemnité. En effet, quand une partie fait à l'autre une offre de lui verser une somme déterminée, cela emporte habituellement une reconnaissance implicite d'obligation. Dans ce genre de cas, la reconnaissance d'une obligation revient simplement à dire qu'aux fins des négociations en vue d'un règlement, la partie qui fait la reconnaissance ne conteste pas sa négligence, sa responsabilité découlant de la violation du contrat, etc. Il en faut davantage pour que la reconnaissance d'une obligation s'applique en

intend to affect legal relations. Accordingly, an admission of liability which is to be taken as a promise not to rely on the limitation period must be such that the trier of fact can infer from it that it was so intended. There must be words or conduct from which it can be inferred that the admission was to apply whether the case was settled or not, and that the only issue between the parties, should litigation ensue, is the issue of quantum. Whether this inference can be drawn is an issue of fact. If this finding is in favour of the plaintiff and the effect of the admission in the circumstances led the plaintiff to miss the limitation period, the elements of promissory estoppel have been established.

#### Application to this Case

The trial judge expressly found that the words and conduct referred to herein could not be interpreted as a promise, express or implied, not to rely on the limitation period. While the majority of the Court of Appeal were of the view that the admission of liability in this case went beyond an offer of settlement, they do not explain how they were able to infer that it extended to the limitation period. Not only is there no evidence to suggest that the admission was intended to have this effect, but the letter of February 23, 1983 was made "without prejudice" to the liability of the insurer. The use of this expression is commonly understood to mean that if there is no settlement, the party making the offer is free to assert all its rights, unaffected by anything stated or done in the negotiations. In my opinion, therefore, the trial judge, having found that there was no promise relating to the limitation period, was correct in concluding that promissory estoppel had not been made out. Furthermore, I agree with Galligan J.A. that an admission of liability with respect to coverage for item (i) fixtures, equipment and tenant improvements and item (ii) stock in trade could not be construed to apply to item (iii) the building coverage. Any inference that might otherwise be drawn from this admission was blunted by

matière de prescription. Les principes de l'irrecevabilité fondée sur une promesse exigent que l'auteur de la promesse ait manifesté, par ses paroles ou par sa conduite, l'intention de modifier des relations juridiques. Voilà pourquoi il est nécessaire que toute reconnaissance d'obligation qui doit être considérée comme une promesse de ne pas invoquer la prescription soit de telle nature que le juge des faits puisse en déduire qu'elle a été faite précisément dans cette intention. Il doit y avoir des paroles ou une conduite à partir desquelles on peut conclure que la reconnaissance devait jouer, que l'affaire soit réglée ou non, et que l'unique question en litige entre les parties, dans l'éventualité de poursuites judiciaires, est celle du montant de l'indemnité. Quant à savoir si cette conclusion peut être tirée, c'est là une question de fait. À supposer que la conclusion soit favorable au demandeur et que, dans les circonstances, la reconnaissance en question ait amené le demandeur à laisser expirer le délai de prescription, les éléments de l'irrecevabilité fondée sur une promesse sont dès lors établis.

#### Application en l'espèce

Le juge de première instance a conclu expressément que les paroles et la conduite en cause ne sauraient s'interpréter comme une promesse, expresse ou implicite, de ne pas invoquer la prescription. Bien que les juges majoritaires en Cour d'appel aient estimé que la reconnaissance d'obligation faite en l'espèce constituait plus qu'une offre de règlement, ils n'expliquent pas comment ils ont pu inférer que cette reconnaissance s'appliquait au délai de prescription. Non seulement il n'existe aucun élément de preuve qui laisse entendre que la reconnaissance a été faite dans une telle intention, mais la lettre du 23 février 1983 porte la mention «sous toutes réserves» en ce qui concerne la responsabilité de l'assureur. Cette expression s'emploie communément pour indiquer qu'au cas où aucun règlement n'interviendrait, la partie qui a fait l'offre est libre de se prévaloir de tous ses droits indépendamment de tout ce qu'elle a pu dire ou faire au cours des négociations. J'estime en conséquence que le juge de première instance, ayant conclu à l'absence d'une promesse concernant le délai de prescription, a eu raison de décider qu'on n'avait pas établi l'irrecevabilité fondée sur une promesse. En outre, je partage l'avis du juge Galligan de la Cour d'appel que la reconnaissance d'une



the letter of February 23, 1983, containing an express reservation of rights.

obligation à l'égard de la couverture visant la catégorie (i) (les accessoires fixes, l'équipement et les améliorations effectuées par le locataire) et la catégorie (ii) (le stock) ne peut être interprétée comme s'appliquant à la couverture prévue pour la catégorie (iii) (le bâtiment). Toute conclusion qui aurait pu par ailleurs être tirée de cette reconnaissance se trouve affaiblie par la lettre du 23 février 1983, qui contient une réservation expresse de droits.

### *Issue 2*

This submission was based on the premise that a promise to pay an amount yet to be determined and to pay it into court somehow creates a debt. In the absence of acceptance, no contractual rights, including a debt, could be created. The submission therefore has no merit.

### *La seconde question*

Cet argument reposait sur la prémisse selon laquelle une promesse de payer une somme dont le montant est à déterminer, et de consigner cette somme à la cour, engendre de quelque manière une dette. Or, à défaut d'acceptation, aucune obligation contractuelle, y compris une dette, ne peut prendre naissance. Cet argument est donc sans fondement.

### Conclusion

The appeal is therefore allowed and the judgment of the Court of Appeal is set aside, with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal. The judgment of Sirois J. is restored.

### Conclusion

Le pourvoi est en conséquence accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé, avec adjudication des dépens à l'appelante, tant en notre Cour qu'en Cour d'appel. La décision du juge Sirois est rétablie.

*Appeal allowed with costs.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Sawers, Liswood, Scott, Hickman, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante: Sawers, Liswood, Scott, Hickman, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lilly, Goldman, Blott, Fejer, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Lilly, Goldman, Blott, Fejer, Toronto.*

**Rosina Marchischuk** *Appellant*

v.

**Dominion Industrial Supplies Ltd. and Sidinio Joseph Desousa** *Respondents*

INDEXED AS: MARCHISCHUK v. DOMINION INDUSTRIAL SUPPLIES LTD.

File No.: 21743.

1991: February 28; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Limitation of actions — Promissory estoppel — Waiver — Insurer admitting liability and entering into settlement negotiations — Statement of claim issued after limitation period had expired — Whether defendants estopped from relying on limitation period — Whether defendants waived limitation period.*

Appellant was injured in a motor vehicle accident. Respondents' insurer admitted liability and made an offer of settlement, which was not accepted. A statement of claim was issued against respondents after the limitation period had expired. Appellant argued that because the insurer had admitted liability and continued to negotiate damages, respondents were estopped from relying on, or had waived their right to rely on, the limitation period. The trial judge nevertheless accepted the claim that the action was statute-barred. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine whether respondents were estopped from relying on the limitation period, and whether they waived it.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that there was no evidence in this case from which a promise not to rely on the limitation period could be inferred. While in some circumstances an admission of liability might be taken to extend to the limitation period, the trial judge was not prepared to give it that interpretation, and this finding should not be interfered

**Rosina Marchischuk** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Dominion Industrial Supplies Ltd. et Sidinio Joseph Desousa** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: MARCHISCHUK c. DOMINION INDUSTRIAL SUPPLIES LTD.

<sup>b</sup> N° du greffe: 21743.

1991: 28 février; 1991: 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>d</sup> *Prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Renonciation — L'assureur, ayant fait une reconnaissance de responsabilité, a entamé des négociations en vue d'un règlement — Déclaration produite après l'expiration du délai de prescription — Les défendeurs sont-ils irrecevables à invoquer la prescription? — Les défendeurs ont-ils renoncé à invoquer la prescription?*

<sup>e</sup> L'appelante a subi des blessures dans un accident d'automobile. L'assureur des intimés a reconnu sa responsabilité et a fait une offre de règlement, qui n'a pas été acceptée. Une déclaration a été produite contre les intimés après l'expiration du délai de prescription. L'appelante a soutenu que, comme l'assureur avait fait une reconnaissance de responsabilité et avait poursuivi les négociations relatives à la question des dommages-intérêts, les intimés étaient irrecevables à invoquer la prescription ou avaient renoncé à l'invoquer. Le juge de première instance a néanmoins retenu l'argument selon lequel l'action était prescrite. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer si les intimés étaient irrecevables à invoquer la prescription et s'ils ont renoncé à le faire.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> Le juge de première instance et la Cour d'appel étaient tous les deux convaincus de l'absence en l'espèce d'éléments de preuve dont on pouvait inférer l'existence d'une promesse de ne pas invoquer la prescription. Bien qu'une reconnaissance de responsabilité puisse dans certaines circonstances être considérée comme s'appliquant au délai de prescription, le juge de

with. For the reasons given by the trial judge, the respondents did not waive the limitation period.

### Cases Cited

**Applied:** *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50.

### Statutes and Regulations Cited

*Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, C.C.S.M., c. L150.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 62 Man. R. (2d) 240, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (1989), 58 Man. R. (2d) 56, [1989] 3 W.W.R. 74, 34 C.P.C. (2d) 181, 39 C.C.L.I. 269, dismissing appellant's action. Appeal dismissed.

*David G. Hill and Sherri Walsh*, for the appellant.

*Randolph B. McNicol and Louise A. Lamb*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard concurrently with *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50. Both appeals raise the issue as to the circumstances in which an admission of liability made to a prospective plaintiff by a prospective defendant amounts to promissory estoppel precluding reliance on a limitation period.

### Facts

The appellant was injured in a motor vehicle accident involving the respondent Desousa on February 8, 1984. Desousa was an employee of the respondent Dominion Industrial. The Insurance Corporation of British Columbia ("ICBC") was the appropriate insurer. Negotiations were carried out between the appellant's solicitors and ICBC on the issue of damages, but did not culminate in settlement. A statement

première instance n'était pas disposé à lui donner cette interprétation en l'espèce et il n'y a pas lieu de toucher à cette décision. Pour les motifs exposés par le juge de première instance, il faut conclure que les intimés n'ont pas renoncé à invoquer la prescription.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50.

### Lois et règlements cités

*Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, C.P.L.M., ch. L150.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 62 Man. R. (2d) 240, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1989), 58 Man. R. (2d) 56, [1989] 3 W.W.R. 74, 34 C.P.C. (2d) 181, 39 C.C.L.I. 269, rejetant l'action de l'appelante. Pourvoi rejeté.

*David G. Hill et Sherri Walsh*, pour l'appelante.

*Randolph B. McNicol et Louise A. Lamb*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que celui de *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50. Ils soulèvent tous les deux la question des circonstances dans lesquelles une reconnaissance de responsabilité faite à un demandeur éventuel par un défendeur éventuel entraîne l'irrecevabilité, fondée sur une promesse, à invoquer la prescription.

### Les faits

L'appelante a subi des blessures dans un accident d'automobile survenu le 8 février 1984, dans lequel a été impliqué l'intimé Desousa, qui était à l'époque employé de l'intimée Dominion Industrial. L'assureur était la Insurance Corporation of British Columbia («ICBC»). Il y a eu entre les avocats de l'appelante et ICBC des négociations relatives à la question des dommages-intérêts; elles n'ont cependant pas

of claim was issued on the appellant's behalf on July 3, 1986, but the two-year limitation period had expired on February 8, 1986. The trial of the action was confined to the severed issue of whether the claim was barred by the *Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150. The appellant claimed that by virtue of ICBC's conduct the respondents were estopped from relying upon, or had waived their right to rely upon, the limitation period. Nevertheless, the trial judge accepted the insurer's claim that the action was statute-barred. This decision was upheld by the Court of Appeal.

The nature and extent of negotiations between the parties are of importance in determining whether promissory estoppel or waiver apply in this case, and I summarize these in some detail hereunder.

The appellant retained the law firm Bass & Berg to represent her. Initially, her file was conducted by Aaron Berg. Berg contacted Bob Curry, the insurance adjuster handling the matter for ICBC, who indicated that he was waiting to hear from the insurer as to its position on liability. On August 27, 1984, Curry informed Berg by letter that "liability is not in issue". The letter states:

We have been advised by our principals that liability is not in issue.

We would appreciate receiving up to date medical reports on both Rosina Marchischuk and Jean Marchischuk.

We await your response.

The parties continued to correspond, exchanging medical and other information. On July 22, 1985, Curry sent Berg an offer of settlement from ICBC in the amount of \$13,488.58 and enclosed with the offer a final release form to be signed by the appellant. Berg replied that he would be discussing the matter with his client.

The following September, Berg left the law firm and the conduct of the file was assumed by George

abouti à un règlement. Une déclaration a été produite au nom de l'appelante le 3 juillet 1986, mais le délai de prescription de deux ans avait expiré le 8 février 1986. En première instance, les débats ont porté exclusivement sur la question de savoir si l'action était irrecevable aux termes de la *Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150. L'appelante a fait valoir qu'en raison de la conduite d'ICBC les intimés étaient irrecevables à invoquer la prescription ou avaient renoncé à l'invoquer. Le juge de première instance a néanmoins retenu l'argument de l'assureur selon lequel l'action était prescrite. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel.

Vu l'importance que revêtent la nature et la portée des négociations entre les parties aux fins de déterminer s'il s'agit en l'espèce d'un cas d'irrecevabilité fondée sur une promesse ou de renonciation, je présente ci-après un exposé assez détaillé de ces négociations.

L'appelante a retenu les services du cabinet d'avocats Bass & Berg pour la représenter dans cette affaire. Au début, c'était Aaron Berg qui était chargé de son dossier. Berg a pris contact avec Bob Curry, l'expert en assurance qui s'occupait du dossier pour ICBC. Curry a indiqué qu'il attendait que l'assureur lui fasse connaître sa position sur la question de la responsabilité. Le 27 août 1984, Curry a informé Berg dans une lettre que [TRADUCTION] «la responsabilité n'est pas contestée». La lettre porte:

[TRADUCTION] Notre commettant nous a fait savoir que la responsabilité n'est pas contestée.

Nous vous saurions donc gré de nous faire parvenir des rapports médicaux à jour concernant Rosina Marchischuk et aussi Jean Marchischuk.

Nous attendons votre réponse.

Les parties ont continué à correspondre, échangeant des renseignements notamment de caractère médical. Le 22 juillet 1985, Curry a envoyé à Berg, de la part d'ICBC, une offre de 13 488,58 \$ à titre de règlement, y joignant une quittance de règlement définitif à signer par l'appelante. Berg a répondu qu'il en discuterait avec sa cliente.

Au mois de septembre de la même année, Berg a quitté le cabinet d'avocats et George Bass a pris le

Bass. Bass testified that after reviewing the file, he made a note of the limitation date (February 8, 1986) on the front inside cover of the file and circled it in red ink. On December 17, 1985, Curry sent Bass a loss draft in the amount of \$13,488.58, based on the settlement offer, payable to Bass's firm in trust. Curry sent a follow-up letter to Bass on February 4, 1986, four days prior to the expiration of the statutory limitation period, requesting a response to the settlement offer. The limitation period expired on February 8, 1986 without further developments.

On March 11, 1986, a little more than a month after the limitation period had expired, Curry telephoned Bass requesting that the loss draft be returned. On March 18, 1986, Curry sent a letter to Bass again requesting that the draft be returned, and asking that Bass inform ICBC of the appellant's position. On April 14, 1986, Bass made a counter-offer of settlement which was considerably higher than the original settlement proposal made on behalf of the respondents. In June 1986, the solicitors for ICBC informed Bass that they had been instructed to take the position that the appellant's claim was statute-barred and that liability was therefore denied. On July 3, 1986, Bass issued a statement of claim.

#### The Courts Below

*Manitoba Court of Queen's Bench* (1989), 58 Man. R. (2d) 56

Kennedy J. stated that the appellant relied on promissory estoppel and in the alternative, waiver, to answer the limitation period defence. He then instructed himself as to the applicable law. With respect to estoppel, he stated (at p. 57):

These issues [estoppel and waiver] are not to be confused and are two separate and distinct matters. The first, equitable estoppel, finds its origin in the early case of *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited*, [1947] K.B. 130, which determined essentially that where a representation is made by one party and relied upon by another to that person's detriment, the party making the representation will be

dossier en main. Bass a témoigné qu'après avoir examiné le dossier, il y a inscrit à l'intérieur de la couverture la date de prescription (le 8 février 1986) et l'a encerclée en rouge. Le 17 décembre 1985, Curry a fait tenir à Bass une traite de 13 488,58 \$ payable au cabinet de Bass en fiducie. Ce chiffre était basé sur l'offre de règlement susmentionnée. Le 4 février 1986, soit quatre jours avant l'expiration du délai de prescription prévu dans la loi, Curry a envoyé à Bass une lettre de rappel dans laquelle il demandait à ce dernier de répondre à l'offre de règlement. Le délai de prescription a expiré le 8 février 1986 sans qu'aucune autre démarche ne soit faite.

Le 11 mars 1986, un peu plus d'un mois après l'expiration du délai de prescription, Curry a demandé à Bass par téléphone de lui rendre la traite de règlement. Dans une lettre datée du 18 mars 1986, Curry a réitéré sa demande que la traite lui soit rendue et a prié Bass de mettre ICBC au courant de la position de l'appelante. Le 14 avril 1986, Bass a fait une contre-offre proposant à titre de règlement une somme beaucoup plus élevée que l'offre initiale faite pour le compte des intimés. En juin 1986, les avocats d'ICBC ont fait savoir à Bass qu'ils avaient reçu la directive de prendre la position que l'action de l'appelante était prescrite et qu'ICBC n'ait en conséquence être débitrice d'une obligation. Le 3 juillet 1986, Bass a produit une déclaration.

#### Les juridictions inférieures

*La Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (1989), 58 Man. R. (2d) 56

Ayant constaté que l'appelante opposait au moyen de défense de prescription l'irrecevabilité fondée sur une promesse et, subsidiairement, la renonciation, le juge Kennedy a traité des règles de droit applicables. En ce qui concerne l'irrecevabilité il a dit, (à la p. 57):

[TRADUCTION] Il ne faut pas confondre ces deux questions [l'irrecevabilité et la renonciation], car elles sont séparées et distinctes l'une de l'autre. La première, l'irrecevabilité en *equity*, tire son origine de la vieille décision *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited*, [1947] K.B. 130, qui établit essentiellement que, lorsqu'une partie fait une déclaration sur laquelle l'autre se fonde à son propre détriment,

estopped from following a contrary course of action. This concept has been modified to mean a basic sense of fairness and equity. One should not be able to say one thing, have it acted upon, and then behave differently than first represented. [Emphasis in original.]

Kennedy J. reviewed the facts and concluded that while there may be circumstances from which it can be inferred that a claim need not be filed, the facts in this case did not support that conclusion.

With respect to waiver, Kennedy J. said (at pp. 58-59):

The second issue of waiver comes into effect when a party knowingly acts in a manner where he waives or foregoes reliance upon some known right or defect. It is important that the right or defect, as the case may be, be known, since one should not be able to waive rights of which he was not fully aware or apprised.

In determining whether waiver applies, the defendant must take steps in the proceedings knowingly and to its prejudice, which amount to foregoing a reliance upon some right or defect. In order to waive a right it must be a known right. In this case, even if the defendant's conduct subsequent to the limitation date, amounted to taking steps in the proceedings, I do not believe the defendant ever addressed the issue of whether or not a statement of claim had been filed, and the evidence certainly supports the fact that it was never discussed directly between plaintiff's counsel and the insurance adjuster.

The conduct of the defendant in asking for the plaintiff's position four days before the limitation date, and again in early March by telephone, along with a letter of March 18th, clearly do not amount to steps being taken in the furtherance of negotiations aimed at settling, so as to amount to a waiver of the plaintiff's obligation to file a claim. For all the insurance adjuster knew a claim had been filed.

il n'est pas permis à l'auteur de la déclaration de faire le contraire de ce qu'il a dit. Ce concept a été modifié de façon qu'il signifie maintenant justice et équité fondamentales. En effet, on ne devrait pas pouvoir faire une déclaration sur laquelle une autre personne se règle, puis adopter une conduite différente de celle initialement évoquée. [Souligné dans l'original.]

Le juge Kennedy a passé en revue les faits et a conclu que, s'il peut y avoir des circonstances dont il est possible de conclure que la production d'une déclaration n'est pas nécessaire, les faits en l'espèce ne fondent pas une telle conclusion.

Au sujet de la renonciation, le juge Kennedy a dit (aux pp. 58 et 59):

[TRADUCTION] La seconde question, celle de la renonciation, se pose quand une partie agit sciemment de manière à renoncer à invoquer un droit ou un vice dont elle connaît l'existence. Il importe que cette partie soit au courant du droit ou du vice, selon le cas, car on ne devrait pas pouvoir renoncer à des droits dont on n'est pas pleinement conscient ou informé.

Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu renonciation, le défendeur doit avoir, sciemment et à son détriment, pris dans le cadre de l'instance des mesures qui reviennent à renoncer à invoquer un droit ou un vice quelconque. Pour qu'il y ait renonciation à un droit, le renonciateur doit savoir que ce droit existe. Or, en l'espèce, même si la conduite de la défenderesse après l'expiration du délai de prescription équivalait à des mesures prises dans le cadre de l'instance, je ne crois pas que la défenderesse se soit jamais demandée si une déclaration avait été produite. La preuve établit certainement d'ailleurs que ce point n'a jamais été abordé directement dans les discussions entre l'avocat de la demanderesse et l'expert en assurance.

De toute évidence, la conduite de la défenderesse consistant à s'enquérir de la position de la demanderesse quatre jours avant la date de prescription et, de nouveau, cette fois par téléphone, au début de mars, puis dans une lettre datée du 18 mars, n'équivaut pas à des mesures prises dans le cadre de négociations visant à un règlement. Cette conduite n'équivaut donc pas à une renonciation à l'exécution par la demanderesse de son obligation de produire une déclaration. Pour autant que l'ait su l'expert en assurance, une déclaration avait été produite.

The plaintiff argues that it was only when the insurance company was informed of the amount of her claim, which was apparently in excess of its reserve, that it relied upon the plaintiff's failure to file a claim. I do not accept this position. . . . Alternatively, had the evidence shown that the defendant knew of the absence of the statement of claim and continued to negotiate, a waiver may have resulted, as it might have, had the defendant responded with some counteroffer to the plaintiff's demand of April 14, 1986. Nothing in the defendant's conduct, however, subsequent to February 8, 1986, could amount to circumstances that could be construed as a waiver of the plaintiff's obligation to file a claim.

*Manitoba Court of Appeal (1989), 62 Man. R. (2d) 240*

The Court of Appeal was satisfied that the trial judge had dealt properly with the facts and law, and that he had committed no error. Accordingly, it dismissed the appeal without additional reasons.

#### Issues

The appellant raises the following issues:

1. Whether an admission of liability and an implied promise not to rely on the limitation period are alternate conditions, either of which will suffice to invoke the doctrine of promissory estoppel, as an effective answer to a limitation defence or whether a plaintiff must successfully establish both conditions in order to rely on that doctrine. [Emphasis in original.]

2. Whether the defendants in this case are precluded from relying on the limitation period as a complete defence solely by virtue of their having expressly admitted liability.

3. In the alternative, whether the defendants in this case are precluded from relying on the limitation period because of an implied promise on their part not to rely on that as a defence, in addition to their express admission of liability.

4. In the further alternative, whether the defendants have waived their right to rely on the limitation period as a complete defence to the [appellant's] action.

La demanderesse fait valoir que c'est seulement après avoir été informée du montant de l'indemnité réclamée, qui dépassait, semble-t-il sa réserve, que la compagnie d'assurance a invoqué l'omission de la demanderesse de produire une déclaration. Je ne retiens pas cet argument. [ . . . ] Par ailleurs, s'il s'était déchargé de la preuve que la défenderesse savait qu'aucune déclaration n'avait été produite et qu'elle a continué à négocier, il aurait pu y avoir alors renonciation, ce qui aurait pu être le cas également si la défenderesse avait répondu par une contre-offre à la réclamation faite par la demanderesse le 14 avril 1986. Rien dans la conduite de la défenderesse postérieurement au 8 février 1986 ne pouvait toutefois constituer des circonstances susceptibles d'être interprétées comme une renonciation à l'exécution par la demanderesse de son obligation de produire une déclaration.

*Cour d'appel du Manitoba (1989), 62 Man. R. (2d) 240*

La Cour d'appel était convaincue que le juge de première instance n'avait commis aucune erreur de fait ni de droit. Elle a en conséquence rejeté l'appel sans motiver davantage son arrêt.

#### Les questions en litige

L'appelante soulève les questions suivantes:

[TRADUCTION] 1. Une reconnaissance de responsabilité et une promesse implicite de ne pas invoquer la prescription constituent-elles des conditions alternatives, dont l'existence de l'une ou l'autre suffit pour que l'irrecevabilité fondée sur une promesse puisse être opposée avec succès à une défense de prescription ou faut-il que la demanderesse établisse les deux conditions afin de pouvoir soulever cette exception? [Souligné dans l'original.]

2. Le seul fait qu'ils ont expressément reconnu leur responsabilité empêche-t-il les défendeurs en l'espèce d'invoquer la prescription à titre de moyen de défense complet?

3. Subsidiairement, la promesse implicite de leur part de ne pas se prévaloir de la défense de prescription, ajoutée à leur reconnaissance expresse de responsabilité, empêche-t-elle les défendeurs en l'espèce d'invoquer la prescription?

4. Subsidiairement, les défendeurs ont-ils renoncé à leur droit d'invoquer la prescription à titre de moyen de défense complet opposable à l'action de l'appelante?

I prefer to consolidate these four issues into two:

1. Estoppel: Were the respondents estopped from relying on the limitation period?
2. Waiver: Did the respondents waive the limitation period?

*Promissory Estoppel*

I have reviewed the principles relating to promissory estoppel in my reasons in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, which was heard together with this appeal.

*Application to this Appeal*

In this case, both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that there was no evidence from which a promise not to rely on the limitation period could be inferred. This finding should not be interfered with unless there is some basis for concluding that the trial judge clearly misapprehended the evidence. The claim that promissory estoppel is established is substantially based on an admission of liability. It is submitted that the admission of liability was a “with prejudice” admission because it was made in correspondence and maintained throughout the period of negotiations. While in some circumstances such an admission might be taken to extend to the limitation period, the trial judge was not prepared to give it that interpretation. It was open to the trial judge to conclude that the admission was intended to facilitate settlement and was not intended to operate to preclude reliance by the respondents on legal defences available to them should the case go to trial. The appellant has not brought herself within the criteria for appellate review of this finding. The finding was confirmed by the Court of Appeal and I see no reason to interfere. Indeed, I am convinced that it was the correct finding in all the circumstances.

Je préfère refondre ces quatre questions pour n’en faire que deux:

1. L’irrecevabilité: Les intimés étaient-ils irrecevables à invoquer la prescription?
2. La renonciation: Les intimés ont-ils renoncé à invoquer la prescription?

*L’irrecevabilité fondée sur une promesse*

Je fais, dans les motifs que j’ai rédigés dans l’affaire *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada* qui a été entendue en même temps que le présent pourvoi, une revue des principes relatifs à l’irrecevabilité fondée sur une promesse.

*Application au présent pourvoi*

En l’espèce, le juge de première instance et la Cour d’appel étaient tous les deux convaincus de l’absence d’éléments de preuve dont on pouvait inférer l’existence d’une promesse de ne pas invoquer la prescription. C’est là une décision à laquelle il ne faut toucher que s’il y a une raison de conclure que le juge de première instance a manifestement mal compris la preuve. L’argument selon lequel l’irrecevabilité fondée sur une promesse a été établie repose essentiellement sur une reconnaissance de responsabilité. On soutient en effet que cette reconnaissance engageait la responsabilité de son auteur puisqu’elle a été faite dans la correspondance et maintenue tout au cours des négociations. Bien qu’une telle reconnaissance puisse dans certaines circonstances être considérée comme s’appliquant au délai de prescription, le juge de première instance n’était pas disposé à lui donner cette interprétation en l’espèce. Il lui était loisible de conclure que la reconnaissance en cause était destinée à faciliter un règlement et ne devait pas jouer de manière à mettre les intimés dans l’impossibilité de se prévaloir de moyens de défense qu’ils pourraient invoquer dans le cadre d’un procès éventuel. L’appellante n’a pas démontré qu’elle répond aux critères régissant le contrôle de cette décision par un tribunal d’appel. La décision a été confirmée par la Cour d’appel et je ne vois aucune raison d’y toucher. De fait, je suis convaincu que c’était la décision qui s’imposait dans les circonstances.



*Waiver*

For the reasons given by the trial judge, I would not give effect to this ground of appeal.

Conclusion

For the foregoing reasons and those expressed in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, the appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hill & Abra, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondents: Fillmore & Riley, Winnipeg.*

*La renonciation*

Pour les motifs exposés par le juge de première instance, je suis d'avis de rejeter ce moyen de pourvoi.

Conclusion

Pour ces motifs et pour ceux exposés dans l'arrêt *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Hill & Abra, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés: Fillmore & Riley, Winnipeg.*

**The Public Service Commission** *Appellant*

v.

**William James Millar** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the  
Attorney General for Saskatchewan  
and the Attorney General of  
Newfoundland** *Intervenors*

and between

**The Public Service Commission** *Appellant*

v.

**Bryan Osborne** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the  
Attorney General for Saskatchewan and the  
Attorney General of  
Newfoundland** *Intervenors*

and between

**The Public Service Commission** *Appellant*

v.

**Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael  
Cassidy, Ken Clavette and Heather  
Stevens** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the  
Attorney General for Saskatchewan and the**

**La Commission de la fonction  
publique** *Appelante*

*a* c.

**William James Millar** *Intimé*

et

*b*

**Le procureur général du Québec, le  
procureur général de la Saskatchewan  
et le procureur général de Terre-**

*c* **Neuve** *Intervenants*

et entre

*d* **La Commission de la fonction  
publique** *Appelante*

*c.*

*e* **Bryan Osborne** *Intimé*

et

*f* **Le procureur général du Québec, le  
procureur général de la Saskatchewan et le  
procureur général de Terre-**  
*Neuve* *Intervenants*

*g* et entre

**La Commission de la fonction  
publique** *Appelante*

*h*

*c.*

*i* **Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael  
Cassidy, Ken Clavette et Heather  
Stevens** *Intimés*

et

*j* **Le procureur général du Québec, le  
procureur général de la Saskatchewan et le**

**Attorney General of  
Newfoundland *Intervenors***

INDEXED AS: OSBORNE v. CANADA (TREASURY BOARD)

File Nos.: 21201, 21202, 21203.

1990: October 11; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Constitutional convention — Political neutrality of Public Service employees — Whether statutory provision implementing constitutional convention can be inconsistent with Constitution — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Public Service — Political partisanship — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation infringes s. 2(b) of Charter — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Vagueness — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Relationship between s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 52(1) of Constitution Act, 1982.*

These appeals concern the constitutionality of s. 33(1) of the *Public Service Employment Act*, which prohibits public servants from “engag[ing] in work” for or against a candidate (s. 33(1)(a)) or a political party (s. 33(1)(b)). Under s. 33(2), a public servant does not contravene s. 33(1) by reason only of attending a political meeting or contributing money to the funds of a candidate or of a

**procureur général de Terre-  
Neuve *Intervenants***

RÉPERTORIÉ: OSBORNE c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)

N<sup>os</sup> du greffe: 21201, 21202, 21203.

1990: 11 octobre; 1991: 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Convention constitutionnelle — Neutralité politique des fonctionnaires — Une disposition législative mettant en application une convention constitutionnelle peut-elle être incompatible avec la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Fonction publique — Activités politiques — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Imprécision — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Rapport entre l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.*

Il s'agit de pourvois mettant en cause la constitutionnalité du par. 33(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, qui interdit aux fonctionnaires de «travailler» pour ou contre un candidat (al. 33(1)a)) ou un parti politique (al. 33(1)b)). Aux termes du par. 33(2), le fait qu'un fonctionnaire assiste à une réunion politique ou contribue financièrement à la caisse d'un candidat ou

political party. The respondents, with one exception, are federal public servants who wished to participate in various political activities. They took action in the Federal Court, Trial Division seeking a declaration that s. 33 is of no force or effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court concluded that even if s. 33 infringed the rights of individual public servants guaranteed by the *Charter*, such limits were justified under s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal set aside the judgment. The Court of Appeal found that ss. 33(1)(a) and 33(1)(b) infringed ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* but that s. 33(1)(b) was justifiable under s. 1. Section 33(1)(a) of the Act was declared of no force or effect except as it applies to a "deputy head".

*Held* (Stevenson J. dissenting): The appeals should be dismissed.

#### (1) *Constitutional Convention*

Section 33 of the Act is not immune from *Charter* scrutiny merely because it may be said to uphold a constitutional convention. While conventions form part of the Constitution of this country in the broader political sense, i.e., the democratic principles underlying our political system and the elements which constitute the relationships between the various levels and organs of government, they are not enforceable in a court of law unless they are incorporated into legislation. Furthermore, statutes embodying constitutional conventions do not automatically become entrenched to form part of the constitutional law, but retain their status as ordinary statutes. Being a provision in an ordinary statute, s. 33 is subject to review under the *Charter* as any ordinary legislation.

#### (2) *Freedom of Expression*

Section 33 of the Act, which prohibits partisan political expression and activity by public servants under threat of disciplinary action including dismissal from employment, infringes the right to freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Where opposing values call for a restriction on the freedom of speech, and, apart from exceptional cases, the limits on that freedom are to be dealt with under the balancing test in s. 1, rather than circumscribing the scope of the guarantee at the outset. In this case, by prohibiting public servants from speaking out in favour of a political party or candidate, s. 33

d'un parti politique ne constitue pas à lui seul un manquement au par. 33(1). Les intimés sont, à l'exception d'un seul, des fonctionnaires fédéraux qui voulaient participer à différentes activités politiques. Ils ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une action visant à faire déclarer l'art. 33 inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a conclu que, même si, dans le cas de fonctionnaires pris isolément, l'art. 33 portait atteinte aux droits garantis par la *Charte*, de telles restrictions étaient justifiées aux termes de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision et a jugé que les al. 33(1)a) et 33(1)b) violaient les al. 2b) et 2d) de la *Charte*, mais que l'al. 33(1)b) pouvait se justifier aux termes de l'article premier. L'alinéa 33(1)a) de la Loi a été déclaré inopérant, sauf dans la mesure où il s'applique à un «administrateur général».

*Arrêt* (le juge Stevenson est dissident): Les pourvois sont rejetés.

#### (1) *La convention constitutionnelle*

L'article 33 de la Loi n'échappe pas à l'examen en vertu de la *Charte* du simple fait qu'il peut être considéré comme maintenant une convention constitutionnelle. Bien que les conventions fassent partie de la Constitution canadienne au sens politique plus large, c.-à-d. au sens des principes démocratiques qui sous-tendent notre système politique et au sens des éléments qui constituent les rapports entre les différents ordres et organes de gouvernement, elles ne peuvent être appliquées par les tribunaux, à moins qu'elles ne soient intégrées dans un texte législatif. En outre, les lois entérinant les conventions constitutionnelles ne font pas automatiquement partie intégrante du droit constitutionnel; au contraire, elles conservent leur caractère de lois ordinaires. N'étant qu'une disposition d'une loi ordinaire, l'art. 33 est, au même titre que toute autre loi ordinaire, susceptible d'examen à la lumière de la *Charte*.

#### (2) *La liberté d'expression*

L'article 33 de la Loi qui, sous peine de mesures disciplinaires allant jusqu'au renvoi, interdit aux fonctionnaires les activités et l'expression politiques de nature partisane, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsque l'existence de valeurs opposées nécessite la restriction de la liberté d'expression, et mis à part les cas exceptionnels, il faut soumettre à l'appréciation exigée par l'article premier les restrictions imposées à cette liberté, plutôt que de circonscire au départ la portée de la garantie. En l'espèce, l'art. 33 de la Loi, du fait qu'il interdit aux fonc-

of the Act expressly has for its purpose the restriction of expressive activity and is accordingly inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. In light of the conclusion that s. 33 is inconsistent with s. 2(b), it is neither necessary nor appropriate in the circumstances to determine whether there is also a violation of s. 2(d) of the *Charter*.

### (3) Reasonable Limit

Section 33 of the Act is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. Section 33 is not couched in such vague or general language that it does not contain an intelligible standard. The words "engage in work", while capable of very wide import, are ordinary simple words that are capable of interpretation. These words may present considerable difficulty in application to a specific situation, but difficulty of interpretation cannot be equated with the absence of any intelligible standard. Finally, the language of s. 33 does not create a standard which leaves it to the members of the Public Service Commission to ban whatever activity they please.

*Per Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.:* Section 33 of the Act is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the legislative objective of maintaining the neutrality of the public service is of sufficient importance to justify a limitation on freedom of expression, the impugned legislation fails to meet the proportionality test. The restriction of partisan political activity is rationally connected to the objective but s. 33 does not constitute a measure carefully designed to impair freedom of expression as little as reasonably possible. The section bans all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the public service hierarchy. The result of the broad general language of s. 33 is that the restrictions apply to a great number of public servants who in modern government are completely divorced from the exercise of any discretion that could be in any manner affected by political considerations. The need for impartiality and indeed for the appearance thereof does not remain constant throughout the civil service hierarchy. Section 33, therefore, is over-inclusive and, in many of its applications, goes beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service.

tionnaires de s'exprimer en faveur d'un parti politique ou d'un candidat, vise explicitement à restreindre l'activité d'expression et est donc incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. Vu la conclusion à l'incompatibilité de l'art. 33 avec l'al. 2b), il n'est ni nécessaire ni approprié, dans les circonstances, de déterminer s'il y a en outre violation de l'al. 2d) de la *Charte*.

### (3) La limite raisonnable

L'article 33 de la Loi est suffisamment précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. L'article 33 n'est pas rédigé de façon tellement vague ou générale qu'il n'énonce pas de norme intelligible. Le mot «travailler», bien qu'il puisse admettre un sens très large, est un terme simple et courant qui se prête à l'interprétation. L'application de ce mot à un cas particulier peut s'avérer fort difficile, mais difficulté d'interprétation n'emporte pas absence de norme intelligible. Finalement, le texte de l'art. 33 ne crée pas une norme qui permet aux membres de la Commission de la fonction publique d'interdire, à leur gré, n'importe quelle activité.

*Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin:* L'article 33 de la Loi n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif législatif du maintien de la neutralité de la fonction publique revête une importance suffisante pour justifier qu'une restriction soit imposée à la liberté d'expression, la disposition contestée ne satisfait pas au critère de proportionnalité. La restriction d'activités politiques partisans a un lien rationnel avec cet objectif, mais l'art. 33 ne constitue pas une mesure qui, dans des limites raisonnables, est soigneusement conçue pour porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. L'article interdit à tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique. Il résulte des termes généraux et de la large portée de l'art. 33 que les restrictions s'appliquent à un grand nombre de fonctionnaires qui, dans une fonction publique moderne, n'ont absolument rien à voir avec l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé de quelque manière par des considérations d'ordre politique. La nécessité de l'impartialité et même de l'apparence d'impartialité n'est pas uniforme à tous les échelons de la fonction publique. L'article 33 a donc une portée excessive et, dans beaucoup de ses applications, dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale.

*Per* Stevenson J. (dissenting): Section 33(1)(a) of the *Public Service Employment Act* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The important objective of s. 33(1)(a) is to secure civil service neutrality in all of its elements. An effective civil service is essential to modern day democratic society and a measure of neutrality is necessary in order to preserve that effectiveness. No civil servant must owe, or be seen to owe, appointment or promotion to partisan activities since visible partisanship by civil servants would severely impair, if not destroy, the public perception of neutrality. In that context, s. 33(1)(a) of the Act is an acceptably proportional response to Parliament's objective. The section does not suffer from overbreadth and meets the "minimal impairment" test. The proposed less restrictive means, which distinguish between various levels of public servants (and thus abandon any restraint on the so-called lower level civil service), would not satisfy the objective of preserving the civil service's political neutrality. Finally, there is an appropriate proportionality between the effects of the measure and the objective. The provision does not deny freedom of expression. It imposes a limitation on that freedom in the context of partisan political activities upon persons who must know, or at least be deemed to know, that employment in the public service involves acceptance of certain restraints.

#### (4) *Remedy*

*Per* Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: In selecting an appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* a court's primary concern must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. The court, while it is given an express mandate to declare a law to be of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter* under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be sensitive to its proper role in the constitutional framework and refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary to give full effect to the *Charter*'s provisions. In exercising its broad discretion to fashion an appropriate remedy in a *Charter* case, the court need not resolve the question as to whether there is a presumption of constitutionality. By reason of the diverse and novel problems which it will be called upon to redress, the court must maintain at its disposition a variety of remedies as part of its arsenal. "Reading down" legislation

*Le* juge Stevenson (dissident): L'alinéa 33(1)a de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* est justifiable aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'objectif important visé par l'al. 33(1)a est d'assurer la neutralité de la fonction publique dans tous ses éléments. Une fonction publique efficace est indispensable dans une société démocratique moderne et un certain degré de neutralité s'impose afin d'assurer le maintien de cette efficacité. Il ne faut pas qu'un fonctionnaire doive, ou soit perçu comme devant, sa nomination ou sa promotion à des activités partisans car, si les fonctionnaires affichaient leurs convictions politiques, la perception de neutralité existant chez le public serait gravement compromise, voire anéantie. Dans ce contexte, l'al. 33(1)a de la *Loi* présente un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif visé par le législateur. Cet alinéa n'a pas une portée excessive et il satisfait au critère de l'«atteinte minimale». Les moyens moins restrictifs proposés, qui font une distinction entre les fonctionnaires de différents niveaux (de sorte qu'aucune restriction ne soit imposée aux fonctionnaires des échelons dits «inférieurs»), ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de la préservation de la neutralité politique de la fonction publique. Finalement, il existe une proportionnalité convenable entre les effets de la mesure en cause et l'objectif qu'elle vise. La disposition ne prive pas de la liberté d'expression. Elle ne fait que limiter cette liberté dans le contexte d'activités politiques partisans pour des personnes qui doivent savoir, ou du moins sont présumées savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions.

#### (4) *La réparation*

*Les* juges Sopinka, Cory et McLachlin: Dans le choix d'une réparation convenable en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. La cour, bien qu'elle soit expressément autorisée, aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à déclarer une règle de droit inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*, doit se montrer consciente du rôle qu'elle est appelée à jouer dans le cadre constitutionnel et ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire pour rendre pleinement opérantes les dispositions de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce son large pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation convenable dans une affaire mettant en cause la *Charte*, la cour n'a pas à décider s'il existe une présomption de constitutionnalité. En raison des problèmes nouveaux et divers qu'elle aura à régler, il faut que la

may, in some cases, be an appropriate remedy. The same result may on occasion be obtained by resort to the constitutional exemption. However, it is not necessary in this case to determine whether the Court has the power to apply such remedies in a *Charter* case since it is preferable to strike out s. 33(1) to the extent of its inconsistency with s. 2(b). To maintain a section that is riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and would constitute a greater intrusion on Parliament's role. Parliament should determine how the section should be redrafted, not the Court. The Federal Court of Appeal's order, which declared s. 33(1)(a) of no force or effect except as it applies to a "deputy head", must stand since the respondents did not cross-appeal or seek a variation of the order.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.:* Once the Court has found that the impugned legislation on its proper interpretation is over-inclusive, infringes on a *Charter* right, and cannot be justified as a reasonable limit under s. 1, the Court has no alternative under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution. It is not open to the Court in these circumstances to create exemptions to the legislation (which presupposes its constitutional validity) and grant individual remedies under s. 24(1) of the *Charter*.

*Per La Forest J.:* The interplay between s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* does not really arise in this case. Wilson J. may well be right on this issue, but it should be left for consideration in a more appropriate case where its implications could be more fully assessed.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *OPSEU v. Ontario*

cour dispose toujours d'un arsenal comportant une variété de réparations possibles. L'«interprétation atténuée» d'une loi peut dans certains cas être une réparation convenable. On peut parfois arriver au même résultat en recourant à l'exemption constitutionnelle. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce de déterminer si la Cour a le pouvoir d'appliquer de telles réparations dans une affaire mettant en cause la *Charte* puisqu'il est préférable d'invalider le par. 33(1) dans la mesure de son incompatibilité avec l'al. 2b). Maintenir en vigueur un article entaché de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représenterait un empiétement plus prononcé sur le rôle du Parlement. C'est au Parlement et non à la Cour qu'il appartient de déterminer quelle devrait être la nouvelle formulation de l'article. L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, qui a déclaré inopérant l'al. 33(1)a), sauf dans la mesure où il s'applique à un «administrateur général», doit être maintenue étant donné que les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident ni demandé la modification de cette ordonnance.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé:* Dès lors que la Cour conclut que, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la loi contestée est de portée excessive, viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier, la Cour ne peut faire autrement, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Il n'est pas loisible à la Cour, dans ces circonstances, de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui presuppose sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

*Le juge La Forest:* La question de l'interaction du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne se pose pas vraiment en l'espèce. Il se peut bien que le juge Wilson ait raison sur cette question, mais il convient de l'étudier dans un cas plus approprié où l'on pourra mieux en évaluer toutes les répercussions.

### i Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts appliqués:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *SEFPO c.*

(Attorney General), [1987] 2 S.C.R. 2; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; referred to: *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

By Stevenson J. (dissenting)

*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL—CIO*, 413 U.S. 548 (1973); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d), 24(1).  
*Constitution Act*, 1982, s. 52(1).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

*Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; arrêts mentionnés: *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Citée par le juge Stevenson (dissident)

*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL—CIO*, 413 U.S. 548 (1973); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 24(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 32.



## Authors Cited

*Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «travailler».

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987. <sup>a</sup>

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «work».

Vaughn, Robert G. «Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond» (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516. <sup>b</sup>

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 219, 52 D.L.R. (4th) 241, 87 N.R. 376, 43 C.R.R. 351, 22 C.C.E.L. 98, setting aside judgments of the Trial Division, [1986] 3 F.C. 206, 30 D.L.R. (4th) 662, 5 F.T.R. 29, 25 C.R.R. 229, 14 C.C.E.L. 230. Appeals dismissed, Stevenson J. dissenting. <sup>c</sup>

*Duff Friesen, Q.C.*, for the appellant.

*John P. Nelligan, Q.C.*, and *Dougald E. Brown*, for the respondents Millar and Osborne. <sup>e</sup>

*Jeffry A. House*, for the respondents Barnhart et al.

*Jean Bouchard* and *Isabelle Harnois*, for the intervenor the Attorney General of Quebec. <sup>f</sup>

*Robert G. Richards*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Gale Welsh*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland. <sup>g</sup>

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—Subject to the comments which follow I agree with the reasons for judgment of my colleague Justice Sopinka and would dispose of these appeals as he proposes. I do not share his views, however, as to the recourse open to the Court once it has found that the impugned legislation on its proper interpretation is over-inclusive, infringes on a *Charter* right, and cannot be justified as a reasonable limit under s. 1. Once these findings have been made I believe that the Court has no alternative but to strike <sup>j</sup>

## Doctrines citées

*Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «travailler».

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «work».

Vaughn, Robert G. «Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond» (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel fédérale, [1988] 3 C.F. 219, 52 D.L.R. (4th) 241, 87 N.R. 376, 43 C.R.R. 351, 22 C.C.E.L. 98, qui ont infirmé des jugements de la Section de première instance, [1986] 3 C.F. 206, 30 D.L.R. (4th) 662, 5 F.T.R. 29, 25 C.R.R. 229, 14 C.C.E.L. 230. Pourvois rejetés, le juge Stevenson est dissident. <sup>d</sup>

*Duff Friesen, c.r.*, pour l'appelante.

*John P. Nelligan, c.r.*, et *Dougald E. Brown*, pour les intimés Millar et Osborne. <sup>e</sup>

*Jeffry A. House*, pour les intimés Barnhart et autres.

*Jean Bouchard* et *Isabelle Harnois*, pour l'intervenant le procureur général du Québec. <sup>f</sup>

*Robert G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Gale Welsh*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve. <sup>g</sup>

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par <sup>h</sup>

LE JUGE WILSON—Sous réserve des observations qui suivent, je souscris aux motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis d'avis de trancher ces pourvois de la manière qu'il propose. Je ne partage toutefois pas son avis quant aux mesures que peut prendre la Cour dès lors qu'elle conclut que, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la loi contestée est de portée excessive, viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en tant que restriction raisonnable au sens de l'article premier. Une fois ces

the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution. I do not believe that it is open to the Court in these circumstances to create exemptions to the legislation (which, in my view, presupposes its constitutional validity) and grant individual remedies under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, it is not, in my opinion, open to the Court to cure over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books.

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, in my view, contemplates the exercise by the Court of its interpretative function as a first step. Once it has interpreted the impugned legislation it must decide on the basis of that interpretation whether the section is consistent or inconsistent with the citizen's *Charter* right. If it is consistent, there is no problem: the legislation is constitutional and the citizen must abide by it. If it is inconsistent, then the Court must declare it of no force or effect to the extent of the inconsistency. Section 52(1), in my view, mandates this result.

The purpose of s. 24(1), in my view, is to provide an appropriate and just remedy to an individual whose guaranteed rights or freedoms have been infringed or denied. As was stated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313:

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.

Similarly in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, it was stated at p. 221:

conclusions tirées, la Cour, me semble-t-il, ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Je ne crois pas qu'il soit loisible à la Cour dans ces circonstances de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui présume, selon moi, sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En d'autres termes, j'estime que la Cour ne saurait remédier à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive.

À mon avis, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* envisage comme première étape l'exercice par la Cour de sa fonction d'interprétation. Après avoir interprété l'article contesté, elle doit décider alors en fonction de cette interprétation s'il est compatible ou non avec le droit dont chacun jouit aux termes de la *Charte*. Dans l'hypothèse de la compatibilité, aucun problème ne se pose: la loi est alors constitutionnelle et tous sont tenus d'y obéir. Si par contre il y a incompatibilité, il incombe à la Cour de déclarer la loi inopérante dans la mesure de cette incompatibilité. C'est, d'après moi, le résultat que commande le par. 52(1).

Le paragraphe 24(1) vise, selon moi, à accorder une réparation convenable et juste à un particulier victime de violation ou de négation de ses droits ou libertés garantis. Ainsi que le dit notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313:

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur 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 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.

De même, dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, on affirme, à la p. 221:

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”.

I believe also that a distinction has to be made between creating exemptions from the legislation under s. 24(1) which presupposes its constitutionality and “reading down” the legislation which is a process of interpretation so as to restrict the scope of its application. In the latter case the legislation is held as a matter of interpretation not to apply to X and no intervention by the Court under s. 24(1) is required. In the former case the legislation is found on its proper interpretation to apply to X but the Court intervenes to give him or her relief under s. 24(1).

With these reservations I would dismiss the appeals as my colleague suggests.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am in general agreement with the reasons of my colleague, Justice Sopinka, except as they relate to his discussion of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its interplay with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I suspect my colleague, Justice Wilson, may well be right on this issue, but since the point does not really arise in this case, I prefer to leave it for consideration when it does arise and its implications can be more fully assessed.

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

SOPINKA J.—These appeals concern the constitutionality of s. 33 of the *Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33* (the “Act”), which prohibits public servants from engaging in work for or

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».

Je crois également qu’il faut faire une distinction entre créer des exemptions de l’application de la loi en vertu du par. 24(1), ce qui présuppose la constitutionnalité de cette loi, et donner à la loi une «interprétation atténuée», ce qui consiste à l’interpréter de manière à en limiter la portée. Dans ce dernier cas, la loi est jugée, sur le plan de l’interprétation, inapplicable à X, de sorte que la Cour n’a pas à intervenir en vertu du par. 24(1). Dans le premier cas, la loi est jugée, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner, s’appliquer à X, mais la Cour intervient pour lui accorder une réparation en vertu du par. 24(1).

Sous ces réserves, je suis d’avis de rejeter les pourvois, comme le propose mon collègue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis d’accord pour l’essentiel avec les motifs de mon collègue le juge Sopinka, sauf pour ce qui est de son analyse du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de son interaction avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il se peut bien que ma collègue le juge Wilson ait raison sur cette question mais, puisqu’elle ne se pose pas vraiment en l’espèce, j’estime préférable de l’étudier quand elle sera vraiment soulevée et que l’on pourra en évaluer toutes les répercussions.

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

LE JUGE SOPINKA—Il s’agit de pourvois mettant en cause la constitutionnalité de l’art. 33 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33* (la «Loi»), qui interdit aux fonctionnaires de

against a political party or candidate. The Public Service Commission (the "Commission") appeals from judgments of the Federal Court of Appeal allowing appeals from the judgments of the Federal Court, Trial Division, dismissing the actions of the respondents for declarations that s. 33 of the *Act* is void by reason of its conflict with ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

### Facts

*P.S.C. v. Barnhart, Camponi, Cassidy, Clavette and Stevens*

The respondents Barnhart, Camponi, Clavette and Stevens are all public servants within the meaning of the *Act*. They wished to work after working hours on behalf of the fifth respondent, Cassidy, who was, at the time the action was brought, a candidate for election to Parliament and, at the time of trial, a Member of Parliament.

Barnhart and Camponi are both employed by the Department of Indian Affairs and Northern Development. Barnhart claims that he does not meet the public in his job which involves monitoring the environment in the Indian reserves. Camponi, whose job entails research in the archives of the Department, maintains that she is particularly concerned with the place of women in Canadian society and would like to communicate her opinion as to which political party has the best policy on women's issues to her friends and neighbours. Clavette, who is employed as a clerk in the Department of National Defence, is also the President of the Ottawa Labour Council and would like to work for candidates who support positions which enhance the rights of working people. Stevens, employed in the Public Archives of Canada, wishes to participate in activities such as envelope stuffing and addressing of correspondence from her own home or from the campaign offices of the party she supports.

The respondents commenced proceedings in the Federal Court of Appeal, Trial Division, seeking a declaration that s. 33 of the *Act* is of no force and

travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection. La Commission de la fonction publique (la «Commission») se pourvoit contre les arrêts de la Cour d'appel fédérale, qui a accueilli les appels interjetés contre les décisions dans lesquelles la Section de première instance de la Cour fédérale avait rejeté les actions des intimés visant à faire déclarer invalide l'art. 33 de la *Loi* au motif qu'il était inconciliable avec les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### Les faits

*C.F.P. c. Barnhart, Camponi, Cassidy, Clavette et Stevens*

Les intimés Barnhart, Camponi, Clavette et Stevens sont tous des fonctionnaires au sens de la *Loi*. Ils désiraient œuvrer, après leurs heures de travail, pour le compte du cinquième intimé, Cassidy, qui était, au moment de l'introduction de l'instance, candidat aux élections fédérales et, au moment du procès, député fédéral.

Barnhart et Camponi sont tous deux employés du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Barnhart affirme qu'il n'a pas affaire au public dans son travail, qui consiste à surveiller l'état de l'environnement dans les réserves indiennes. Camponi, qui a pour fonction d'effectuer des recherches aux archives du même ministère, déclare qu'elle s'intéresse particulièrement à la situation de la femme dans la société canadienne et qu'elle aimerait faire part à ses amis et à ses voisins de son opinion quant au parti qui préconise la meilleure politique sur les questions touchant les femmes. Clavette, qui occupe un poste de commis au ministère de la Défense nationale, est également président du Conseil du travail d'Ottawa et souhaite travailler pour des candidats qui prennent position en faveur de l'amélioration des droits des travailleurs. Stevens, une employée des Archives publiques du Canada, désire participer, chez elle ou aux bureaux de campagne électorale du parti qu'elle appuie, à des activités consistant, par exemple, à remplir des enveloppes et à adresser du courrier.

Les intimés ont engagé devant la Section de première instance de la Cour fédérale une procédure visant d'une part à faire déclarer l'art. 33 de la *Loi*

effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* and an injunction enjoining the Commission from enforcing it.

*P.S.C. v. Osborne; P.S.C. v. Millar*

The respondents Osborne and Millar are public servants who were elected to be delegates to the 1984 leadership convention of the Liberal Party. They were both forced to resign as delegates after being advised by their employers, the Superintendent of Insurance and the Regional Director General of Indian and Inuit Affairs, respectively, that they would suffer disciplinary action if they failed to do so.

In the case of Osborne, who is employed in the Actuarial Branch of the Department of Insurance, he was advised by his supervisor shortly after his election as a delegate that he would incur a disciplinary penalty if he did not resign his position. When a federal by-election was called in his riding, Osborne sought and obtained a leave of absence without pay pursuant to s. 33(3) of the *Act* to become a candidate for the party nomination. He admitted that his motive in so doing was to enable him to participate in the leadership convention. Following the convention, Osborne requested that his leave be terminated on the basis that there was insufficient support for his nomination, and this was granted.

The respondent Millar is a commerce officer in the Indian and Inuit Affairs Branch of the Department of Indian and Northern Affairs. Following his election as a delegate to the leadership convention, he was given written permission to attend. However, this permission was subsequently revoked by the Regional Director General of Indian and Inuit Affairs who gave Millar 24 hours notice to resign.

The respondents Millar and Osborne initiated actions in the Federal Court, Trial Division, seeking declarations that their respective employers had no authority or basis in law to order them not to attend the convention as delegates and that s. 33 of the *Act* is of no force and effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*.

inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte* et, d'autre part, à obtenir une injonction empêchant la Commission de l'appliquer.

*a C.F.P. c. Osborne; C.F.P. c. Millar*

Les intimés Osborne et Millar sont fonctionnaires. Élus délégués au congrès de 1984 à la direction du Parti libéral, ils se sont vu tous les deux contraints de démissionner de leurs fonctions de délégués après avoir été informés par leurs employeurs respectifs, le surintendant des assurances et le directeur général régional des Affaires indiennes et inuit, qu'ils feraient l'objet de mesures disciplinaires s'ils refusaient.

Osborne, qui travaillait à la Direction de l'actuariat du ministère des Assurances, a appris de son surveillant peu après avoir été élu délégué qu'une sanction disciplinaire lui serait infligée s'il ne résignait pas ses fonctions de délégué. Une élection partielle fédérale ayant été déclenchée dans sa circonscription, Osborne a demandé et obtenu un congé non payé conformément au par. 33(3) de la *Loi* pour briguer l'investiture du parti. De son propre aveu, le but de son geste était de lui permettre de participer au congrès à la direction. À la suite de celui-ci, Osborne a demandé à interrompre son congé au motif qu'il ne jouissait pas d'un appui suffisant pour remporter l'investiture. On a accédé à sa demande.

L'intimé Millar est agent commercial au sein de la Direction générale des Affaires indiennes et inuit du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Après avoir été élu délégué au congrès à la direction, il a reçu l'autorisation écrite d'y assister. Cette autorisation a toutefois été révoquée par le directeur général régional des Affaires indiennes et inuit, qui lui a intimé l'ordre de renoncer à sa qualité de délégué dans un délai de 24 heures.

Les intimés Millar et Osborne ont entamé à la Section de première instance de la Cour fédérale des actions visant à obtenir des jugements déclaratoires portant que leurs employeurs respectifs n'étaient pas habilités ou n'étaient pas fondés en droit à leur interdire de participer au congrès en tant que délégués et en outre que l'art. 33 de la *Loi* est inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte*.

Judgments of Courts Below

The three actions and the ensuing appeals were heard together.

*Federal Court, Trial Division*, [1986] 3 F.C. 206

Walsh J. accepted that there is in Canada, as in other democratic countries, a “convention of political neutrality” in the public service which necessitates the placing of some restraints on partisan political activity. However, these restraints should be as few as possible and no more than are necessary to attain the objective of political neutrality. He was of the view that this is what s. 33 of the *Act* attempts to do although the general language requires some judicial interpretation when applied to specific instances of political activity.

Walsh J. rejected the argument, based on *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), that the words “engage in work” are sufficiently vague as to justify a finding that the impugned section is of no force and effect as being contrary to the *Charter*. He reasoned that such a finding would have the consequence of removing all restrictions on political activity on public servants “when it has been accepted that some limitation is desirable and necessary” (p. 236).

Walsh J. was of the opinion that in the absence of amending legislation or defining regulations, judicial interpretation of the provision was required. However, he declined to generalize as to which activities are permissible under the provision, choosing to leave this to be decided on a case-by-case basis. The trial judge applied the provision to the facts of the cases noting that the degree of restraint which must be exercised is relative to the position and visibility of the public servant.

With respect to the respondents Millar and Osborne, Walsh J. found that their election as delegates to the leadership convention did not infringe s. 33 of the *Act*. With respect to the respondent Cassidy, who had argued that the provision infringed his freedom of association under the *Charter*, Walsh J.

Les jugements des juridictions inférieures

Les trois actions ont été entendues ensemble, de même que les appels.

*Cour fédérale, Section de première instance*, [1986] 3 C.F. 206

Le juge Walsh a reconnu qu’il existe au Canada, comme dans d’autres pays démocratiques, une «règle de neutralité politique» dans la fonction publique qui exige qu’on impose certaines restrictions aux activités politiques partisans. Ces restrictions doivent toutefois être aussi peu nombreuses que possible, se limitant à ce qui est nécessaire pour permettre d’atteindre l’objectif de la neutralité politique. C’est, à son avis, ce que vise l’art. 33 de la *Loi*, bien que son libellé général doive faire l’objet d’une certaine interprétation judiciaire quand il est appliqué à des cas précis d’activité politique.

Le juge Walsh a rejeté l’argument, fondé sur l’arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), selon lequel le mot «travailler» est suffisamment vague pour justifier la conclusion que l’article contesté est inopérant parce que contraire à la *Charte*. D’après lui, une pareille conclusion aurait pour effet d’écartier toute restriction des activités politiques des fonctionnaires alors même qu’il «a été reconnu qu’une certaine limite est souhaitable et nécessaire» (p. 236).

De l’avis du juge Walsh, en l’absence de loi modificative ou de règlement explicatif, l’interprétation judiciaire de la disposition s’impose. Il s’est toutefois refusé à toute généralisation concernant les activités permises aux termes de la disposition en question, préférant que cela se décide cas par cas. Appliquant donc la disposition aux faits des affaires dont il était saisi, le juge de première instance a souligné que le degré de modération dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire.

En ce qui concerne les intimés Millar et Osborne, le juge Walsh a conclu qu’ils n’avaient pas enfreint l’art. 33 de la *Loi* en se faisant élire délégués au congrès à la direction. Quant à l’intimé Cassidy, qui avait fait valoir que cette disposition violait sa liberté d’association, garantie par la *Charte*, le juge Walsh a dit

observed that he was indeed restricted in his desire to employ public servants to work in connection with his election campaign, but chose to consider this question from the perspective of whether the other respondents' rights of association with him were infringed.

Walsh J. then set out the permissible activities of the other respondents. In the case of the respondent Barnhart, Walsh J. found that, as s. 33 specifically permitted the attending of political meetings and contribution of money for candidates, it implicitly allows participation in discussion relating to the development of policies. However, this permission does not extend to any statements of a partisan political nature. He concluded that Barnhart should not act as a scrutineer at a polling station. With respect to the respondent Camponi, Walsh J. noted that in publicly stating her opinion as to which political party has the best policy on women's issues, she would undoubtedly be engaging in work on behalf of a political party. While her freedom to express her personal views is unrestricted, she should not identify herself as supporting them on behalf of any given political party. Similarly, Walsh J. noted that the respondent Clavette is free to express his views on issues of interest to him but would violate s. 33 of the *Act* if he were to publicly support a political party which he feels expresses his views and to work for it in election campaigns in such a manner as to identify himself publicly as a member of that party. In the case of the respondent Stevens, he was of the view that it would be giving too wide an interpretation to s. 33 to find that the stuffing of envelopes and the addressing of correspondence would be prohibited as she would not be directing public attention to herself as working on behalf of a given political party.

Walsh J. did not discuss whether s. 33 of the *Act* constituted a violation of ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*, but went directly to the discussion under s. 1 of the *Charter*. He concluded that even if s. 33 of the *Act* infringed the rights of individual public servants guaranteed by the *Charter*, such limits (on the basis

qu'il était effectivement limité dans la possibilité d'avoir recours aux services de fonctionnaires dans le cadre de sa campagne électorale. Le juge a cependant choisi d'aborder la question en se demandant plutôt si les autres intimés avaient été lésés dans leur droit de s'associer à Cassidy.

Le juge Walsh a poursuivi en énumérant les activités permises aux autres intimés. Pour ce qui est de l'intimé Barnhart, il a décidé que, comme l'art. 33 permet expressément d'assister à des réunions politiques et de verser de l'argent à des candidats, il autorise implicitement la participation aux discussions ayant trait à l'élaboration de politiques. Cette autorisation ne s'étend toutefois pas aux déclarations politiques de caractère partisan. Barnhart, a-t-il conclu, ne devait pas agir à titre de scrutateur à un bureau de vote. À l'égard de l'intimée Camponi, le juge Walsh a fait remarquer qu'en exprimant publiquement son opinion quant au parti politique qui possède la meilleure politique sur les questions touchant les femmes, elle se trouverait sans aucun doute à travailler pour le compte d'un parti politique. Bien que jouissant d'une liberté illimitée d'articuler ses points de vue personnels, elle ne devrait pas se présenter comme les avançant au nom d'un parti politique, quel qu'il soit. De même, le juge Walsh a indiqué que l'intimé Clavette est libre d'exprimer ses opinions sur des questions qui le préoccupent, mais qu'il contreviendrait à l'art. 33 de la *Loi* s'il appuyait publiquement un parti politique qui, à son avis, les véhicule et s'il travaillait pour ce parti dans des campagnes électorales, de manière à faire connaître au public son appartenance au parti. Dans le cas de l'intimée Stevens, le juge Walsh a estimé que ce serait donner à l'art. 33 une interprétation trop large si on concluait que remplir des enveloppes et adresser du courrier constituaient des activités défendues, car elle n'attirait pas par là l'attention du public sur le fait qu'elle travaillait au nom d'un parti politique donné.

Le juge Walsh n'a pas traité de la question de savoir si l'art. 33 de la *Loi* violait les al. 2b) et 2d) de la *Charte*, mais a passé directement à l'analyse fondée sur l'article premier. Il a conclu que, même si, dans le cas de fonctionnaires pris isolément, l'art. 33 de la *Loi* porte atteinte aux droits garantis par la

of the section as “judicially interpreted”) are reasonably prescribed and can be justified under s. 1.

*Federal Court of Appeal*, [1988] 3 F.C. 219

The Federal Court of Appeal overturned the judgment of Walsh J. on the basis that the impugned provision is vague and wide open to discretionary application and, as such, fails to meet the test of “reasonable limit” as set out in *Luscher, supra*. Mahoney J.A. considered the evidence showing that the Commission itself had difficulty in interpreting the expression “engage in work” to be determinative in this regard. Accordingly, he was of the view that the trial judge erred in limiting the remedy to a declaration as to which of the activities engaged in by the respondents was permissible under the *Act*.

In reaching this conclusion, Mahoney J.A. accepted the existence of a constitutional convention of political neutrality, but rejected the submission that the public right arising out of the convention preempts the respondents’ rights under the *Charter* or that the provision in question is thereby exempt from review under the *Charter*. He noted, however, that the existence of a constitutional convention supporting a limitation may “go a long way toward demonstrating its justification” under s. 1 of the *Charter*.

Furthermore, while the activities affected by s. 33 of the *Act* may be addressed as a violation of the guarantee of freedom of expression, Mahoney J.A. was of the view that such rights are protected independently by the guarantee of freedom of association. He found that s. 33 of the *Act* infringed the right to freedom of association on the basis that the right to associate with others is fundamental to a process whose essence is that conflicting interests be advanced and opposed by electoral means.

Finally, Mahoney J.A. stated in *obiter* that the limitation on candidacy was expressed in adequately

*Charte*, de telles restrictions (compte tenu de l’interprétation donnée à cet article par les tribunaux) sont raisonnables et peuvent se justifier aux termes de l’article premier de la *Charte*.

*Cour d’appel fédérale*, [1988] 3 C.F. 219

La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision du juge Walsh au motif que la disposition contestée est vague et se prête très facilement à une application discrétionnaire, si bien qu’elle ne satisfait pas au critère de la «limite raisonnable» posé dans l’arrêt *Luscher*, précité. Le juge Mahoney a tenu pour concluante à cet égard la preuve établissant que la Commission avait éprouvé elle-même de la difficulté à interpréter le terme «travailler». Il a estimé en conséquence que le juge de première instance a eu tort de n’accorder comme réparation qu’une déclaration énumérant celles des activités des intimés qui étaient permises par la *Loi*.

En arrivant à cette conclusion, le juge Mahoney a admis l’existence d’une convention constitutionnelle de neutralité politique, mais a rejeté l’argument voulant que le droit du public découlant de cette convention l’emporte sur les droits reconnus aux intimés par la *Charte* ou que la convention joue de manière à soustraire la disposition en cause à tout examen effectué en vertu de la *Charte*. Il a toutefois fait remarquer que l’existence d’une convention constitutionnelle appuyant la restriction d’un droit garanti est «susceptible d’aider considérablement à démontrer sa justification» aux termes de l’article premier de la *Charte*.

De plus, le juge Mahoney était d’avis que, bien que les activités visées à l’art. 33 de la *Loi* puissent être considérées comme violant la garantie de la liberté d’expression, les droits dans ce domaine bénéficient également d’une protection distincte assurée par la garantie de la liberté d’association. Affirmant que le droit de s’associer à autrui est un élément fondamental d’un processus qui consiste essentiellement à faire en sorte que soient avancés et contredits dans un cadre électoral des points de vue opposés, il a conclu que l’art. 33 de la *Loi* portait atteinte au droit à la liberté d’association.

En dernier lieu, le juge Mahoney a formulé une opinion incidente selon laquelle la restriction impo-



definitive terms. Following the analysis advocated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, he reached the conclusion that the scheme of s. 33(1)(b) constitutes a “rational, reasonable and fair basis upon which a federal public servant may seek a Parliamentary or legislative seat” (p. 233).

### Relevant Legislation

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33

33. (1) No deputy head and, except as authorized under this section, no employee, shall

- (a) engage in work for or against a candidate;
- (b) engage in work for or against a political party; or
- (c) be a candidate.

(2) A person does not contravene subsection (1) by reason only of attending a political meeting or contributing money for the funds of a candidate or of a political party.

(3) Notwithstanding any other Act, on application made to the Commission by an employee, the Commission may, if it is of the opinion that the usefulness to the Public Service of the employee in the position the employee then occupies would not be impaired by reason of that employee having been a candidate, grant to the employee leave of absence without pay to seek nomination as a candidate and to be a candidate for election, for a period ending on the day on which the results of the election are officially declared or on such earlier day as may be requested by the employee if the employee has ceased to be a candidate.

The above provision is a revised version of the section which was in force at the time of the trial and appeal. The former provision read as follows:

32. (1) No deputy head and, except as authorized under this section, no employee, shall

- (a) engage in work for, on behalf of or against a candidate for election as a member of the House of Commons, a member of the legislature of a province or a member of the Council of the Yukon Territory or the Northwest Territories, or engage in work for, on behalf of or against a political party; or

sée à la possibilité de se porter candidat est exprimée dans des termes suffisamment précis. Suivant l'analyse proposée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, il a conclu que l'al. 33(1)(b) établit un «ensemble de règles juste et raisonnable applicable au fonctionnaire public qui cherche à se faire élire au Parlement ou à l'assemblée législative» (p. 233).

### Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33

33. (1) Il est interdit à tout administrateur général et, sauf autorisation par le présent article, à tout fonctionnaire:

- a) de travailler pour ou contre un candidat;
- b) de travailler pour ou contre un parti politique;
- c) d'être candidat.

(2) L'assistance à une réunion politique ou la contribution financière à la caisse d'un candidat ou d'un parti politique ne constituent pas à elles seules des manquements au paragraphe (1).

(3) Le fonctionnaire désireux de se porter ou d'être choisi comme candidat peut demander à la Commission un congé non payé pour une période se terminant le jour de la proclamation des résultats de l'élection ou, à sa demande, à toute date antérieure marquant la fin de sa candidature. Nonobstant toute autre loi, la Commission peut accorder un tel congé si elle estime que la candidature du fonctionnaire ne nuira pas par la suite à son efficacité, pour la fonction publique, dans le poste qu'il occupe alors.

Les dispositions reproduites ci-dessus constituent une révision de l'article en vigueur au moment du procès et de l'appel. Les anciennes dispositions étaient ainsi conçues:

32. (1) Il est interdit à tout sous-chef et, sauf selon que l'autorise le présent article, à tout employé

- a) de travailler pour ou contre un candidat à une élection à la Chambre des communes, à la Législature d'une province ou au Conseil du territoire du Yukon ou des territoires du Nord-Ouest, ou de travailler au nom d'un tel candidat, ainsi que de travailler pour ou contre un parti politique ou de travailler au nom d'un tel parti; ou

(b) be a candidate for election as a member described in paragraph (a).

(2) A person does not contravene subsection (1) by reason only of his attending a political meeting or contributing money for the funds of a candidate for election as a member described in paragraph (1)(a) or money for the funds of a political party.

(3) Notwithstanding any other Act, upon application made to the Commission by an employee the Commission may, if it is of the opinion that the usefulness to the Public Service of the employee in the position he then occupies would not be impaired by reason of his having been a candidate for election as a member described in paragraph (1)(a), grant to the employee leave of absence without pay to seek nomination as a candidate and to be a candidate for election as such a member, for a period ending on the day on which the results of the election are officially declared or on such earlier day as may be requested by the employee if he has ceased to be a candidate.

The minor changes to the section as a result of the recent revision do not have an effect on this appeal and all references will be to the new provision.

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.

#### Issues

The issues raised by these appeals are the following:

b) d'être candidat à une élection mentionnée à l'alinéa a).

(2) Une personne ne contrevient pas au paragraphe (1) pour le seul motif qu'elle assiste à une réunion politique ou qu'elle verse, à titre de contribution, de l'argent pour la caisse d'un candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a) ou qu'elle verse de l'argent à la caisse d'un parti politique.

(3) Nonobstant toute autre loi, sur demande que lui a présentée un employé, la Commission peut, si elle est d'avis que, par rapport à la Fonction publique, l'efficacité de l'employé, dans le poste qu'il occupe alors, n'aura pas à souffrir du fait qu'il aura été candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a), accorder à l'employé un congé sans traitement pour lui permettre de demander à se faire présenter comme candidat et d'être candidat à cette élection, pour une période se terminant le jour où les résultats de l'élection sont officiellement déclarés ou à la date antérieure comme peut le demander l'employé s'il a cessé d'être un candidat.

Les changements mineurs apportés à l'article par suite de la révision récente n'influent aucunement sur le présent pourvoi et c'est en conséquence à la nouvelle disposition que je me réfère partout dans les présents motifs.

#### *f Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

#### Les questions en litige

Les présents pourvois soulèvent les questions suivantes:

1. Can a statutory provision, such as s. 33 of the *Act*, that implements a constitutional convention be considered to be inconsistent with the Constitution?
2. If the response to the first question is in the affirmative, are the provisions of s. 33 of the *Act* inconsistent with ss. 2(b) or 2(d) of the *Charter*?
3. If the response to the second question is in the affirmative, does s. 33 of the *Act* establish such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

1. *The Effect of the Constitutional Convention of Political Neutrality*

The existence of a convention of political neutrality, central to the principle of responsible government, and the upholding of that convention in s. 33 of the *Act*, is not seriously disputed. Rather, the debate centres around the effect of the convention in assessing the validity of the impugned provision. The appellant contends that because s. 33 of the *Act* gives expression to the constitutional values embodied in the convention of public service neutrality, it forms “a part” of the Constitution and cannot therefore be “inconsistent” with the Constitution. Relying then on the words of Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, that “[i]t was never intended . . . that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution” (p. 1197), the appellant argues that there cannot be a breach of the *Charter* where there is a competing constitutional provision. The appellant’s argument, which I may state at the outset to be untenable, is based on the decision of this Court in *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (the “*Patriation Reference*”), and on the decision of Beetz J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2.

In the *Patriation Reference*, this Court explored the nature of constitutional conventions and recognized that in contradistinction to the variety of statutes and common law rules which make up the “law of the constitution”, conventions are not enforceable by the courts unless they are crystallized into laws by way

1. Une disposition législative, telle que l’art. 33 de la *Loi* qui met en application une convention constitutionnelle, peut-elle être considérée comme incompatible avec la Constitution?

2. Dans l’affirmative, les dispositions de l’art. 33 de la *Loi* sont-elles incompatibles avec les al. 2b) ou 2d) de la *Charte*?

3. Dans l’affirmative, l’art. 33 de la *Loi* fixe-t-il des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

1. *L’effet de la convention constitutionnelle de la neutralité politique*

On ne conteste pas sérieusement qu’il existe une convention de neutralité politique, essentielle au principe de gouvernement responsable, ni que cette convention est maintenue à l’art. 33 de la *Loi*. Le débat porte plutôt sur la façon dont joue cette convention dans la détermination de la validité de la disposition contestée. L’appelante soutient que, comme l’art. 33 de la *Loi* exprime les valeurs constitutionnelles inhérentes à la convention de la neutralité de la fonction publique, il «fait partie» de la Constitution et ne peut en conséquence être «incompatible» avec celle-ci. S’appuyant donc sur les propos du juge Wilson, qui a dit dans *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, qu’«on n’a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d’autres dispositions de la Constitution» (p. 1197), l’appelante fait valoir qu’une disposition constitutionnelle qui entre en concurrence avec la *Charte* ne peut être contraire à cette dernière. L’argumentation de l’appelante, qui est, précisons-le tout de suite, insoutenable, repose sur l’arrêt rendu par notre Cour dans *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (le «*Renvoi relatif au rapatriement*»), et sur l’opinion exprimée par le juge Beetz dans l’affaire *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, notre Cour a étudié la nature des conventions constitutionnelles et a reconnu que, par opposition aux diverses lois et règles de common law qui forment le «droit constitutionnel», les conventions ne peuvent être appliquées par les tribunaux que si elles se trouvent consacrées

of statutory adoption. Underlying this distinction between constitutional law and constitutional conventions is the contrast between legal and political constitutionalism. The Court stated (at pp. 883-84):

It should be borne in mind however that, while they are not laws, some conventions may be more important than some laws. Their importance depends on that of the value or principle which they are meant to safeguard. Also they form an integral part of the constitution and of the constitutional system. They come within the meaning of the word "Constitution" in the preamble of the *British North America Act, 1867*:

That is why it is perfectly appropriate to say that to violate a convention is to do something which is unconstitutional although it entails no direct legal consequence. But the words "constitutional" and "unconstitutional" may also be used in a strict legal sense, for instance with respect to a statute which is found *ultra vires* or unconstitutional. The foregoing may perhaps be summarized in an equation: constitutional conventions plus constitutional law equal the total constitution of the country.

Therefore, while conventions form part of the Constitution of this country in the broader political sense, i.e., the democratic principles underlying our political system and the elements which constitute the relationships between the various levels and organs of government, they are not enforceable in a court of law unless they are incorporated into legislation. Furthermore, statutes embodying constitutional conventions do not automatically become entrenched to become part of the constitutional law, but retain their status as ordinary statutes. If that were not the case, any legislation which may be said to embrace a constitutional convention would have the effect of an amendment to the Constitution which would have escaped the rigorous requirements of the constitutional amendment process.

In support of its argument, the appellant also draws attention to the decision of Beetz J. in *OPSEU, supra*. That case, which was argued and decided on the basis of the division of powers, dealt with the validity of

dans des lois adoptées par le législateur. Sous-jacente à cette distinction entre le droit constitutionnel et les conventions constitutionnelles est la différence qui existe entre le constitutionnalisme juridique et le constitutionnalisme politique. La Cour a dit aux pp. 883 et 884:

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot «Constitution» dans le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes «constitutionnel» et «inconstitutionnel» dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui précède: conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays.

Donc, bien que les conventions fassent partie de la Constitution canadienne au sens politique plus large, c.-à-d. au sens des principes démocratiques qui sous-tendent notre système politique et au sens des éléments qui constituent les rapports entre les différents ordres et organes de gouvernement, elles ne peuvent être appliquées par les tribunaux, à moins qu'elles ne soient intégrées dans un texte législatif. En outre, les lois entérinant les conventions constitutionnelles ne deviennent pas automatiquement partie intégrante du droit constitutionnel; au contraire, elles conservent leur caractère de lois ordinaires. S'il en était autrement, toute loi pouvant être considérée comme renfermant une convention constitutionnelle équivaldrait à une modification de la Constitution, laquelle aurait échappé aux rigoureuses exigences du processus de modification constitutionnelle.

L'appelante invoque également au soutien de son argumentation l'opinion du juge Beetz dans l'arrêt *SEFPO*, précité. Cette affaire, mettant en cause le partage des compétences, portait sur la validité de

provisions in the Ontario *Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, similar to those in the present case. Beetz J. found the provisions to be constitutional in nature, but I believe he made it clear (at p. 41) that the term "constitutional" in that context was not to be equated with constitutional law:

It is clear to me that those provisions are constitutional in nature in the sense that they bear on the operation of an organ of government in Ontario and that they impose duties on the members of a branch of government in order to implement a principle of government. [Emphasis added.]

Beetz J. thus recognized that the constitution of Ontario is composed of ordinary statutes which are susceptible to being amended or repealed by ordinary statutes (at p. 46):

In my opinion, the impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

In my view, there is nothing in his analysis which reveals an intention to confer on such ordinary statutes the status of constitutional entrenchment in the legal sense. Based on the foregoing, I am unable to agree with the appellant that s. 33 of the *Act* is immune from *Charter* scrutiny merely because it may be said to uphold a constitutional convention. Being a provision in an ordinary statute, it is subject to review under the *Charter* as any ordinary legislation. While the existence of a constitutional convention does not pre-empt scrutiny of the provision under the *Charter*, it is an important consideration in determining whether, in enacting s. 33, Parliament was seeking to achieve an important political objective.

2. *Is s. 33 of the Act Inconsistent with s. 2(b) or s. 2(d) of the Charter?*

In my view, there is little doubt that s. 33 of the *Act*, which prohibits partisan political expression and activity by public servants under threat of disciplinary action including dismissal from employment,

dispositions de la *Public Service Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, ch. 386, analogues à celles dont il s'agit en l'espèce. Le juge Beetz a reconnu aux dispositions en question un caractère constitutionnel, mais je crois qu'il a bien précisé, à la p. 41, que le terme «constitutionnel» dans ce contexte-là n'était aucunement synonyme de «droit constitutionnel»:

À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. [Je souligne.]

Le juge Beetz a ainsi reconnu que la constitution de l'Ontario se compose de lois ordinaires susceptibles de modification ou d'abrogation par des lois ordinaires (à la p. 46):

À mon avis, les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Selon moi, rien dans l'analyse du juge Beetz ne traduit une intention de prêter à de telles lois ordinaires la qualité de textes constitutionnels au sens juridique. Compte tenu de ce qui précède, je ne puis convenir avec l'appelante que l'art. 33 de la *Loi* échappe à l'examen en vertu de la *Charte* du simple fait qu'il peut être considéré comme maintenant une convention constitutionnelle. N'étant qu'une disposition d'une loi ordinaire, il est, au même titre que toute autre loi ordinaire, susceptible d'examen à la lumière de la *Charte*. Toutefois, bien que l'existence d'une convention constitutionnelle ne soustraie pas la disposition en cause à l'examen en vertu de la *Charte*, la convention est un facteur qu'il importe de prendre en considération pour déterminer si le législateur fédéral visait par l'adoption de l'art. 33 à atteindre un objectif politique important.

2. *L'article 33 de la Loi est-il incompatible avec les al. 2b) ou 2d) de la Charte?*

Il ne fait guère de doute, à mon avis, que l'art. 33 de la *Loi* qui, sous peine de mesures disciplinaires allant jusqu'au renvoi, interdit aux fonctionnaires les activités et l'expression politiques de nature parti-

violates the right to freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

The appellant submits that the freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* is “not absolute, or so extensive that it goes beyond its traditional meaning to apply to situations involving interests it was not intended to protect”. The appellant maintains that this freedom has not been considered to extend to include a full range of partisan political expression and activity by public servants. In support of its argument, the appellant places particular emphasis on the decisions of this Court in *OPSEU, supra*, and in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

In my view, the appellant’s arguments must fail. First, even assuming that freedom of expression traditionally did not extend to partisan political expression and activity by public servants, this is in no way determinative in defining the scope of the rights under the *Charter*. The appellant seeks to restrict the extent of the rights under s. 2(b) by relying on the words of Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, that such rights are to be understood in light of the interests they were meant to protect. In my view, it is clear that the purposive approach propounded by Dickson J. cannot be interpreted, as the appellant suggests, to mean that the *Charter* did no more than to freeze the rights which existed at the moment of its coming into force. The respondents Millar and Osborne correctly point out that this analysis of rights is narrowly historical and tautological and would justify the denial of *Charter* protection to other groups to whom rights have historically been denied. Furthermore, this approach to the *Charter* has been explicitly rejected by this Court. (For example, see McLachlin J., in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 163, and in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 359.) Therefore, while the historical origins of the concept are to be taken into account in ascertaining the scope of a *Charter* right, the “traditional” meaning ascribed to

sane, porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

a L’appelante soutient que la liberté d’expression conférée par l’al. 2b) de la *Charte* [TRADUCTION] «n’est pas absolue ni de portée si large que, dépassant son sens traditionnel, elle s’applique à des intérêts qu’elle n’était pas destinée à protéger». Toujours b selon l’appelante, cette liberté n’a pas été considérée comme englobant, dans le cas des fonctionnaires, toute la gamme des activités et de l’expression politiques partisans. L’appelante souligne particulièrement à l’appui de son argumentation les arrêts de c notre Cour dans les affaires *SEFPO*, précitée, et *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

d D’après moi, l’argumentation de l’appelante doit être rejetée. En premier lieu, même à supposer que la liberté d’expression ne se soit pas étendue traditionnellement aux activités et à l’expression politiques e partisans des fonctionnaires, cela n’est nullement déterminant dans la délimitation de la portée des droits garantis par la *Charte*. L’appelante cherche à limiter les droits conférés par l’al. 2b) en s’appuyant f sur ce qu’a dit le juge Dickson dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, à savoir que ces droits sont à considérer à la lumière des intérêts qu’ils étaient censés protéger. Il g est évident, à mon avis, que, contrairement à ce que prétend l’appelante, la méthode qui tient compte de l’objet, proposée par le juge Dickson, ne saurait être h interprétée comme signifiant que la *Charte* ne faisait que figer les droits existant au moment de son entrée en vigueur. Les intimés Millar et Osborne soulignent, avec raison, que c’est là une analyse des droits qui est i rigoureusement historique et tautologique et qui justifierait que la protection de la *Charte* soit refusée à d’autres groupes qui ont historiquement été privés de certains droits. Cette façon d’aborder la *Charte* a d’ailleurs été explicitement rejetée par notre Cour. (Voir par exemple les propos du juge McLachlin dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 163, et dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 359.) Par consé- j séquent, bien qu’il faille tenir compte des origines historiques du concept pour déterminer la portée d’un

such rights is not conclusive for the purposes of the *Charter*.

Second, I do not agree that the two previous decisions of this Court in *OPSEU*, *supra*, and in *Fraser*, *supra*, dealing with the right to freedom of expression enjoyed by public servants are conclusive for the purposes of this case. The appellant invites the Court to limit the reach of the guarantee provided for in s. 2(b) of the *Charter* and relies on the following passage of Beetz J. in *OPSEU*, *supra*, at p. 51:

... the political activities contemplated by the impugned provisions are not made unlawful. These provisions are in the nature of detailed regulations. Failure to comply with them is a ground for dismissal. No other sanction is prescribed. The public servant who is not prepared to accept them can resign. Nor do I think that such a public servant is thereby deprived of any "right" unless it be thought that he has a right to his office. But at common law, and apart from statute, a civil servant holds office during pleasure.

It is clear that *OPSEU* is not binding in so far as it was decided on the basis of the division of powers without consideration of the *Charter*. As Beetz J. himself cautioned (at p. 57):

I should perhaps add that issues like the last will in the future ordinarily arise for consideration in relation to the political rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, of course, gives broader protection to these rights and freedoms than is called for by the structural demands of the Constitution.

In my view, *OPSEU* is of limited application in this case, given that the right to freedom of expression is now constitutionally entrenched, without exception for public servants.

In *Fraser*, *supra*, the Court dealt with the extent of permissible criticism of government by public servants. Central to that question was the proper legal balance between the right of an individual to speak freely on important public issues and the duty of an individual, *qua* federal public servant, to fulfil properly his or her functions as an employee of the Gov-

droit conféré par la *Charte*, le sens «traditionnellement» prêté à ces droits n'est nullement concluant en ce qui concerne l'application de la *Charte*.

En second lieu, je ne partage pas le point de vue selon lequel les arrêts *SEFPO* et *Fraser*, précités, les deux arrêts antérieurs de notre Cour qui traitent de la liberté d'expression des fonctionnaires, sont déterminants en l'espèce. Invoquant le passage suivant tiré des motifs du juge Beetz dans l'arrêt *SEFPO*, précité, à la p. 51, l'appelante nous demande de limiter la portée de la garantie prévue à l'al. 2b) de la *Charte*:

... les activités politiques envisagées par les dispositions contestées ne sont pas déclarées illégales. Ces dispositions tiennent de règlements détaillés. Y désobéir constitue un motif de renvoi. Aucune autre sanction n'est prescrite. Le fonctionnaire qui n'est pas disposé à les accepter peut démissionner. Je ne pense pas non plus que ce fonctionnaire soit ainsi privé d'un «droit» à moins qu'on ne croie qu'il a un droit à sa charge. Mais, en *common law*, et indépendamment de la loi écrite, un fonctionnaire détient sa charge à titre amovible.

Or, il est évident que nous ne sommes pas liés par l'affaire *SEFPO* puisqu'elle a été décidée en fonction du partage des compétences, sans examen de la *Charte*. Le juge Beetz lui-même fait la mise en garde suivante (à la p. 57):

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurales de la Constitution.

À mon sens, l'arrêt *SEFPO* n'a qu'une application limitée en l'espèce, étant donné que le droit à la liberté d'expression est maintenant consacré dans la Constitution et qu'aucune exception n'est prévue pour les fonctionnaires.

Dans l'arrêt *Fraser*, précité, la Cour s'est penchée sur la question de savoir dans quelle mesure il est permis aux fonctionnaires de critiquer le gouvernement. Au cœur de cette question se trouve celle de l'équilibre juridique entre le droit d'un particulier de s'exprimer librement sur des points importants d'intérêt public et son obligation, en sa qualité de fonc-

ernment of Canada. In that case, this Court upheld the suspension and eventual dismissal of Neil Fraser, an employee of Revenue Canada who had openly and repeatedly made vicious attacks on the Government with respect to its metrification policies and the adoption of the *Charter*. In reaching this conclusion, Dickson C.J. confirmed that freedom of expression was not an absolute value and brought to the fore the competing values at stake (at pp. 466-68):

The act of balancing must start with the proposition that some speech by public servants concerning public issues is permitted. Public servants cannot be, to use Mr. Fraser's apt phrase, "silent members of society". I say this for three reasons.

First, our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

Secondly, account must be taken of the growth in recent decades of the public sector—federal, provincial, municipal—as an employer. A blanket prohibition against all public discussion of all public issues by all public servants would, quite simply, deny fundamental democratic rights to far too many people.

Thirdly, common sense comes into play here. An absolute rule prohibiting all public participation and discussion by all public servants would prohibit activities which no sensible person in a democratic society would want to prohibit . . . .

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example,

tionnaire, de bien s'acquitter de ses tâches d'employé du gouvernement du Canada. Dans cette affaire, notre Cour a maintenu la suspension et le renvoi subséquent de Neil Fraser, un employé de Revenu Canada qui avait, publiquement et de façon répétée, attaqué violemment le gouvernement au sujet de sa politique d'implantation du système métrique et de l'adoption de la *Charte*. En décidant ainsi, le juge en chef Dickson a confirmé que la liberté d'expression ne constituait pas une valeur absolue et il a mis en évidence les valeurs opposées qui étaient en jeu (aux pp. 466 à 468):

Pour ce qui est de l'équilibre à respecter, il faut tout d'abord tenir compte de la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine limite sur des questions d'intérêt public. Les fonctionnaires ne peuvent être, pour employer l'expression appropriée de M. Fraser [TRADUCTION] «les membres silencieux de la société». Il y a trois raisons à cela.

Premièrement, notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Deuxièmement, il faut tenir compte de la croissance qu'a connue le secteur public—fédéral, provincial, municipal—à titre d'employeur au cours des dernières décennies. Une interdiction générale de toute discussion publique sur toute question d'intérêt public par tous les fonctionnaires aurait tout simplement pour effet de priver beaucoup trop de gens de leurs droits démocratiques fondamentaux.

Troisièmement, à ce stade, le bon sens entre en jeu. Une règle absolue interdisant toute participation et discussion publique par tous les fonctionnaires aurait pour effet d'interdire des activités qu'aucune personne sensée dans une société démocratique ne voudrait interdire . . .

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos sédi-



ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults. [Emphasis in original.]

*Fraser* is clearly significant in identifying freedom of speech as a deep-rooted value of our democratic system, but it did not consider the scope of that right either under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, or under the *Charter*. In my view, Dickson C.J.'s discussion of the competing values supports the view that enjoyment of the right to freedom of expression is subject to reasonable limits under s. 1 which I will consider later in these reasons.

Therefore, where opposing values call for a restriction on the freedom of speech, and apart from exceptional cases, the limits on that freedom are to be dealt with under the balancing test in s. 1, rather than circumscribing the scope of the guarantee at the outset. In this respect, the decision of the Court in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, is illuminating. In *Keegstra*, Dickson C.J. referred to the test articulated in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and said (at p. 729) with respect to a finding of breach of s. 2(b):

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that "if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee" (p. 969). In other words, the term "expression" as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1181, *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression.

tieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles. [Souligné dans l'original.]

De toute évidence, l'arrêt *Fraser* a ceci d'important qu'il reconnaît la liberté d'expression à titre de valeur profondément enracinée dans notre système démocratique, mais on n'y traite pas de l'étendue de ce droit, ni sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, ni sous le régime de la *Charte*. Selon moi, l'analyse des valeurs antagonistes que fait le juge en chef Dickson vient étayer le point de vue suivant lequel la jouissance du droit à la liberté d'expression est soumise à des restrictions raisonnables au sens de l'article premier, restrictions dont je parlerai plus loin.

Donc, lorsque l'existence de valeurs opposées nécessite la restriction de la liberté d'expression, et mis à part les cas exceptionnels, il faut soumettre à l'appréciation exigée par l'article premier les restrictions imposées à cette liberté, plutôt que de circonscire au départ la portée de la garantie. L'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, nous éclaire à cet égard. Dans cet arrêt le juge en chef Dickson fait mention du critère formulé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et dit au sujet d'une conclusion à une violation de l'al. 2b), à la p. 729:

Donc, sauf pour les rares cas où l'expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu'il découle de la nature fondamentale de la liberté d'expression que «si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (à la p. 969). En d'autres termes, le mot «expression» à l'al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard au sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

La seconde étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l'action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d'expression. Une

The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose.

Applying the criteria expounded above, I cannot see how it may be said that the oppugned section in the present case does not constitute a violation of the right to freedom of expression. By prohibiting public servants from speaking out in favour of a political party or candidate, it expressly has for its purpose the restriction of expressive activity. As McLachlin J. points out in *Keegstra*, the inherent limitations of the right to freedom of expression are restricted to exceptional cases involving violence (at p. 827):

At the same time, the Court has affirmed that freedom of speech is not absolute. It may properly be limited. There are several ways in which it can be limited. First, there are forms of expression which can be distinguished from content and which may be excluded from the scope of s. 2(b) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery* it was suggested, in *obiter dicta*, that violence and threats of violence would be excluded from the protection offered by s. 2(b). And in *Irwin Toy*, at p. 970, this Court stated that “a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen”.

Clearly, the appellant’s suggestion that the scope of the right should be limited because of the particular status of the holder of the right, i.e., a public servant, does not find support. I am accordingly of the view that s. 33 is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*.

Having reached the conclusion that s. 33 of the *Act* is inconsistent with freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, I do not consider it necessary or appropriate to determine whether there is also a violation of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The parties have devoted their arguments almost entirely to the discussion of freedom of speech, and while it would appear that there is an infringement of s. 2(d) independently of the violation of s. 2(b), the nature of the analysis to be undertaken, as well as the considerations to be taken into account, are not necessarily the same, and I would prefer to consider this question separately on another occasion

action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de liberté d’expression.

<sup>a</sup> Appliquant les critères exposés ci-dessus, je vois mal comment on peut affirmer que l’article attaqué en l’espèce ne constitue pas une violation de la liberté d’expression. Cet article, du fait qu’il interdit aux fonctionnaires de s’exprimer en faveur d’un parti politique ou d’un candidat, vise explicitement à restreindre l’activité d’expression. Ainsi que le fait remarquer le juge McLachlin dans *Keegstra*, les limites inhérentes au droit à la liberté d’expression ne s’appliquent que dans les cas exceptionnels où il est question de violence, à la p. 827:

<sup>d</sup> Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d’expression n’est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d’expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l’al. 2b) de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l’al. 2b). En outre, dans l’arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que «l’auteur d’un meurtre ou d’un viol ne peut invoquer la liberté d’expression pour justifier le mode d’expression qu’il a choisi».

<sup>f</sup> À l’évidence, la prétention de l’appelante voulant que l’étendue du droit en question doive être limitée en raison de la qualité particulière, c.-à-d. celle de fonctionnaire, du titulaire du droit, ne trouve aucun appui. Je suis en conséquence d’avis que l’art. 33 est incompatible avec l’al. 2b) de la *Charte*.

<sup>h</sup> Ayant conclu à l’incompatibilité de l’art. 33 de la *Loi* avec la liberté d’expression prévue à l’al. 2b) de la *Charte*, je crois qu’il n’est pas nécessaire et qu’il ne convient pas non plus d’examiner s’il y a eu en outre violation de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*. Les plaidoiries des parties ont porté presque exclusivement sur la question de la liberté d’expression, et bien que l’al. 2d) semble avoir été enfreint indépendamment de la violation de l’al. 2b), la nature de l’analyse à entreprendre ainsi que les facteurs à prendre en considération ne sont pas nécessairement identiques, de sorte que je préfère remettre l’étude de cette question à une autre occa-

having the benefit of the full submissions of the parties.

### 3. Section 1 Analysis

The general criteria for the application of s. 1 are: a limit, prescribed by law, that is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society.

#### (a) Limit Prescribed by Law

The respondents contend that s. 33 of the *Act* is so vague that it contains no intelligible standard to enable the appellant to resort to the justificatory provisions of s. 1. This argument succeeded in the Court of Appeal. To support their position, the respondents refer the Court to the annual report of the appellant in which it was acknowledged that it had “considerable difficulty” in administering s. 33 of the *Act*. The respondents submit, further, that a limitation that is so unclear in its application as to require extensive guidelines in the form of non-authoritative views such as are contained in “Dialogue Express”, the bulletin of the appellant setting out guidelines of permissible conduct, is *ipso facto* not a limit prescribed by law.

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no “limit prescribed by law” and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a

sion, où les parties nous auront fait bénéficier d’une argumentation complète.

### 3. L’analyse fondée sur l’article premier

Les conditions générales de l’applicabilité de l’article premier sont l’existence d’une restriction, prescrite par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

#### a) Restriction prescrite par une règle de droit

Les intimés soutiennent que l’art. 33 de la *Loi* est à ce point vague qu’il ne renferme aucune norme intelligible qui permette à l’appelante de recourir aux dispositions justificatives de l’article premier. Ce moyen a été retenu par la Cour d’appel. Pour étayer leur opinion, les intimés renvoient la Cour au rapport annuel de l’appelante, qui y reconnaît avoir éprouvé beaucoup de difficulté à administrer l’art. 33 de la *Loi*. Les intimés font valoir en outre que, de par sa nature même, n’est pas prescrite par une règle de droit une restriction dont le champ d’application est incertain au point de rendre nécessaires des lignes directrices détaillées revêtant la forme d’opinions qui ne font pas autorité en la matière, comme celles publiées dans Dialogue Express, le bulletin de l’appelante, à titre d’indications sur les genres de conduite permis.

Or, il existe aux moins deux façons dont l’imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l’article premier. Tout d’abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu’il est impossible de l’interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l’emploi d’un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement. Dans de telles circonstances, il n’existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n’est alors besoin de procéder à l’analyse fondée sur l’article premier, car la condition préliminaire de son application n’est pas remplie. La seconde façon dont l’imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l’analyse de l’article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour

*Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

This Court has shown a reluctance to disentitle a law to s. 1 scrutiny on the basis of vagueness which results in the granting of wide discretionary powers. Much of the activity of government is carried on under the aegis of laws which of necessity leave a broad discretion to government officials. See *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. Since it may very well be reasonable in the circumstances to confer a wide discretion, it is preferable in the vast majority of cases to deal with vagueness in the context of a s. 1 analysis rather than disqualifying the law *in limine*. In this regard, I adopt the language of McLachlin J. in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 956:

That is not to say that the alleged vagueness of the standard set by the provision is irrelevant to the s. 1 analysis. For reasons discussed below, I am of the opinion that the difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used is a factor to be taken into account in assessing whether the law is “demonstrably justified in a free and democratic society”. But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a “limit prescribed by law”, unless the provision could truly be described as failing to offer an intelligible standard. That is not the case here.

*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, is an apt illustration of this approach which is particularly apposite to this case. At issue in this case were ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* which prohibited commercial advertising directed at

cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la *a* *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

Notre Cour a hésité à invoquer comme motif de refuser de soumettre une loi à l'analyse fondée sur l'article premier l'imprécision entraînant l'attribution de larges pouvoirs discrétionnaires. Une bonne partie des activités gouvernementales s'exercent sous le régime de lois qui, nécessairement, accordent un large pouvoir discrétionnaire aux fonctionnaires. Voir les arrêts *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Comme il peut fort bien être raisonnable dans les circonstances de conférer un large pouvoir discrétionnaire, il vaut mieux dans la vaste majorité des cas aborder la question de l'imprécision dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier plutôt que d'invalider d'emblée la loi. Sur ce point, je fais miens les propos tenus par le juge McLachlin dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 956:

Cela ne veut pas dire que la prétendue imprécision de la norme fixée par cette disposition n'a aucune pertinence relativement à l'analyse requise par l'article premier. Pour les raisons exposées plus loin, je suis d'avis que la difficulté qu'il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés est un facteur à prendre en considération pour déterminer s'il s'agit d'une règle de droit «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». J'hésiterais toutefois à contourner complètement l'analyse en vertu de l'article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues qu'ils ne constituent pas une restriction prescrite «par une règle de droit», à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu'elle n'énonce pas de norme intelligible. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

L'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, illustre bien cette approche, qui convient particulièrement à la présente espèce. Il était question dans cette affaire-là des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisaient la

persons under the age of 13. It was argued that the sections could not be saved pursuant to s. 1 because the provisions were “confusing and contradictory”, because they provided insufficient guidance to the courts in determining whether advertising was directed towards children, and because the legislation provided too much scope for discretion to promulgate regulations. The majority opinion written jointly by Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. rejected out of hand the “regulations” argument. In dealing with the “insufficient guidance” argument, the Court remarked (at p. 983):

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”.

Ultimately, it was held that the impugned provisions of the *Consumer Protection Act* were satisfactory since they could be given a “sensible interpretation” and did not confer a discretion on the courts to ban whichever advertisements they pleased. The fact that guidelines were published by the Office de la protection du consommateur to assist in the administration of the Act did not necessarily indicate that the courts had no intelligible standard to abide by.

Applying the foregoing to this case, I cannot conclude that s. 33 is couched in such vague or general language that it does not contain an intelligible standard. The words “engage in work”, while capable of very wide import, are ordinary simple words in the English language that are capable of interpretation. The same is true of the French version which refers to “travailler”. They undoubtedly present considerable difficulty in application to a specific situation, as

publicité commerciale destinée à des personnes de moins de 13 ans. Ces articles, a-t-on fait valoir, ne pouvaient être sauvegardés par l’application de l’article premier parce qu’ils étaient «confus et contradictoires», qu’ils ne fournissaient pas d’indications suffisantes pour permettre aux tribunaux de déterminer si la publicité était destinée aux enfants et parce que la loi prévoyait un pouvoir discrétionnaire trop large en ce qui concerne la prise de règlements. L’opinion de la majorité, rédigée conjointement par le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, rejetait d’emblée l’argument relatif aux «règlements». Abordant l’argument de l’absence d’«indications suffisantes», la Cour a fait remarquer, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L’interprétation de la manière d’appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d’application. Par contre, s’il n’existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n’y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

La Cour a fini par statuer que les dispositions contestées de la *Loi sur la protection de consommateur* étaient valides puisqu’il était possible de leur donner une «interprétation logique» et puisqu’elles ne conféraient pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d’interdire les messages publicitaires qu’ils veulent. Le fait que l’Office de la protection du consommateur ait publié des lignes directrices destinées à faciliter l’application de la Loi ne voulait pas nécessairement dire que les tribunaux ne disposaient d’aucune norme intelligible à appliquer.

Quand j’applique à la présente espèce l’analyse qui précède, je ne puis conclure que l’art. 33 est rédigé de façon tellement vague ou générale qu’il n’énonce pas de norme intelligible. Le mot «travailler» et l’expression anglaise «engage in work», bien qu’ils puissent admettre un sens très large, sont des termes simples et courants qui se prêtent à l’interprétation. L’application de ces mots à un cas particulier est certes fort difficile, comme l’atteste le rapport de la Commis-

the Report of the Commission attests, but difficulty of interpretation cannot be equated with the absence of any intelligible standard. See *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183, and *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368. The language of s. 33 does not create a standard which leaves it to the Commission to ban whatever activity they please, to paraphrase the words used in *Irwin Toy, supra*. I therefore conclude that s. 33 does constitute a limit prescribed by law and it is necessary to proceed to a s. 1 analysis.

In *R. v. Oakes, supra*, at p. 138, Dickson C.J. explained that to establish a reasonable limit two central criteria must be satisfied: first, the government objective must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" and second, the means chosen must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. It is necessary to test s. 33 against these basic criteria of constitutional validity.

#### (b) Governmental Objective

The importance of the governmental objective is not contested in this case. It is quite properly conceded to be the preservation of the neutrality of the civil service to the extent necessary to ensure their loyalty to the Government of Canada and hence their usefulness in the public service. The importance of this objective was fully canvassed in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board, supra*, and in view of the consensus on this issue it is not necessary to elaborate on it. Its importance is underscored by the existence of the political convention discussed above.

#### (c) Proportionality

The proportionality requirement has three aspects: (1) the existence of a rational link between the measures under review and the objective; (2) a minimal impairment of the right or freedom; and (3) a proper balance between the effects of the limiting measures

sion, mais difficulté d'interprétation n'emporte pas absence de norme intelligible. Voir *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183, et *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Le texte de l'art. 33 ne crée pas une norme qui permet à la Commission d'interdire, à son gré, n'importe quelle activité, pour paraphraser les termes employés dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité. Je conclus en conséquence que l'art. 33 constitue bien une restriction prescrite par une règle de droit. Cela étant, il nous faut procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a expliqué que, pour établir l'existence d'une restriction raisonnable, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux: premièrement, l'objectif visé par le gouvernement doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» et, deuxièmement, les moyens choisis doivent être raisonnables et leur justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire d'apprécier l'art. 33 en fonction de ces critères de base de la constitutionnalité.

#### b) L'objectif visé par le gouvernement

L'importance de l'objectif visé par le gouvernement est incontestée en l'espèce. On reconnaît, à très juste titre, qu'il s'agit de la préservation de la neutralité de la fonction publique dans la mesure qui s'impose pour s'assurer de sa loyauté envers le gouvernement du Canada et, partant, de l'utilité des fonctionnaires au sein de la fonction publique. L'importance de cet objectif a fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, précité, et, compte tenu du consensus existant à cet égard, point n'est besoin d'en dire plus long. L'existence de la convention politique susmentionnée vient souligner l'importance de l'objectif en question.

#### c) La proportionnalité

L'exigence de proportionnalité comporte trois éléments: (1) il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures en cause et l'objectif, (2) il doit être porté le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) il doit y avoir un juste équilibre entre

and the legislative objective. I shall deal with each of these in turn.

(i) *Rational Connection*

It is beyond dispute that restricting partisan political activity is rationally connected to the objective of maintaining the neutrality of the public service. Whether the government has chosen a means which is carefully designed to meet its objective is open to serious question. While on a strict application of *Oakes* this may be an aspect of the rationality test, it overlaps with the second branch of the proportionality test—minimal impairment. In this appeal in which the main complaint is over-inclusiveness due to the vagueness and generality of the impugned provisions, it is preferable to deal with this ground of attack under the minimal impairment criterion.

(ii) *Minimal Impairment*

The respondents' main submission is that the provisions of s. 33 are over-inclusive both as to the range of activity that is prohibited and the level of public servant to whom the restrictions apply. The crucial words in s. 33 are, in the English version, "engage in work for or against a political party" or "candidate" and, in the French version, "*travailler pour ou contre un candidat*" or "*un parti politique*". In their natural meaning these words in both languages are very comprehensive. The key word "work" is defined in the *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) as having, *inter alia*, the following meanings: "1. [s]omething that is or was done; . . . [and] 4. [a]ction involving effort or exertion directed to a definite end". In the French version *Petit Robert 1* (1990) defines "*travailler*" as having the following meaning, among others: "[a]gir d'une manière suivie, avec plus ou moins d'effort, pour obtenir un resultat utile". There is little in the context of the section to indicate that the words should be given a restrictive interpretation. I agree with Walsh J. that the activity proscribed is partisan political activity. This can be attributed to the use of the words "for or against". However, apart from that limitation there is no recog-

les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif. J'examinerai tour à tour chacun de ces points.

(i) *Le lien rationnel*

Nul ne contestera que la restriction d'activités politiques partisans a un lien rationnel avec l'objectif du maintien de la neutralité de la fonction publique. Il y a cependant tout lieu de se demander si le gouvernement a choisi des moyens soigneusement conçus pour atteindre son objectif. Bien que la question des moyens employés puisse constituer, selon une application stricte de l'arrêt *Oakes*, un élément du critère de la rationalité, il y a en fait chevauchement de cette question et du deuxième volet du critère de proportionnalité, à savoir l'atteinte minimale. Dans le présent pourvoi, où l'on se plaint surtout d'une portée excessive résultant de l'imprécision et de la généralité des dispositions contestées, il est préférable d'examiner ce moyen à la lumière du critère de l'atteinte minimale.

(ii) *L'atteinte minimale*

Les intimés font valoir principalement que les dispositions de l'art. 33 ont une portée excessive, tant en ce qui concerne la gamme des activités interdites qu'à l'égard du rang des fonctionnaires visés par les restrictions. Les mots cruciaux de l'art. 33 sont dans la version française, «travailler pour ou contre un candidat» ou «un parti politique» et dans la version anglaise, «engage in work for or against a political party» ou «candidate». Dans les deux langues, le sens naturel des mots employés est très large. Le *Petit Robert 1* (1990) donne notamment au mot «travailler» le sens de: «[a]gir d'une manière suivie, avec plus ou moins d'effort, pour obtenir un résultat utile». Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3<sup>e</sup> éd. 1987) reconnaît, entre autres, les acceptions suivantes du mot clé «work»: «1. [s]omething that is or was done; [. . .] et 4. [a]ction involving effort or exertion directed to a definite end». Or, on ne trouve à l'article en cause guère d'indication qu'il y a lieu de donner aux mots en question une interprétation restrictive. Je conviens avec le juge Walsh que ce qui est proscrié c'est l'activité politique partisane. C'est ce qu'on peut inférer de l'emploi de l'expression «pour ou contre». Sauf cette restriction, toutefois, aucun prin-

nized interpretative basis for confining the words either with respect to activity or personnel.

The result of this broad general language is that the restrictions apply to a great number of public servants who in modern government are employed in carrying out clerical, technical or industrial duties that are completely divorced from the exercise of any discretion that could be in any manner affected by political considerations. The need for impartiality and indeed the appearance thereof does not remain constant throughout the civil service hierarchy. As stated by Dickson C.J. in *Fraser, supra*: "It is implicit throughout the Adjudicator's reasons that the degree of restraint which must be exercised is relative to the position and visibility of the civil servant" (p. 466). To apply the same standard to a deputy minister and a cafeteria worker appears to me to involve considerable overkill and does not meet the test of constituting a measure that is carefully designed to impair freedom of expression as little as reasonably possible.

In this context, the availability of alternative methods becomes relevant. The expert opinion provided to the trial judge by Professors K. Kernaghan and R. Whitaker, and D. Bean, National President of the Public Service Alliance of Canada, was that a substantial number of public servants neither provide policy advice nor have any discretion with respect to the administration. Moreover, witnesses Whitaker and Bean stated that the line between management and non-managerial employees, already in existence, formed a rough line which would allow the bulk of the public service below the line to be politically freed, while maintaining the neutrality of the public service as an institution.

With respect to the nature of the political activity, the situation is similar. While a public servant may attend a political meeting and contribute money to a candidate or a political party, he or she may not take part in the discussion at the meeting or make a public

cipe reconnu d'interprétation n'autorise à limiter la portée des mots employés, que ce soit au point de vue des activités ou du personnel.

<sup>a</sup> Il résulte des termes généraux et de la large portée de la disposition en cause que les restrictions s'appliquent à un grand nombre de fonctionnaires qui, dans une fonction publique moderne, remplissent des tâches de bureau ou des tâches techniques ou industrielles n'ayant absolument rien à voir avec l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé de quelque manière par des considérations d'ordre politique. La nécessité de l'impartialité et même de l'apparence d'impartialité n'est pas uniforme à tous les échelons de la fonction publique. Comme l'affirme le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser*, précité: «Il ressort implicitement des motifs de l'arbitre que le degré de modération dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire» (p. 466). Appliquer à un sous-ministre et à un employé de cafétéria une norme identique me paraît aller vraiment trop loin; de plus, cela ne satisfait pas au critère selon lequel une mesure doit, dans des limites raisonnables, être soigneusement conçue pour porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

<sup>f</sup> Dans ce contexte, l'existence d'autres méthodes devient pertinente. D'après les opinions d'expert dont les professeurs K. Kernaghan et R. Whitaker ainsi que D. Bean, président national de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, ont fait bénéficier le juge de première instance, un nombre considérable de fonctionnaires ne donnent pas de conseils en matière de politiques ni ne détiennent de pouvoir discrétionnaire en matière administrative. De plus, les témoins Whitaker et Bean ont affirmé que la distinction déjà existante entre les cadres et les employés qui ne remplissent pas de fonctions de gestion forme une ligne de démarcation approximative qui permettrait l'affranchissement politique de la majorité des fonctionnaires, tout en préservant la neutralité de la fonction publique en tant qu'institution.

<sup>j</sup> Pour ce qui est de la nature des activités politiques, la situation est similaire. Quoiqu'un fonctionnaire puisse assister à une réunion politique et verser de l'argent à un candidat ou à un parti politique, il lui est défendu de participer à la discussion lors d'une telle



statement of support for the party which he or she supports financially. Activity such as volunteer work in making telephone calls or stuffing envelopes for a candidate or partisan questioning of candidates at a political meeting are all included in the section's general language. I mention these because Walsh J. would have excluded them in the approach that he took to the construction of the section. In my view, for reasons which I will amplify when dealing with remedy, Walsh J. was not engaging in the normal process of interpretation but, rather, as he candidly acknowledges, was interpreting the section to conform with the *Charter* which is in essence a form of remedy referred to as "reading down".

To summarize, the impugned legislation bans all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the hierarchy of the public servant. In *Fraser, supra*, Dickson C.J. commented at p. 467 that:

Thirdly, common sense comes into play here. An absolute rule prohibiting all public participation and discussion by all public servants would prohibit activities which no sensible person in a democratic society would want to prohibit.

In my opinion the minor exclusions from the generality of the activity referred to by Dickson C.J. are insufficient to redeem this legislation. The restrictions on freedom of expression in this case are over-inclusive and go beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service. In this regard we were referred to the legislation in other jurisdictions in which distinctions were made both as to the activity proscribed and the level of civil servant. For example, in Great Britain, public servants are divided into three groups depending on their employment status: a politically free group, an intermediate group and a politically restricted group. Different standards apply to each. Within Canada itself, the provinces of Quebec, Nova Scotia, Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan

réunion ou d'exprimer publiquement son appui du parti qu'il soutient pécuniairement. Les termes généraux de l'article englobent des activités comme celles qui consistent à travailler bénévolement à faire des appels téléphoniques ou à remplir des enveloppes pour un candidat, ou à poser aux candidats dans le cadre d'une réunion politique des questions partisans. Si j'en parle ici, c'est parce que le juge Walsh a adopté une méthode d'interprétation qui aurait exclu ces activités de la portée de l'article en cause. Pour des motifs que je développerai en traitant de la réparation, j'estime que le juge Walsh, n'a pas suivi la marche normale de l'interprétation, mais a plutôt interprété l'article—il l'avoue franchement d'ailleurs—de manière à ce qu'il soit conforme à la *Charte*, ce qui constitue essentiellement une forme de réparation qu'on désigne du nom d'«interprétation atténuée».

En résumé, la disposition contestée interdit à tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique. Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 467:

Troisièmement, à ce stade, le bon sens entre en jeu. Une règle absolue interdisant toute participation et discussion publique par tous les fonctionnaires aurait pour effet d'interdire des activités qu'aucune personne sensée dans une société démocratique ne voudrait interdire.

À mon avis, le fait que soient prévues certaines exceptions mineures à l'interdiction générale évoquée par le juge en chef Dickson ne suffit pas pour sauver l'article en cause. Les restrictions imposées à la liberté d'expression en l'espèce ont une portée excessive et dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale. Sur ce point, on nous a renvoyés aux dispositions législatives en vigueur ailleurs, qui font des distinctions tant à l'égard de l'activité proscrire qu'à l'égard du rang des fonctionnaires touchés. En Grande-Bretagne, par exemple, les fonctionnaires sont divisés en trois groupes selon la nature du poste qu'ils occupent: un groupe jouissant d'une pleine liberté politique, un groupe intermédiaire et un groupe assujéti à des restrictions politiques. Des

allow greater political freedom than does the federal government. In this respect, Michael Decter, Deputy Minister in the Executive Council, Government of Manitoba, offered his testimony to the effect that the less restrictive legislation has not resulted either in a weakening of administrative impartiality within the public service, or in a decrease of public confidence in the independence of the public service.

In conclusion, I am of the view that s. 33 fails the minimum impairment test and it is therefore unnecessary to consider the third aspect of the proportionality test. I now proceed to consider the appropriate remedy.

#### Remedy

This is a case in which I have concluded that s. 33 in many of its applications exceeds what is necessary to achieve the admittedly valid government objective of maintaining the neutrality of the civil service. In a number of cases to which the section applies the restriction is a justifiable limit on freedom of expression and, had it been limited to these, would have been unassailable. In these circumstances, where there exists a less restrictive alternative, the question arises as to whether the overbreadth should be cured by the legislature or by the court. In this case Walsh J. chose to cure the defect rather than leaving it to Parliament. He dealt with the respondents on a case-by-case basis and tailored the legislation to conform with a result that would not involve an unreasonable limit on the freedom of expression. I characterize this approach as "reading down". On the other hand, the Court of Appeal struck out the offending parts of the section leaving it to Parliament to cure the defect by adopting an alternative that will conform to the *Charter* in its various applications. In these circumstances, assuming that the Court has the power to "read down" legislation, it is necessary to decide which is the appropriate remedy in this case. This Court has not decided whether the remedies of "reading down" and its companion "the constitutional exemption" are remedies which it can apply in a *Charter* case. I have concluded that, assuming the Court has the power to

normes différentes s'appliquent à chacun de ces groupes. Même au Canada, les provinces de Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, d'Alberta et de la Saskatchewan accordent une plus grande liberté politique que ne le fait le fédéral. Michael Decter, sous-ministre membre du conseil exécutif du gouvernement du Manitoba, a témoigné à ce propos que les dispositions législatives moins restrictives n'ont entraîné ni diminution de l'impartialité administrative au sein de la fonction publique ni baisse de la confiance du public dans l'indépendance de la fonction publique.

Pour conclure, je suis d'avis que l'art. 33 ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale et qu'il n'est donc pas nécessaire d'examiner le troisième volet du critère de proportionnalité. Je me penche maintenant sur la question de la réparation appropriée.

#### La réparation

J'ai conclu en l'espèce que dans beaucoup de ses applications l'art. 33 dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental, indubitablement légitime, du maintien de la neutralité de la fonction publique. Dans plusieurs cas d'application de cet article, la restriction constitue une limite justifiable imposée à la liberté d'expression et, si elle avait porté sur ces seuls cas, aurait été inattaquable. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une mesure moins restrictive s'offre, on doit se demander si c'est au législateur ou bien aux tribunaux qu'il appartient de remédier à la portée excessive. Dans la présente instance, le juge Walsh a décidé de corriger lui-même le défaut plutôt que d'en laisser le soin au Parlement. Il a en effet examiné un à un le cas de chacun des intimés et a interprété la disposition en cause de manière à ce qu'elle ne limite pas déraisonnablement la liberté d'expression. Je qualifie cette méthode d'«interprétation atténuée». La Cour d'appel, par contre, a invalidé les dispositions contestées de l'article en laissant au Parlement le soin de réparer le défaut par l'adoption de dispositions différentes qui, dans leurs diverses applications, seront conformes à la *Charte*. Dans ces circonstances, à supposer que la Cour ait le pouvoir de faire une «interprétation atténuée» des dispositions législatives, il faut décider quelle est la réparation adéquate en l'espèce. Notre Cour n'a pas déterminé si la réparation qualifiée

“read down”, it should not be exercised in this case. It is not therefore necessary to decide whether the Court has the power. My discussion of the remedy of “reading down” proceeds on this basis.

It is argued that the course of action taken by Walsh J. was less of an intrusion into the legislative sphere than the remedy employed by the Court of Appeal. This submission is based on the notion that reading down of the statute to conform with the *Charter* does not involve a determination of invalidity of the impugned provisions. The fallacy in this reasoning is that, in order to determine which interpretation is consistent with the *Charter*, it is necessary to determine what aspects of the statute’s operation do not conform. The latter determination is in essence an invalidation of the aspects of the statute that are found not to conform. This requires not only a finding that a *Charter* right or freedom is infringed but that it is not justified under s. 1. This so-called “reading down” of a statutory provision operates to avoid a finding of unconstitutionality. In a *Charter* case, this means not only an infringement of a right or freedom but one that is, as well, not a reasonable limit prescribed by law and justified under s. 1. As Lamer J. (as he then was) put it in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. [Emphasis added.]

It is to avoid the result of the underlined words in that passage that this interpretative tool is employed. Or,

d’«interprétation atténuée» et son corollaire, l’«exemption constitutionnelle», sont des réparations qu’elle peut appliquer dans une affaire relative à la *Charte*. J’ai conclu que, à supposer que la Cour ait le pouvoir de faire une «interprétation atténuée», elle ne devrait pas l’exercer en l’espèce. Il n’est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour a effectivement ce pouvoir. C’est sur ce principe que je fonde mon analyse de la réparation qu’est l’«interprétation atténuée».

On soutient que la voie prise par le juge Walsh constitue un empiétement moins grave sur le domaine législatif que ne l’est la solution retenue par la Cour d’appel. Cet argument repose sur la notion selon laquelle, en donnant à la loi une interprétation atténuée destinée à la rendre conforme à la *Charte*, on ne se trouve pas à invalider les dispositions contestées. Or, ce raisonnement a ceci de défectueux que, pour déterminer quelle interprétation est compatible avec la *Charte*, il faut déterminer également sous quels aspects de son application la loi ne s’y conforme pas. Cette dernière détermination revient essentiellement à invalider les dispositions de la loi jugées non conformes. On doit à cette fin conclure non seulement qu’il y a eu violation d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte*, mais que cette violation n’est pas justifiée aux termes de l’article premier. Ce que l’on appelle l’«interprétation atténuée» permet d’éviter une conclusion d’inconstitutionnalité. Dans une affaire mettant en cause la *Charte*, cela s’applique non seulement à une violation d’un droit ou d’une liberté, mais à une violation qui ne constitue pas une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et justifiée aux termes de l’article premier. Ainsi que le dit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. [Je souligne.]

C’est pour éviter le résultat évoqué par les mots soulignés dans ce passage qu’on a recours à cette

as Walsh J. put it, what was required was a “judicial interpretation” as to “whether the proposed activities of the plaintiffs constitute activities which are permissible under the Charter but which were restricted by the interpretation given by the Commission to section 32 [now s. 33]” (p. 237). In this respect, I agree with the following comment made by Carol Rogerson in her article “The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness” contained in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at p. 248:

While the courts continue to describe reading down as a technique of interpretation rather than of invalidation, as a practical matter reading down is difficult to distinguish from a remedy which would operate to declare particular applications of a law unconstitutional. Reading down does require an initial determination by the court that particular applications of the statute would be unconstitutional.

The process of interpreting a statutory provision that is susceptible of more than one meaning was traditionally governed by the basic precept that the Court’s function is to discover the intention of the legislature. In a case in which the ordinary rules of construction yield two equally plausible meanings, policy considerations are a factor in resolving the conflict. In constitutional cases before the *Charter* this was reflected in the practice of interpreting statutes by applying a presumption that a legislative body does not intend to exceed its powers under the Constitution. As an example, in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, this Court held that a local ordinance regulating the use of property by prohibiting the erection of unauthorized signs, though apparently without limits, could not have been intended to encroach on federal jurisdiction over elections, and should therefore be “read down” so as not to apply to election signs. The application of the presumption of constitutionality in *Charter* cases has not been resolved by this Court. In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 125, Beetz J., commenting on the presumption of constitutionality, said: “The extent to which this rule of construction otherwise applies, if at all, in the field of the *Charter* is a matter of contro-

méthode d’interprétation. En d’autres termes, ce qu’il fallait, pour reprendre les propos du juge Walsh, c’était que le tribunal décide «si les activités projetées par les demandeurs constituent des activités qui sont acceptables en vertu de la Charte mais qui ont été limitées par l’interprétation donnée par la Commission à l’article 32 [maintenant l’art. 33]» (p. 237). À ce propos, je souscris à l’observation suivante que fait Carol Rogerson dans son article intitulé «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987), à la p. 248:

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux continuent à caractériser l’interprétation atténuée comme une méthode d’interprétation plutôt que d’invalidation, il est difficile dans la pratique de distinguer l’interprétation atténuée d’avec une réparation qui permettrait de déclarer inconstitutionnelles certaines applications d’une loi. L’interprétation atténuée nécessite en effet une conclusion préliminaire par le tribunal que certaines applications de la loi seraient inconstitutionnelles.

Le processus d’interprétation d’une disposition législative qui admet plus d’un sens était traditionnellement régi par le principe fondamental selon lequel le rôle du tribunal est de découvrir l’intention du législateur. Dans un cas où les règles ordinaires d’interprétation permettent de dégager deux sens tout aussi plausibles, on tient compte de considérations de principe pour résoudre le conflit. Dans les causes constitutionnelles antérieures à la *Charte*, cela se traduisait par la pratique consistant à appliquer à l’interprétation des lois la présomption selon laquelle le législateur n’a pas l’intention d’outrepasser les pouvoirs que lui confère la Constitution. Mentionnons à titre d’exemple que, dans l’arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, notre Cour a conclu que, malgré son application apparemment illimitée, une ordonnance locale qui réglementait l’utilisation des biens-fonds en interdisant tout affichage non autorisé, ne pouvait avoir été destinée à empiéter sur la compétence fédérale en matière d’élections et devait en conséquence recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ce qu’elle ne s’applique pas à l’affichage électoral. Or, notre Cour n’a pas encore tranché la question de l’application de la présomption de constitutionnalité dans des affaires mettant en cause la *Charte*. Dans l’affaire *Manitoba (Procureur général)*

versy. . .” On the other hand, in *Slaight*, Lamer J., dissenting in part, although not expressly adopting a presumption of constitutionality, interpreted a general provision down in order to avoid a result that violated the *Charter*.

The policy of restraint reflected in the presumption of constitutionality arose out of the traditional respect by the judicial branch for the supremacy of the legislative branch. Interpreting a statute by reading it in accordance with the presumed intention of the legislators was regarded as less of an invasion of their domain by the court. In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court’s role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada. The court is given an express mandate to declare invalid a law which, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*. There is no reason for the court to disguise the exercise of this power in the traditional garb of interpretation. At the same time, the court must be sensitive to its proper role in the constitutional framework and refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary to give full effect to the provisions of the *Charter*. In exercising its broad discretion to fashion the appropriate remedy that will achieve these objectives in a *Charter* case, it is unnecessary to resolve the question as to whether there is a presumption of constitutionality. By reason of the diverse and novel problems which it will be called upon to redress, the court must maintain at its disposition a variety of remedies as part of its arsenal. Reading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which I have alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature. The same result may on

*c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz, commentant la présomption de constitutionnalité, a dit, à la p. 125: «Quant à savoir si cette règle d’interprétation s’applique par ailleurs dans le domaine de la *Charte* est un point controversé. . .» D’autre part, dans *Slaight*, le juge Lamer, dissident en partie, quoiqu’il n’ait pas expressément appliqué la présomption de constitutionnalité, a donné à une disposition générale une interprétation atténuée afin d’éviter un résultat qui aurait été contraire à la *Charte*.

La politique de retenue reflétée dans la présomption de constitutionnalité procédait de ce que les tribunaux respectaient traditionnellement la primauté du pouvoir législatif. On croyait en effet qu’en interprétant une loi de façon à ce qu’elle s’accorde avec l’intention présumée du législateur, la cour empiétait moins sur le domaine de ce dernier. Dans le choix d’une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d’une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d’atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada. La cour est expressément autorisée, conformément à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à invalider une règle de droit dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*. Il n’y a donc aucune raison pour habiller l’exercice de ce pouvoir du manteau traditionnel de l’interprétation. En même temps, la cour doit se montrer consciente du rôle qu’elle est appelée à jouer dans le cadre constitutionnel et ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu’il n’est nécessaire pour rendre pleinement opérantes les dispositions de la *Charte*. Lorsqu’elle exerce son large pouvoir discrétionnaire d’accorder la réparation qui permettra d’atteindre ces objectifs dans une affaire mettant en cause la *Charte*, la cour n’a pas à décider s’il existe une présomption de constitutionnalité. En raison des problèmes nouveaux et divers qu’elle aura à régler, il faut que la cour dispose toujours d’un arsenal comportant une variété de réparations possibles. L’interprétation atténuée peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont j’ai déjà fait mention, représente

occasion be obtained by resort to the constitutional exemption. This remedy was adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300, a case which is pending in this Court\*. In such circumstances I see no particular virtue in resorting to the language of presumptions in order to disguise what is to all intents and purposes a remedy. When the values of the *Charter* are not sacrificed thereby, it is preferable to express deference to the legislature as a factor in fashioning the remedy rather than engaging in a fictitious analysis that attributes to the legislature an intention that it did not have.

This brings me to the appropriate remedy in this case. The language of s. 33 is so inclusive that Walsh J. declined to provide any general definition of its scope but rather preferred to deal with the activity of each of the plaintiffs individually in measuring the restriction imposed by the section against the *Charter*. The number of instances in which the operation of the section would otherwise have been in breach of s. 2(b) of the *Charter* is extensive. On this basis there is little doubt that in future other instances will arise which will require a similar reading down of the section. In the final analysis, a law that is invalid in so many of its applications will, as a result of wholesale reading down, bear little resemblance to the law that Parliament passed and a strong inference arises that it is invalid as a whole. In these circumstances it is preferable to strike out the section to the extent of its inconsistency with s. 2(b). To maintain a section that is so riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and would constitute a greater intrusion on the role of Parliament. In my opinion it is Parliament that should determine how the section should be redrafted and not the Court. Apart from the impracticality of a determination of the constitutionality of the section on a case-by-case basis, Parliament will have available to it information and expertise that is not available to the Court.

\* Judgment rendered August 22, 1991.

l'empiétement le moins grave sur les fonctions du législateur. On peut parfois arriver au même résultat en recourant à l'exemption constitutionnelle. C'est la réparation qu'a adoptée la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300, affaire en instance devant notre Cour\*. Je ne vois dans de telles circonstances aucune utilité particulière à parler de présomptions pour déguiser ce qui est à toutes fins pratiques une réparation. Lorsque cela n'entraîne pas le sacrifice des valeurs véhiculées par la *Charte*, il vaut mieux faire preuve de retenue à l'égard du législateur dans le cadre du choix de la réparation plutôt que de se lancer dans une analyse artificielle qui prête au législateur une intention qu'il n'a jamais eue.

Voilà qui m'amène à la question de la réparation qui convient en l'espèce. Le texte de l'art. 33 est de portée tellement vaste que le juge Walsh s'est refusé à établir une définition générale de cette portée, préférant plutôt examiner sur une base individuelle le cas des activités de chacun des demandeurs aux fins d'apprécier à la lumière de la *Charte* la restriction imposée par l'article en cause. Les cas où l'application de l'article aurait par ailleurs enfreint l'al. 2b) de la *Charte* sont nombreux. Cela étant, peut-on sérieusement douter qu'il se présentera dans l'avenir d'autres cas qui nécessiteront également une interprétation atténuée de cet article. En dernière analyse, une règle de droit qui est à tant d'égards entachée d'invalidité finira, en conséquence du recours systématique à l'interprétation atténuée, par ne guère ressembler au texte adopté par le législateur, ce qui fait naître une forte présomption qu'elle est invalide en totalité. Dans ces circonstances, mieux vaut invalider l'article dans la mesure de son incompatibilité avec l'al. 2b). En effet, maintenir en vigueur un article entaché de tant de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représenterait un empiétement plus prononcé sur le rôle du Parlement. À mon avis, c'est précisément au Parlement et non à la Cour qu'il appartient de déterminer quelle devrait être la nouvelle formulation de l'article. Sans compter qu'il est peu pratique de décider de la constitutionnalité de l'article en procédant cas par cas, le législateur fédéral disposera de données et d'expertise dont la Cour ne bénéficie pas.

\* Jugement rendu le 22 août 1991.

Disposition

The judgment of the Federal Court of Appeal declared that s. 32(1)(a) (now s. 33(1)(a) of the *Act*) is of no force and effect except as it applies to a “deputy head”. The respondents did not cross-appeal or seek a variation of this order. In the result, this order will stand. Accordingly, for the reasons I have expressed above, the appeals are dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Sopinka J., and agree with much that he has said. I agree that the provision in question restricts freedom of speech and expression. I disagree, however, with his conclusion that s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not save the legislation. My disagreement is focussed on the discussion of “minimal impairment”.

I agree with his conclusion that the language of s. 33(1)(a) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, provides an intelligible standard and is thus a limit imposed by law. It is upon this ground, vagueness, that the Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 219, reversed the trial judgment, [1986] 3 F.C. 206.

The trial judgment commands careful consideration. The parties offered considerable evidence on the question of the reasonableness of this limitation on freedom of expression. The trial judge thus enjoyed an important advantage in having the opportunity to hear and assess that evidence. He found the evidence relating to the effectiveness of public service employment limitations in other jurisdictions to be inconclusive. He carefully reviewed the authorities considering s. 1 and found “minimal impairment”. I do not see any grounds for disturbing his findings.

In my view he was perfectly correct in concluding that less restrictive provisions in other jurisdictions were not shown to be effective in meeting the objec-

Dispositif

L’arrêt de la Cour d’appel fédérale a déclaré inopérant l’al. 32(1)a) (maintenant l’al. 33(1)a) de la *Loi*), sauf dans la mesure où il s’applique à un administrateur général. Les intimés n’ont pas formé de pourvoi incident ni demandé la modification de cette ordonnance. L’ordonnance est en conséquence maintenue. Pour les motifs exposés ci-dessus, les pourvois sont donc rejetés avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON (dissident)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis dans une large mesure d’accord avec ce qu’il dit. Comme lui, j’estime que la disposition en cause restreint la liberté de parole et d’expression. Je ne souscris cependant pas à sa conclusion que cette disposition n’est pas sauvegardée par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et c’est sur l’analyse de «l’atteinte minimale» que porte mon désaccord.

Je conclus comme le juge Sopinka que le texte de l’al. 33(1)a) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, établit une norme intelligible et constitue donc une restriction prescrite par une règle de droit. Le motif de l’infirmité du jugement de première instance, [1986] 3 C.F. 206, par la Cour d’appel fédérale, [1988] 3 C.F. 219, était justement l’imprécision.

Le jugement de première instance appelle un examen attentif. Les parties ont produit une preuve abondante sur la question du caractère raisonnable de cette restriction à la liberté d’expression. Le premier juge a donc eu le grand avantage d’entendre et d’apprécier cette preuve. Il n’a pas jugé concluante la preuve concernant l’efficacité des restrictions que d’autres ressorts ont imposées aux fonctionnaires. Ayant minutieusement passé en revue la jurisprudence traitant de l’article premier, il a conclu à une «atteinte minimale». Je ne vois aucune raison de toucher à ses conclusions.

À mon avis, il avait parfaitement raison de conclure qu’on n’a pas démontré que des dispositions moins restrictives en vigueur dans d’autres ressorts

tives of the legislation. In this conclusion he apparently agreed with the witness Kernaghan who pointed out the difficulty in assessing the efficacy of rules applied in other jurisdictions. For example, of Manitoba's procedures, the witness Kernaghan opined that "the jury is still out".

The fact that some other jurisdictions have less restrictive provisions does not, of itself, justify the conclusion that the means chosen by Canada are "over-broad". These restrictions are protective, designed to serve the need for preserving political neutrality in the civil service. We cannot rely on comparisons with other jurisdictions without an appreciation of the objectives that jurisdiction seeks to meet and an evaluation of the extent to which those objectives are met. The fact that some home owners choose not to lock their doors does not demonstrate that securing the home is unnecessary. Nor would the fact that some home owners are satisfied to rely on "no trespassing" signs establish that such means were a suitable alternative method of property security. Similarly, the existence of legislation with less restrictive means does not establish that that scheme better protects the neutrality and integrity of the civil service.

The impugned provision forbids partisan political activity in pursuit of several goals. If the state's sole objective is to control the political activities of those government employees who exercise discretion in dealing with the public, then the section is over-reaching. That control, however, is not the sole objective of placing restraints on the political activities of public servants.

In discussing the necessity for placing restraints on partisan political activities, the trial judge spoke of the "merit principle for appointments and promotions", "confidence of the public in fair and impartial administration", and the confidence of elected ministers "in the advice of subordinate public servants on whose work they must rely" (p. 234). The legislation is aimed at enhancing and preserving these characteristics, according with the comments of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*,

sont un moyen efficace d'atteindre les objectifs visés par la loi. En cela il semble avoir retenu le point de vue du témoin Kernaghan, qui a fait ressortir la difficulté que présente l'évaluation de l'efficacité de règles appliquées dans d'autres ressorts. Ce dernier affirme, par exemple, au sujet des dispositions manitobaines, que [TRADUCTION] «il est encore trop tôt pour en juger».

L'existence de dispositions moins restrictives dans d'autres ressorts ne saurait, à elle seule, justifier la conclusion que les moyens choisis par le Canada sont «de portée excessive». Il s'agit de restrictions protectrices visant à préserver la nécessaire neutralité politique de la fonction publique. Sans connaître les objectifs visés dans d'autres ressorts et sans savoir dans quelle mesure ils ont été réalisés, nous ne pouvons nous fier aux comparaisons faites avec ces autres ressorts. Que certains propriétaires choisissent de ne pas fermer leurs portes à clé ne démontre aucunement qu'il n'est pas nécessaire de le faire. Ce n'est pas non plus parce que certains propriétaires se contenteraient de poser des panneaux «entrée interdite» que cela représenterait une autre méthode valable d'assurer la sécurité d'une propriété. De même, l'existence de dispositions législatives prévoyant des moyens moins restrictifs ne prouve pas que la neutralité et l'intégrité de la fonction publique sont ainsi mieux protégées.

C'est dans plusieurs buts que la disposition contestée interdit l'activité politique partisane. Si l'État visait uniquement à limiter les activités politiques des fonctionnaires qui sont appelés à exercer un pouvoir discrétionnaire dans leurs relations avec le public, la portée de la disposition en cause serait alors excessive. Mais ce n'est pas le seul but des restrictions imposées aux activités politiques des fonctionnaires.

Traitant de la nécessité de restreindre les activités politiques partisans, le juge de première instance évoque le «principe des nominations et des promotions d'après le mérite», la «confiance» du public dans une administration «équitable et impartiale» et la confiance des ministres élus dans les «conseils fournis par les fonctionnaires», conseils «sur lesquels ils doivent se fonder» (p. 234). La disposition législative en cause vise à renforcer et à maintenir ces principes, ce qui concorde avec les remarques du juge en



[1985] 2 S.C.R. 455, where he spoke of “impartiality, neutrality, fairness and integrity” in the tradition surrounding our public service (p. 471).

Professor Kernaghan, in cross-examination was asked to accept, and did accept, the proposition that civil servants “[m]ust not engage in partisan political activities which will jeopardize the political neutrality both real and perceived of the public service”.

The legislation could distinguish between various levels of employees, but, in my view, the case against partisan activities at all levels is a strong one. No civil servant must owe, or be seen to owe, appointment or promotion to partisan activities. Activities tend to be overt and they are likely to be known or become known to those within and without the public service. Once allegiances are known, the principles of neutrality, impartiality and integrity are endangered. There is a danger within the service that those seeking appointments or promotions will feel some incentive to cut their cloth to the known partisan interests of those who have influence over appointments and promotions. Visible partisanship by civil servants displays a lack of neutrality, and a betrayal of that convention of neutrality. The public perception of neutrality is thus severely impaired, if not destroyed.

At the same time we must recognize that the legislation does not forbid membership in or financial support of a party. Nor does it prohibit speaking on all public issues.

An effective civil service is essential to modern day democratic society. This proposition is discussed by Beetz J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2. At page 44 he describes the findings of MacKinnon A.C.J.O. supporting the convention of political neutrality as unassailable. The passage quoted by Beetz J. incorporates the conclusion of Labrosse J. that “Public confidence in the civil ser-

chef Dickson dans l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, où il parle de la tradition «d’impartialité, de neutralité, d’équité et d’intégrité» propre à notre fonction publique (p. 471).

On a réussi à faire admettre au professeur Kernaghan au cours de son contre-interrogatoire que les fonctionnaires [TRADUCTION] «ne doivent pas se livrer à des activités politiques partisans qui compromettront la neutralité politique réelle et perçue de la fonction publique».

La disposition en cause aurait pu faire une distinction entre les employés de différents niveaux mais, à mon avis, les arguments en faveur d’une interdiction globale des activités partisans sont forts. Il ne faut pas qu’un fonctionnaire doive, ou soit perçu comme devant, sa nomination ou sa promotion à des activités partisans. Ces activités tendent à être manifestes et il est probable que tôt ou tard celles-ci seront connues tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de la fonction publique. Dès lors que les allégeances politiques deviennent notoires, les principes de neutralité, d’impartialité et d’intégrité se trouvent menacés. On peut craindre en effet dans la fonction publique que des personnes briguant une nomination ou une promotion se sentent contraintes de régler leur conduite sur les intérêts partisans connus de ceux qui en décident. En affichant leurs convictions politiques, les fonctionnaires font preuve d’un manque de neutralité et, par le fait même, violent la convention de neutralité, de sorte que la perception de neutralité existant chez le public est gravement compromise, voire anéantie.

Il faut reconnaître par ailleurs que la disposition en cause n’interdit ni d’appartenir à un parti ni de le soutenir financièrement. Elle n’empêche pas non plus l’expression d’opinions sur toute question d’intérêt public.

Une fonction publique efficace est indispensable dans une société démocratique moderne. C’est une proposition dont traite le juge Beetz dans l’arrêt *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2. À la page 44, il qualifie d’inattaquables les conclusions du juge en chef adjoint MacKinnon concernant l’existence d’une convention de neutralité politique. Le passage cité par le juge Beetz comprend

vice requires its political neutrality and impartial service to whichever political party is in power". In my view a measure of neutrality is necessary in order to preserve that effectiveness and the state may impose appropriate limits to that end. I do not read my colleague's judgment as denying that proposition. Our difference centres on whether the means chosen offends the "minimal means" test.

The means must, of course, be assessed in the light of the objective, which I take to be to secure civil service neutrality in all of its elements. I must say that to permit overt partisan political activity is to come perilously close to abandoning the principle of neutrality. The government may, of course, decide to abandon or modify that principle, but this legislation is directed towards its preservation and our task is to decide if this means of preservation is justifiable.

Section 1 is a flexible provision and this Court is still engaged in the process of defining and refining the factors to be considered in its application. I am in respectful agreement with the statement of La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, that the underlying values of *Charter* rights and freedoms "must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature". He refers to the need to allow for "the protection of other competing interests in a democratic society" (p. 1490). The need for flexibility is expressed by Dickson C.J. in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 927, where balancing between important collective interests and *Charter* rights is involved. As he points out, at p. 916, "s. 1 both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by ref-

la conclusion du juge Labrosse selon laquelle [TRADUCTION] «La confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir». Selon moi, un certain degré de neutralité s'impose afin d'assurer le maintien de cette efficacité et l'État peut prescrire les restrictions nécessaires à cet effet. Je ne crois pas que cette proposition soit rejetée par mon collègue dans ses motifs. Nos opinions divergent sur la question de savoir si les moyens choisis satisfont ou non au critère de l'«atteinte minimale».

Il faut évidemment apprécier les moyens employés en fonction de l'objectif visé, qui est en l'occurrence, je crois, d'assurer la neutralité de la fonction publique dans tous ses éléments. Je dois dire qu'autoriser la participation manifeste à des activités politiques partisans, c'est approcher dangereusement de l'abandon du principe de neutralité. Le gouvernement peut, bien entendu, décider d'abandonner ou de modifier ce principe, mais la disposition en cause est destinée à le maintenir. Notre tâche consiste donc à déterminer si ce moyen d'y arriver peut se justifier.

L'article premier est une disposition souple et notre Cour n'a pas encore achevé le processus de définition et de mise au point des facteurs à prendre en considération aux fins de son application. Je souscris avec égards à la déclaration faite par le juge La Forest dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, selon laquelle les valeurs sous-jacentes aux droits et libertés garantis par la *Charte* «doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir». Il fait mention de la nécessité de prévoir «la protection d'autres intérêts opposés dans une société démocratique» (p. 1490). Le besoin de souplesse dans des cas où il faut soulever des intérêts collectifs importants et des droits conférés par la *Charte* est exprimé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 927. Comme il le souligne à la p. 916, «l'article premier garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la

erence to principles fundamental in a free and democratic society”.

I also agree with the observation of McLachlin J. in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248, where she points out that the courts must not strike out legislation merely because they can conceive of an alternative which seems to be less restrictive, recognizing that governments must develop rules and policies to apply to many cases.

Before turning to the specific question of “minimal means” I refer briefly to the experience in the United States. That experience is informative and instructive because its efficacy is not in question. It is particularly illuminating because it represents the experience and learning of a country with very strong democratic traditions and a highly developed, vigorous notion of free speech.

The experience in the United States is usefully discussed by Vaughn, “Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond” (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516. Prohibitions on active participation in political campaigns are common. Federal restraints are to be found in the Hatch Act. While there is continuing political debate about these restrictions, “the judiciary consistently has upheld such restraints as within the legislative power to promote the efficiency of the federal civil service” (Vaughn, *op. cit.*, at p. 516).

In discussing the prohibition of partisan political conduct, the majority of the Supreme Court of the United States (White J. for himself, Burger C.J. and Stewart, Blackmun, Powell and Rehnquist JJ.) in *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL—CIO*, 413 U.S. 548 (1973), at p. 557, referred to and confirmed the judgment of a long history “. . . that it is in the best interest of the country, indeed essential, that federal service should depend upon meritorious performance rather than political service, and that the political

*Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique».

Je suis en outre d'accord avec l'observation du juge McLachlin dans l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248, où elle souligne que les tribunaux ne doivent pas invalider un texte législatif du seul fait qu'ils peuvent concevoir une autre mesure qui semble moins restrictive, car il est entendu que les gouvernements doivent élaborer des règles et des politiques susceptibles d'application à un grand nombre de situations.

Avant d'aborder la question précise de l'«atteinte minimale», je veux parler brièvement de ce qui se fait aux États-Unis. L'expérience américaine est source d'information et d'enseignement parce que l'efficacité des mesures américaines n'a pas été mise en doute. Cette expérience est d'autant plus révélatrice qu'elle est celle d'un pays qui possède une très forte tradition démocratique, et où la notion de liberté d'expression est dynamique et extrêmement évoluée.

On trouve une étude utile de l'expérience américaine dans Vaughn, «Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond» (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516. L'interdiction de la participation active aux campagnes électorales est chose courante aux États-Unis. C'est la loi Hatch qui édicte les restrictions fédérales dans ce domaine. Quoique ces restrictions continuent à faire l'objet d'un débat politique, [TRADUCTION] «les tribunaux ont uniformément statué que de telles restrictions sont valides car elles relèvent de la compétence législative d'assurer l'efficacité de la fonction publique fédérale» (Vaughn, *loc. cit.*, à la p. 516).

Analysant l'interdiction de l'activité politique partisane, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, (le juge White, avec l'appui du juge en chef Burger et des juges Stewart, Blackmun, Powell et Rehnquist) évoque et confirme, dans l'affaire *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL—CIO*, 413 U.S. 548 (1973), à la p. 557, le jugement porté par une longue tradition, à savoir [TRADUCTION] «. . . que, dans l'intérêt du pays, il vaut mieux, et il est même indispensable, que la fonction publique fédérale dépende du rendement

influence of federal employees on others and on the electoral process should be limited.” In discussing that history, the majority discussed various factors militating in favour of restrictions protecting the neutrality of the civil service, and, at p. 566, described a concern, “as important as any other” that employment and advancement in the service not depend on political performance and that employees be freed from pressure and express or tacit invitations to perform political chores.

In looking at the “minimal impairment” test I am reminded of the observations of Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82 of a reasonable limit being one it was reasonable to impose, and his comments in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, that the Court would not take a restrictive approach to social science evidence in the name of minimal impairment. I recognize, at once, that those were cases where the Court was looking at legislation mediating between competing interests. This case does not fall into any recognized category because here the state is limiting a right in another context, the regulation of the activities of those whose function it is to maintain the democratic society which is integral to the whole of the *Charter*.

I would not impose an exacting standard upon the state in the circumstances of this case. It is unnecessary, however, for me to define the standard because, in my view, the proposed less restrictive means are flawed. I agree with the trial judge who could not conclude that categorizing the civil service (and thus abandoning any restraint on the so-called lower level civil service) would satisfy the objective of preserving the political neutrality of the civil service. Before we say that other less intrusive means are available,

méritoire plutôt que du service politique et que l’influence politique pouvant être exercée par les fonctionnaires fédéraux sur autrui et sur le processus électoral soit limitée». Dans le cadre de son examen de cette tradition, la majorité traite de divers facteurs militant en faveur de restrictions destinées à protéger la neutralité de la fonction publique. La majorité, à la p. 566, fait état d’une préoccupation [TRADUCTION] «égale en importance à toute autre» voulant que l’emploi et l’avancement dans la fonction publique ne tiennent pas à une prestation politique quelconque et que les fonctionnaires ne soient pas exposés à des pressions ni à des incitations, expresses ou tacites, destinées à les amener à l’exécution de tâches politiques.

Quand je considère le critère de l’«atteinte minimale», je pense aux observations du juge en chef Dickson, qui dit, dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782, qu’est raisonnable la limite qui peut raisonnablement être imposée et, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, que la Cour n’adopterait pas au nom de l’atteinte minimale une approche restrictive à l’égard d’une preuve relevant des sciences sociales. Je conviens tout de suite qu’il s’agit là d’affaires où la Cour avait à se prononcer sur des dispositions législatives visant à concilier des intérêts opposés. Quant au cas présent, il ne tombe dans aucune catégorie reconnue, étant donné que l’État se trouve en l’espèce à limiter un droit dans un contexte différent, celui de la réglementation des activités de ceux dont les fonctions consistent à maintenir la société démocratique qui est essentielle à l’ensemble de la *Charte*.

Pour ma part, je n’imposerais pas à l’État dans les circonstances de la présente affaire une norme sévère. Il est inutile que je définisse la norme applicable parce que, selon moi, les moyens moins restrictifs proposés sont imparfaits. Je partage l’avis du juge de première instance, qui s’est vu dans l’impossibilité de conclure que la création de catégories au sein de la fonction publique (de sorte qu’aucune restriction ne soit imposée aux fonctionnaires des échelons dits «inférieurs») permettrait d’atteindre l’objectif de la préservation de la neutralité politique de la fonction publique. Avant de pouvoir conclure qu’il existe des

we must also be able to say that those means will meet the objective.

In looking at applying s. 1 of the *Charter*, I again agree with La Forest J.'s overview of s. 1 as it relates to proportionality in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 520:

The challenged law is then subjected to a proportionality test in which the objective of the impugned law is balanced against the nature of the right it violates, the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society.

In my view, there is an appropriate proportionality between the effects of the measure and the objective. The provision does not deny freedom of expression. It imposes a limitation on that freedom in the context of partisan political activities upon persons who, in the words of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, *supra*, at p. 471, "must know, or at least be deemed to know, that employment in the public service involves acceptance of certain restraints".

Finally, I am not persuaded that Walsh J. was engaged in reading down the legislation. He upheld it. He gave it a "judicial interpretation" which he described as "liberal" in that it restricted no more activities than necessary to preserve the tradition of neutrality. To interpret legislation in accordance with *Charter* concepts is not to condemn it as violative of those concepts.

I would allow the appeals, with costs, and reinstate the trial judgment.

*Appeals dismissed with costs, STEVENSON J. dissenting.*

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

moyens moins envahissants, on doit pouvoir affirmer également que ces moyens permettront d'atteindre l'objectif.

<sup>a</sup> Je suis également d'accord avec l'aperçu général du critère de la proportionnalité dans l'application de l'article premier de la *Charte*, que le juge La Forest donne dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 520:

<sup>b</sup> La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l'objectif de cette loi est soupesé en fonction de la nature du droit, de l'étendue de sa violation et de la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d'autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

<sup>c</sup> À mon avis, il existe une proportionnalité convenable entre les effets de la mesure en cause et l'objectif qu'elle vise. La disposition ne prive pas de la liberté d'expression. Elle ne fait que limiter cette liberté dans le contexte d'activités politiques partisans pour les personnes qui, comme le dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, précité, à la p. 471, «doi[ven]t savoir, ou du moins [sont] présumée[s] savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions».

<sup>d</sup> Enfin, je ne suis pas convaincu que le juge Walsh a donné une interprétation atténuée à la disposition en cause. Il en a simplement maintenu la validité. Il lui a donné une «interprétation judiciaire» qu'il a qualifiée de «libérale» puisqu'elle ne limitait les activités que dans la mesure où cela s'imposait pour préserver la tradition de neutralité. Interpréter un texte législatif en conformité avec les concepts énoncés dans la *Charte* ne revient pas à déclarer ce texte contraire à ces concepts.

<sup>e</sup> Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens et de rétablir la décision de première instance.

<sup>f</sup> *Pourvois rejetés avec dépens, le juge STEVENSON est dissident.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents Millar and Osborne: Nelligan/Power, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents Barnhart et al.: Jeffrey A. House, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard and Isabelle Harnois, Ste-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Procureurs des intimés Millar et Osborne: Nelligan/Power, Ottawa.*

*a Procureur des intimés Barnhart et autres: Jeffrey A. House, Toronto.*

*b Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard et Isabelle Harnois, Ste-Foy.*

*b Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*c Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Linda Lippé, Jean-Pierre Paradis, Serge Robitaille, Yvon Deblois, Martin Lapierre, Gérard Gagnon, Georges Malenfant, André Lessard, Karl Berger, Antonio Lamonde and Éric Desbiens *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the R.C.M. of Jacques-Cartier and the Municipality of Fossambault-sur-le-Lac *Interveners*

and

Mr. Gilles Charest, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Loretteville), Mr. Alain Turgeon, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Beauport), Mr. Jean-Pierre Gignac, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Charlesbourg), Mr. Pierre Nadeau, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Vanier), Mr. Marc Jessop, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Ste-Foy) *Mis en cause*

INDEXED AS: R. v. LIPPÉ

File No.: 22072.

1990: December 5\*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 11(d) of Canadian Charter of*

\* Reasons delivered on June 6, 1991.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

<sup>a</sup> Linda Lippé, Jean-Pierre Paradis, Serge Robitaille, Yvon Deblois, Martin Lapierre, Gérard Gagnon, Georges Malenfant, André Lessard, Karl Berger, Antonio Lamonde et <sup>b</sup> Éric Desbiens *Intimés*

et

<sup>c</sup> Le procureur général de l'Ontario, la M.R.C. de la Jacques-Cartier et la municipalité de Fossambault-sur-le-Lac *Intervenants*

<sup>d</sup> et

M<sup>e</sup> Gilles Charest, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Loretteville), M<sup>e</sup> Alain <sup>e</sup> Turgeon, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Beauport), M<sup>e</sup> Jean-Pierre Gignac, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Charlesbourg), M<sup>e</sup> Pierre Nadeau, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Vanier), <sup>f</sup> M<sup>e</sup> Marc Jessop, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Ste-Foy) *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: R. c. LIPPÉ

<sup>g</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 22072.

1990: 5 décembre\*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>i</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales*

\* Motifs déposés le 6 juin 1991.

*Rights and Freedoms — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.*

*Civil rights — Provincial human rights legislation — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.*

The respondents were charged with various infractions of municipal regulations and of the *Highway Safety Code*. They brought motions for evocation, *certiorari* and prohibition before the Superior Court, alleging that certain provisions of the *Cities and Towns Act* and the *Municipal Courts Act* violated their right to a fair hearing before an independent and impartial tribunal guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court found that the municipal court system failed to meet the standards of judicial independence and impartiality under both *Charters* and granted the motions. The majority of the Court of Appeal affirmed the judgment and, at the respondents' request, declared ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* inoperative, as violating s. 11(d) of the *Canadian Charter*. The majority decided that these provisions, which allowed part-time municipal court judges to continue to practise as lawyers, could reasonably cause a well-informed person to fear that his right under s. 11(d) was not sufficiently guaranteed. Sections 608 and 608.1 could not be saved under s. 1 of the *Canadian Charter*. The Court of Appeal did not address s. 23 of the *Quebec Charter*. This appeal is to determine whether, under the statutory scheme in place in the province of Quebec, a municipal court judge (with the exception of those presiding in Montréal, Laval and Québec) constitutes an "independent and impartial tribunal". The challenge is to the structure of the municipal court system which allows part-time judges to continue to practise law.

*viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.*

*Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Tribunal indépendant et sans préjugés — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12 — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.*

Les intimés ont été accusés de diverses infractions aux règlements municipaux et au *Code de la sécurité routière*. Ils ont présenté des requêtes en évocation et en délivrance de brefs de *certiorari* et de prohibition devant la Cour supérieure, alléguant que certaines dispositions de la *Loi sur les cités et villes* et de la *Loi sur les cours municipales* violaient leur droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial qui leur est conféré par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et leur droit à une audition impartiale devant un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé que leur reconnaît l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure a conclu que le système des cours municipales ne respectait pas les normes d'indépendance et d'impartialité ou d'absence de préjugés des tribunaux imposées par les deux *Chartes* et elle a accueilli les requêtes. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement et, à la demande des intimés, a déclaré inopérants les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* pour le motif qu'ils violaient l'al. 11d) de la *Charte canadienne*. Les juges formant la majorité ont décidé que ces dispositions, qui permettaient aux juges municipaux à temps partiel de continuer à exercer leur profession d'avocat, pouvaient raisonnablement amener une personne bien informée à craindre que le droit que lui confère l'al. 11d) ne soit pas suffisamment garanti. Les articles 608 et 608.1 ne pouvaient pas être sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Ce pourvoi vise à déterminer si, en vertu du régime légal en vigueur dans la province de Québec, les juges municipaux (à l'exception de ceux qui siègent à Montréal, Laval et Québec) constituent un «tribunal indépendant et impartial» ou un «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé». La contestation porte sur la structure des cours municipales qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit.



*Held:* The appeal should be allowed.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.:* The Quebec system of part-time municipal court judges who are allowed to practise law does not infringe the guarantee of judicial impartiality under s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter*. The aspects pertaining to the status of municipal judges as practising lawyers challenged in this case can be regarded as pertaining to institutional impartiality and the analysis made in this respect by Lamer C.J. is concurred with.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin:* Le système québécois des juges municipaux à temps partiel autorisés à pratiquer le droit ne porte pas atteinte à la garantie d'impartialité judiciaire prévue à l'al. 11d) de la *Charte* canadienne et à l'art. 23 de la *Charte* québécoise. Les aspects relatifs au statut des juges municipaux qui continuent d'exercer leur profession, contestés en l'espèce, peuvent être considérés comme se rapportant à l'impartialité institutionnelle et il est souscrit à l'analyse effectuée à cet égard par le juge en chef Lamer.

While the precise scope of "judicial independence" is not an issue in this appeal, understanding the scope of this principle is important to the full protection of "judicial impartiality". An independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter* must be both independent from government and independent from the parties to the litigation.

Même si la portée précise de l'«indépendance judiciaire» n'est pas en cause dans ce pourvoi, il importe de saisir la portée de ce principe si on veut assurer la pleine protection de l'«impartialité judiciaire». Un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte* canadienne et de l'art. 23 de la *Charte* québécoise doit être indépendant aussi bien vis-à-vis du gouvernement que vis-à-vis des parties au litige.

*Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ.:* The issue in this appeal is not one of "judicial independence". The content of judicial independence is to be determined with reference to our constitutional tradition and is limited to independence from the government. The concept of "government" refers not only to the executive or legislative branches but also to any person or body which can exert pressure on the judiciary through authority under the state, including any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges. Since the issue before this Court raises no allegations concerning the relationship of the state (including the Quebec Bar) with the municipal courts, it is assumed that the three criteria for judicial independence articulated by this Court in *Valente* are satisfied.

*Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory:* La question litigieuse en l'espèce ne porte pas sur l'«indépendance judiciaire». Le contenu du principe de l'indépendance judiciaire doit se déterminer en fonction de notre tradition constitutionnelle et il se limite à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. La notion de «gouvernement» désigne non seulement les pouvoirs exécutif et législatif, mais aussi toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État, y compris toute personne et tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges. Puisque la question soumise à notre Cour ne soulève aucune allégation à l'égard des rapports entre l'État (y compris le Barreau du Québec) et les cours municipales, il est présumé qu'il est satisfait aux trois critères applicables à l'indépendance judiciaire que notre Cour a exposés dans l'arrêt *Valente*.

The issue in this appeal should be characterized as one of "institutional impartiality". Like the requirement of judicial independence, the requirement of judicial impartiality has both an individual and an institutional aspect and both aspects are encompassed by the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal". Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement

La question en litige dans ce pourvoi devrait être décrite comme visant l'«impartialité institutionnelle». Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire, l'exigence d'impartialité judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel et les deux aspects sont englobés par la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan

of impartiality is not met. The appearance of impartiality is important for public confidence in the system.

The fact that judges are part-time does not in itself raise a reasonable apprehension of bias on an institutional level, but certain activities or professions in which they engage may be incompatible with their duties as judges and raise such a bias. Here, the Quebec municipal court system, which permits part-time judges to continue to practise law, meets the requirements of institutional impartiality under s. 11(d) of the Canadian Charter and s. 23 of the Quebec Charter. Even though the occupation of practising law is *per se* incompatible with the functions of a judge because it gives rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases, a careful consideration of the legislative safeguards now in place, and in particular the safeguards against possible situations of conflicts of interest, shows that the risks of bias have been minimized. Judicial immunity, the oath sworn by the judges, the Code of ethics to which they are subject, and the restrictions set out in s. 608.1 of the *Cities and Towns Act* all combine to alleviate the apprehension of bias. It follows that, with full knowledge of the Quebec municipal court system, including all of its safeguards, a reasonably well-informed person should not have an apprehension of bias in a substantial number of cases. While it may be true that a judge will not always be aware of a conflict, that possibility can be dealt with on a case-by-case basis.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; Eur. Court H. R., *Ringeisen* case, judgment of 16 July 1971, Series A No. 13; Eur. Court H. R., case of *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, judgment of 23 June 1981, Series A No. 43; Eur. Court H. R., *Piersack* case, judgment of 1 October 1982, Series A No. 53; Eur. Court H. R., case of *Campbell and Fell*, judgment of 28 June 1984, Series A No. 80.

By Lamer C.J.

**Referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981; *Tessier v. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553; *MacBain v. Lederman*,

institutionnel, il n'est pas satisfait à l'exigence d'impartialité. L'apparence d'impartialité est importante pour assurer la confiance du public dans le système.

Le fait que les juges sont juges à temps partiel ne soulève pas en soi une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, mais certaines activités ou professions qu'ils exercent peuvent être incompatibles avec leurs fonctions de juges et soulever pareille crainte de partialité. En l'espèce, le système québécois des cours municipales, qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit, satisfait aux exigences de l'impartialité institutionnelle prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne* et à l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Même si la pratique du droit est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge parce qu'elle soulève, dans un grand nombre de cas, une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée, une étude attentive des garanties législatives existantes, et en particulier des garanties contre les possibilités de conflits d'intérêts, montre que les risques de partialité ont été réduits au minimum. L'immunité judiciaire, le serment prêté par les juges, le Code de déontologie auquel ils sont assujettis et les restrictions exposées à l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* se combinent tous pour atténuer la crainte de partialité. Il s'ensuit qu'une personne raisonnablement bien informée, qui connaît parfaitement le système des cours municipales du Québec, y compris toutes les garanties qu'il comporte, ne devrait pas éprouver de crainte de partialité dans un grand nombre de cas. Bien qu'il puisse être vrai qu'un juge ne sera pas toujours conscient de l'existence d'un conflit d'intérêts, cette possibilité peut faire l'objet d'un examen cas par cas.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; Cour Eur. D. H., affaire *Ringeisen*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13; Cour Eur. D. H., affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43; Cour Eur. D. H., affaire *Piersack*, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53; Cour Eur. D. H., affaire *Campbell et Fell*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts mentionnés:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981; *Tessier c. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553; *MacBain c. Leder-*

[1985] 1 F.C. 856; *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting certain aspects of the status of municipal judges*, S.Q. 1988, c. 74.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d), 32.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 23 [am. 1982, c. 17, s. 42].  
*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, ss. 605, 606.1 [ad. 1988, c. 74, s. 2], 607 [repl. *idem*, s. 3], 607.1 [*idem*], 608 [*idem*], 608.1 [*idem*], 609.1 [*idem*], 615.1 [ad. *idem*, s. 5].  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 234.  
*Code of ethics for municipal judges of Québec*, R.R.Q. 1981—Supplement, p. 1272.  
*Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, ss. 261, 262 [am. 1980, c. 11, s. 99; am. 1988, c. 21, s. 57; am. c. 74, s. 8], 263 to 281.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXVII.  
*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, Art. 6(1).  
*Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2.  
*Magistrate's Privileges Act*, R.S.Q., c. P-24, s. 1 [am. 1982, c. 32, s. 117; am. 1988, c. 21, s. 116].  
*Municipal Courts Act*, R.S.Q., c. C-72, ss. 2 [am. 1982, c. 32, s. 78], 7.1 [ad. 1982, c. 2, s. 40; am. c. 32, s. 80], 7.3 [ad. 1982, c. 2, s. 40].

### Authors Cited

Atkinson, William J. "L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés". Dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149.  
 Blache, Pierre. "L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne". Dans *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 55.

*man*, [1985] 1 C.F. 856; *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d), 32.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 23 [mod. 1982, ch. 17, art. 42].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXVII.  
*Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, R.R.Q. 1981—Supplément, p. 1272.  
*Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 234.  
*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, art. 6(1).  
*Loi sur certains aspects du statut des juges municipaux*, L.Q. 1988, ch. 74.  
*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, art. 605, 606.1 [aj. 1988, ch. 74, art. 2], 607 [rempl. *idem*, art. 3], 607.1 [*idem*], 608 [*idem*], 608.1 [*idem*], 609.1 [*idem*], 615.1 [aj. *idem*, art. 5].  
*Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., ch. C-72, art. 2 [mod. 1982, ch. 32, art. 78], 7.1 [aj. 1982, ch. 2, art. 40; mod. ch. 32, art. 80], 7.3 [aj. 1982, ch. 2, art. 40].  
*Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., ch. P-24, art. 1 [mod. 1982, ch. 32, art. 117; mod. 1988, ch. 21, art. 116].  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, art. 261, 262 [mod. 1980, ch. 11, art. 99; mod. 1988, ch. 21, art. 57; mod. ch. 74, art. 8], 263 à 281.

### Doctrine citée

Atkinson, William J. «L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés». Dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149.  
 Blache, Pierre. «L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne». Dans *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 55.

- Garant, Patrice. "La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme" (1991), 36 *McGill L.J.* 39.
- Greene, Ian. "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988), *a* 26 *Osgoode Hall L.J.* 177.
- Keable, Jean F. "Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)". Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile. Formation permanente du Barreau du Québec*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 251.
- Pépin, Gilles. "L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1990), 50 *R. du B.* 766.
- Québec. Ministre de la Justice. Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales. *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*. Québec, 1988.
- Shetreet, Shimon. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976.
- Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Singhvi, L. M. "Independence of Justice in the World". Keynote Address Delivered at the Inaugural Session of the National Seminar on Justice: *Independence and Accountability*. Canadian Institute for the Administration of Justice. Montréal, October 15-17, 1987.
- Universal Declaration on the Independence of Justice*, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983. In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161, affirming a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 2372, 48 M.P.L.R. 123. Appeal allowed.
- Jean-Yves Bernard, Claude Bouchard and Marise Visocchi, for the appellant.
- Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice*, adoptée à la Première conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, 10 juin 1983. Dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, éd., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Garant, Patrice. «La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme» (1991), 36 *R.D. McGill* 39.
- Greene, Ian. «The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177.
- Keable, Jean F. «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile. Formation permanente du Barreau du Québec*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 251.
- Pépin, Gilles. «L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1990), 50 *R. du B.* 766.
- Québec. Ministre de la Justice. Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales. *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*. Québec, 1988.
- Shetreet, Shimon. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976.
- Shetreet, Shimon. «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges». In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Singhvi, L. M. «Independence of Justice in the World». Allocution prononcée lors de la session inaugurale du Colloque national sur la Justice: *Indépendance et Imputabilité*. Institut canadien de l'administration de la Justice. Montréal, 15 au 17 octobre 1987.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 2372, 48 M.P.L.R. 123. Pourvoi accueilli.
- Jean-Yves Bernard, Claude Bouchard et Marise Visocchi, pour l'appelant.

*Paul Larochelle, Pierre Béliveau and Maurice Dussault, for the respondent Lippé.*

*Herman Bédard, for the other respondents.*

*W. J. Blacklock and Rebecca Regenstreif, for the interveners the Attorney General for Ontario.*

*Claude Jean, for the interveners the R.C.M. of Jacques-Cartier and the Municipality of Fossambault-sur-le-Lac.*

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This appeal focuses on the content that is to be given to the concept of “independent and impartial tribunal” in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Specifically, this Court was asked to decide whether, under the statutory scheme in place in the province of Quebec, a municipal court judge (with the exception of those presiding in Montréal, Laval and Québec) constitutes an “independent and impartial tribunal”. No one is alleging that any particular municipal court judge is lacking the judicial requirements of independence and impartiality, but rather the challenge is to the structure of the municipal court system which allows part-time judges to continue to practise law.

This appeal was heard on December 5, 1990. Due to the urgent nature of the situation, judgment was rendered at that time, with reasons to follow. This Court unanimously allowed the appeal and upheld the Quebec system of municipal courts, finding no infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter* or of s. 23 of the *Quebec Charter*.

#### The Facts

On April 20, 1989, the respondents brought motions for evocation and *certiorari* and prohibition before Viens J. of the Quebec Superior Court. The

*Paul Larochelle, Pierre Béliveau et Maurice Dussault, pour l'intimée Lippé.*

*Herman Bédard, pour les autres intimés.*

*W. J. Blacklock et Rebecca Regenstreif, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Claude Jean, pour les intervenantes la M.R.C. de la Jacques-Cartier et la municipalité de Fossambault-sur-le-Lac.*

Les motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi porte sur le sens qu'il convient de donner au concept d'un «tribunal indépendant et impartial» ou «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé» que l'on trouve, respectivement, à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Plus particulièrement, on a demandé à notre Cour de décider si, en vertu du régime légal en vigueur dans la province de Québec, les juges municipaux (à l'exception de ceux qui siègent à Montréal, Laval et Québec) constituent un «tribunal indépendant et impartial» ou un «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé». Nul ne prétend qu'un juge municipal particulier ne possède pas l'impartialité et l'indépendance nécessaires à l'exercice des fonctions judiciaires; la contestation porte plutôt sur la structure des cours municipales qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit.

Ce pourvoi a été entendu le 5 décembre 1990. Étant donné le caractère urgent de la situation, jugement a été rendu à ce moment, les motifs devant suivre plus tard. Cette Cour a accueilli le pourvoi à l'unanimité et a maintenu le système des cours municipales, concluant qu'il ne violait ni l'al. 11d) de la *Charte canadienne* ni l'art. 23 de la *Charte québécoise*.

#### Les faits

Le 20 avril 1989, les intimés ont présenté des requêtes en évocation et en délivrance de brefs de *certiorari* et de prohibition devant le juge Viens de la

respondents submitted that certain provisions of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, and the *Municipal Courts Act*, R.S.Q., c. C-72, violated their right to a fair hearing before an independent and impartial tribunal guaranteed under s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter*.

Viens J. chose to deal specifically with the motion of Linda Lippé and then apply his conclusions in that case to the other cases. Lippé was charged with contravening municipal regulations by doing construction work without a permit in Fossambault-sur-le-Lac, a municipality which came under the jurisdiction of the Municipal Court of Loretteville. The other respondents were charged with various infractions of municipal regulations and of the *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2.

On June 29, 1989, Viens J. granted the 12 motions, declaring that judges of the municipal courts (of Loretteville, Beauport, Charlesbourg, Vanier and Ste-Foy) had no jurisdiction to rule on the infractions. In his opinion, the municipal court system failed to meet the standards of judicial independence and impartiality required by s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter*: [1989] R.J.Q. 2372. The Attorney General of Quebec appealed this decision.

Viens J. did not declare the legislative provisions regarding municipal court judges inoperative, as this remedy was not requested by the respondents. The Court of Appeal allowed the respondents to add this request before it dealt with the merits of the appeal of the decision of Viens J.

On September 13, 1990 the majority of the Court of Appeal declared ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* inoperative, as violating s. 11(d) of the Canadian *Charter*: [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161 (hereinafter cited to C.C.C.). The majority decided that these pro-

Cour supérieure du Québec. Les intimés ont soutenu que certaines dispositions de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, et de la *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., ch. C-72, violaient leur droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial qui leur est conféré par l'al. 11d) de la *Charte canadienne*, et leur droit à une audition impartiale devant un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé que leur reconnaît l'art. 23 de la *Charte québécoise*.

Le juge Viens a décidé de se prononcer expressément sur la requête de Linda Lippé pour ensuite appliquer ses conclusions à cet égard aux autres affaires. Madame Lippé a été accusée d'avoir contrevenu aux règlements municipaux en exécutant des travaux de construction sans permis à Fossambault-sur-le-Lac, une municipalité qui relevait de la compétence de la Cour municipale de Loretteville. Les autres intimés ont été accusés de diverses infractions aux règlements municipaux et au *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2.

Le 29 juin 1989, le juge Viens accueillait les 12 requêtes, déclarant que les juges des cours municipales (de Loretteville, Beauport, Charlesbourg, Vanier et Ste-Foy) n'avaient pas compétence pour se prononcer sur les infractions. À son avis, le système des cours municipales ne respectait pas les normes d'indépendance et d'impartialité ou d'absence de préjugés des tribunaux imposées à l'al. 11d) de la *Charte canadienne* et à l'art. 23 de la *Charte québécoise*: [1989] R.J.Q. 2372. Le procureur général du Québec en a appelé de cette décision.

Le juge Viens n'a pas déclaré inopérantes les dispositions législatives concernant les juges municipaux, les intimés n'ayant pas sollicité cette réparation. La Cour d'appel a permis à ces derniers d'ajouter cette requête avant qu'elle ne se penche sur le fond de l'appel interjeté contre la décision du juge Viens.

Le 13 septembre 1990, la Cour d'appel à la majorité a déclaré inopérants les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* pour le motif qu'ils violaient l'al. 11d) de la *Charte canadienne*: [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161 (ci-après cité au R.J.Q.). Les juges formant la

visions, which allowed part-time municipal court judges to continue to practise as lawyers, could reasonably cause a well-informed person to fear that his or her right under s. 11(d) to a hearing before an independent and impartial tribunal was not sufficiently guaranteed. The provisions could not be saved under s. 1. The Court of Appeal did not address s. 23 of the Quebec *Charter*.

Tourigny J.A. dissented, taking the position that the independence of the municipal court judges would cause a reasonable, well-informed person to perceive them to be impartial.

#### The Legislation in Issue

Although several aspects of the municipal court system were challenged before the Quebec Superior Court, there is only one in issue before this Court. The legislative provisions in issue in this appeal allow part-time municipal court judges to continue practising law, subject to certain safeguards:

#### *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19

**608.** Notwithstanding any provision to the contrary, neither the acceptance of the office of municipal judge nor the performance of the duties of such office shall prevent an advocate from practising as an advocate before a court of justice, but he shall thereby be prevented from practising as an advocate before any municipal court other than those of Laval, Montréal and Québec.

**608.1.** A municipal judge shall, in addition to complying with the standards of conduct and fulfilling the duties imposed by the code of ethics adopted pursuant to section 261 of the Courts of Justice Act (chapter T-16), observe the following rules:

(1) He shall not, even indirectly, enter into a contract with a municipality in the territory in which the municipal court has jurisdiction, except in the cases provided in section 305 of the Act respecting elections and referendums in municipalities (chapter E-2.2), adapted as required, nor shall he advise any person negotiating such a contract;

(2) He shall not, even indirectly, agree to represent or act against a municipality, a member of the municipal

majorité ont décidé que ces dispositions, qui permettaient aux juges municipaux à temps partiel de continuer à exercer leur profession d'avocat, pouvaient raisonnablement amener une personne bien informée à craindre que son droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, prévu à l'al. 11d), ne soit pas suffisamment garanti. Ces dispositions ne pouvaient pas être sauvegardées en vertu de l'article premier. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur l'art. 23 de la *Charte* québécoise.

Le juge Tourigny, qui était dissidente, s'est dite d'avis que l'indépendance des juges municipaux les ferait paraître impartiaux aux yeux d'une personne raisonnable et bien informée.

#### Les dispositions législatives en cause

Bien que plusieurs aspects du système des cours municipales aient été contestés devant la Cour supérieure du Québec, un seul de ces aspects est attaqué devant notre Cour. Les dispositions législatives contestées dans ce pourvoi permettent aux juges municipaux à temps partiel de continuer à pratiquer le droit, sous certaines réserves:

#### *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19

**608.** Malgré toute disposition contraire, l'acceptation de la charge et l'exercice de la fonction ne rendent pas le juge municipal inhabile à exercer sa profession d'avocat devant une cour de justice, mais ils le rendent inhabile à exercer sa profession devant toute cour municipale autre que celles de Laval, de Montréal et de Québec.

**608.1.** Le juge municipal est tenu, outre les règles de conduite et les devoirs imposés par le code de déontologie adopté en vertu de l'article 261 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16), de respecter les règles suivantes:

1<sup>o</sup> Il ne peut, même indirectement, être partie à un contrat avec une municipalité sur le territoire de laquelle la cour municipale a juridiction, sauf, compte tenu des adaptations nécessaires, les cas prévus à l'article 305 de la Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités (chapitre E-2.2), ni conseiller une personne qui négocie un tel contrat;

2<sup>o</sup> Il ne peut, même indirectement, accepter de représenter une municipalité, un membre du conseil municipi-

council, an employee other than an employee within the meaning of the Labour Code (chapter C-27) or a police officer of a municipality within the territory in which the municipal court has jurisdiction;

(3) He shall not hear a case pertaining to a contract described in paragraph 1 to which an advocate with whom he practises as an advocate is a party or a case in which such an advocate is representing or acting against a municipality or person contemplated in paragraph 2;

(4) He shall not hear a case involving a question similar to one involved in another case in which he represents one of the parties;

(5) He shall, with respect to every case referred to him, make and file in the record a declaration stating not only the grounds of recusation to which he is aware he is liable and which are set out in article 234 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25), but also any grounds indirectly connected with him and arising from the fact that he is representing one of the parties or from the activities of a person with whom he practises as an advocate.

*Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12*

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

Lower Court Judgments

*Quebec Superior Court*

Various aspects of the legislative scheme establishing the municipal court system were challenged at the Quebec Superior Court, which extend beyond the constitutional questions in this current appeal. Having regard for the entire structure, Viens J. found that the municipal court system lacked the objective guarantees of judicial independence required by this

pal, un employé qui n'est pas un salarié au sens du Code du travail (chapitre C-27) ou un policier d'une municipalité sur le territoire de laquelle la Cour municipale a juridiction ou, encore, accepter d'agir contre eux;

<sup>a</sup> 3<sup>o</sup> Il ne peut entendre une cause lorsqu'un avocat avec lequel il exerce sa profession est partie à un contrat prévu au paragraphe 1<sup>o</sup> ou a accepté soit de représenter une municipalité ou une personne visée au paragraphe 2<sup>o</sup>, soit d'agir contre eux;

<sup>b</sup> 4<sup>o</sup> Il ne peut entendre une cause portant sur une question pareille à celle dont il s'agit dans une autre cause où il représente l'une des parties;

<sup>c</sup> 5<sup>o</sup> Il doit, quant à toute cause dont il est saisi, déclarer par écrit versé au dossier, non seulement les causes valables de récusation qu'il connaît en sa personne et prévues à l'article 234 du Code de procédure civile (chapitre C-25), mais également celles qui lui sont indirectes et qui sont liées soit au fait qu'il représente une <sup>d</sup> partie, soit aux activités d'une personne avec laquelle il exerce sa profession.

*Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12*

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

*Charte canadienne des droits et libertés*

11. Tout inculpé a le droit:

<sup>e</sup> d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour supérieure du Québec*

<sup>i</sup> Divers aspects du régime législatif établissant le système des cours municipales ont été contestés devant la Cour supérieure du Québec, qui allaient au-delà des questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi. En ce qui concerne l'ensemble de sa structure, le juge Viens a conclu que le système des cours municipales ne possédait pas les garanties



Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673: security of tenure, financial security and institutional independence.

He recognized that changes had been effected since the decisions in *R. v. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981 (Sup. Ct.), and *Tessier v. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553 (Sup. Ct.), two cases in which the municipal courts were found to be lacking the guarantees of judicial independence required by s. 11(d) of the Canadian Charter. As a result of the adoption of *An Act respecting certain aspects of the status of municipal judges*, S.Q. 1988, c. 74, s. 606.1 of the *Cities and Towns Act* now provides that a “municipal judge shall be appointed to hold office during good behaviour” and that “[t]he rules provided in the Courts of Justice Act (chapter T-16) with respect to the removal of judges apply to municipal judges”.

Because of these two changes, Viens J. conceded that the judges may be perceived as having security of tenure and in that sense meet the first requirement in *Valente, supra*. However, closer examination of the relevant legislation, such as s. 609.1 of the *Cities and Towns Act* (which allows a municipality to abolish a municipal court), reveals that municipal court judges are far from being [TRANSLATION] “. . . sheltered from any discretionary or arbitrary intervention on the part of the executive or the authority responsible for such appointments” (p. 2375).

Although s. 605 of the *Cities and Towns Act* states that a municipal council could not abolish a municipal court without the approval of the Minister of Municipal Affairs and the Minister of Justice, there are no statutory criteria limiting the exercise of this power. The legislation thus makes it possible for the executive to abolish municipal courts, and thereby interfere with judges, in a purely discretionary or arbitrary manner. The municipal judges do not truly have “tenure”. Therefore, despite the recent improvements in the legislation, the municipal courts are still not “independent tribunals” as required by s. 11(d) of the Canadian Charter or s. 23 of the Quebec Charter.

objectives d'indépendance judiciaire exigées par notre Cour dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673: l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle.

Il a reconnu que des modifications avaient été apportées depuis les décisions *R. c. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981 (C.S.), et *Tessier c. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553 (C.S.), dans lesquelles on a statué que les cours municipales ne possédaient pas les garanties d'indépendance judiciaire exigées à l'al. 11d) de la Charte canadienne. Par suite de l'adoption de la *Loi sur certains aspects du statut des juges municipaux*, L.Q. 1988, ch. 74, l'art. 606.1 de la *Loi sur les cités et villes* prévoit désormais qu'un «juge municipal est nommé durant bonne conduite» et que «[l]es règles prévues par la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) et relatives à la destitution d'un juge s'appliquent aux juges municipaux».

En raison de ces deux modifications, le juge Viens a concédé que les juges peuvent être considérés comme étant inamovibles et qu'en ce sens, ils remplissent la première condition de l'arrêt *Valente*, précité. Toutefois, un examen plus approfondi des dispositions législatives pertinentes, comme l'art. 609.1 de la *Loi sur les cités et villes* (qui permet à une municipalité d'abolir une cour municipale), révèle que les juges municipaux sont loin d'être «. . . à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable pour ces nominations» (p. 2375).

Bien que l'art. 605 de la *Loi sur les cités et villes* précise que le conseil municipal ne peut abolir une cour municipale qu'avec l'assentiment du ministre des Affaires municipales et du ministre de la Justice, aucun critère légal ne vient limiter l'exercice de ce pouvoir. La Loi permet donc à l'exécutif d'abolir les cours municipales et, ainsi, de faire obstacle aux juges d'une façon purement discrétionnaire ou arbitraire. Les juges municipaux ne sont pas vraiment «inamovibles». Par conséquent, en dépit des récentes améliorations apportées à la Loi, les cours municipales ne sont toujours pas les «tribunaux indépendants» requis par l'al. 11d) de la Charte canadienne ou par l'art. 23 de la Charte québécoise.

Viens J. went on to give further examples of legislative provisions which, by giving the executive discretionary and arbitrary power, in effect, to remove judges, also raise doubts as to the independence of the municipal courts: division II of the *Municipal Courts Act*, ss. 2, 7.1 and 7.3. Because a municipality dissatisfied with the decisions of a particular municipal court could withdraw its territory from the jurisdiction of that court, they also thereby have the power to affect the salary and tenure of municipal judges.

With respect to the specific issue raised by this appeal, Viens J. agreed with the respondents that because ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* permitted municipal court judges to continue to be members of the Quebec Bar and allowed them to continue their private practices while serving as judges, the judges were not perceived to be impartial.

Although legislative improvements had been effected through s. 608.1 since the decisions of *Braconnier, supra*, and *Tessier, supra* (which held that the part-time structure did not guarantee impartiality), Viens J. found that a reasonable person could still doubt the impartiality of a judge who continued practising as a lawyer during a part-time judicial appointment. A person appearing before a municipal court has a right to the same guarantee of impartiality as a person before any other court.

Because the municipal courts did not meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter*, Viens J. ruled that they did not have jurisdiction over the charges against the respondents and granted all of the motions for evocation, *certiorari* and prohibition.

Le juge Viens a ensuite donné d'autres exemples de dispositions législatives qui, en accordant effectivement à l'exécutif le pouvoir discrétionnaire et arbitraire de révoquer les juges, soulèvent aussi des doutes sur l'indépendance des cours municipales: section II de la *Loi sur les cours municipales*, art. 2, 7.1. et 7.3. Parce qu'une municipalité mécontente des décisions d'une certaine cour municipale pourrait soustraire son territoire à la juridiction de cette cour, les municipalités ont donc le pouvoir d'influer sur le salaire et l'inamovibilité des juges municipaux.

Pour ce qui est de la question particulière soulevée dans le présent pourvoi, le juge Viens s'est montré d'accord avec les intimés pour dire que, puisque les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* permettaient aux juges municipaux de rester membres du Barreau du Québec et de poursuivre la pratique de leur profession tout en siégeant en qualité de juges, les juges en question n'étaient pas perçus comme impartiaux ou sans préjugés.

Bien que l'on ait amélioré la Loi au moyen de l'art. 608.1 depuis les arrêts *Braconnier* et *Tessier*, précités (dans lesquels on a conclu que la nomination des juges à temps partiel ne garantissait pas leur impartialité), le juge Viens a statué qu'une personne raisonnable pourrait tout de même douter de l'impartialité d'un juge qui continuerait de pratiquer le droit tout en étant juge à temps partiel. Quiconque comparait devant une cour municipale a droit à la même garantie d'impartialité que la personne qui comparait devant toute autre cour.

Parce que les cours municipales ne respectaient pas les normes d'indépendance et d'impartialité ou d'absence de préjugés imposées à l'al. 11d) de la *Charte* canadienne et à l'art. 23 de la *Charte* québécoise, le juge Viens a statué qu'elles n'avaient pas compétence à l'égard des accusations portées contre les intimés et il a accueilli toutes les requêtes en évocation et en délivrance de brefs de *certiorari* et de prohibition.

*Quebec Court of Appeal*Proulx J.A.

For procedural reasons, Proulx J.A. rejected the respondents' submissions that ss. 605 and 609.1 of the *Cities and Towns Act* (allowing a municipality to abolish a municipal court) failed to meet the "independence" requirement in s. 11(d). Although Lippé and the other respondents were granted permission to amend their pleadings, they did not add a request that these provisions be declared inoperative. Therefore, the issue could not be dealt with as a constitutional question. Because of this procedural difficulty and because there had been no evidence that the s. 11(d) rights of Lippé et al. had been violated through the actual abolition of any municipal court, Proulx J.A. found that the trial judge's conclusion on this point could not be supported.

Likewise, with respect to the issue of ss. 2 through 7.3 of the *Municipal Courts Act* (allowing municipalities to withdraw their territory from the jurisdiction of a particular municipal court) Lippé et al. did not request the remedy of having the provisions declared inoperative. Instead they argued that, according to municipal law, the R.C.M. of Jacques-Cartier did not have the authority to submit its territory to the jurisdiction of another municipal court. Because the constitutional argument was not raised, Proulx J.A. declined to deal with it although he did state, in passing, that he would have found no constitutional violation if the issue had been before him. In light of his conclusion on the third issue, he did not find it necessary to deal with the municipal law argument of the respondents.

With respect to the issue of the part-time status of the municipal court judges (provided for in ss. 607, 607.1, 608, 608.1 of the *Cities and Towns Act*), the respondents did request that the provisions be declared inoperative as violating the guarantees of judicial independence and impartiality under the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*. Proulx J.A. found that the structure of the municipal courts allowing for part-time judges met the three criteria in

*La Cour d'appel du Québec*Le juge Proulx

Pour des motifs de procédure, le juge Proulx a rejeté les prétentions des intimés selon lesquelles les art. 605 et 609.1 de la *Loi sur les cités et villes* (permettant à une municipalité d'abolir une cour municipale) ne respectaient pas l'exigence d'«indépendance» prévue à l'al. 11d). Bien que M<sup>me</sup> Lippé et les autres intimés aient été autorisés à modifier leurs actes de procédure, ils n'ont pas demandé que ces dispositions soient déclarées inopérantes. Par conséquent, la question ne pouvait être traitée comme une question constitutionnelle. En raison de ce problème de procédure et de l'absence de preuve que les droits conférés à M<sup>me</sup> Lippé et aux autres intimés par l'al. 11d) avaient été violés par l'abolition réelle d'une cour municipale, le juge Proulx a statué que la conclusion du juge de première instance sur ce point ne saurait être justifiée.

Quant à la question des art. 2 à 7.3 de la *Loi sur les cours municipales* (qui permettent aux municipalités de soustraire leur territoire à la juridiction d'une cour municipale donnée), M<sup>me</sup> Lippé et les autres intimés n'ont pas non plus demandé que ces dispositions soient déclarées inopérantes. Ils ont plutôt soutenu que, selon le droit municipal, la M.R.C. de la Jacques-Cartier n'avait pas l'autorité nécessaire pour soumettre son territoire à la juridiction d'une autre cour municipale. Parce que l'argument d'ordre constitutionnel n'a pas été avancé, le juge Proulx a refusé de le traiter bien qu'il ait dit, en passant, que s'il avait été saisi de la question, il aurait conclu à l'absence de violation de la Constitution. Étant donné sa conclusion à l'égard de la troisième question, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner le moyen des intimés fondé sur le droit municipal.

Pour ce qui est de la question du statut à temps partiel des juges municipaux (prévu aux art. 607, 607.1, 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes*), les intimés ont demandé que ces dispositions soient déclarées inopérantes pour le motif qu'elles violaient les garanties d'indépendance et d'impartialité judiciaires contenues dans la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. Le juge Proulx a conclu que la structure des cours municipales qui permet la nomi-

*Valente, supra.* However, he went on to say that the fact that the system guarantees collective or administrative independence does not mean that it guarantees individual "independence" in the sense of [TRANSLATION] "state of mind". He also found that while no one was raising the issue of individual bias, there may exist a perception of structural, built-in bias. The critical perception is that of a well-informed reasonable person (at p. 76):

[TRANSLATION] Good faith is presumed and I am convinced that a Municipal Court judge who takes an oath to fulfil "impartially and honestly" his duties and who is subject to a Code of ethics would not violate this oath and that he would disqualify himself in those situations which appear to him to give rise to a reasonable apprehension of bias. But is that the standard? I do not believe so. The reasonable person cannot be reassured on the sole basis that the judge may disqualify himself when it seems to him proper to do so; numerous conflicts may escape a judge who is of good faith just as they would escape an uninformed citizen.

The presence of a potential conflict of interest is far from lacking in realism or in practicality.

There is also s. 608.1 which provides specific and general causes for disqualification (recusation).

But can that assure a reasonable person that the judge, advocate yesterday and advocate tomorrow and judge the following day, can do complete justice, in short the same justice that a judge who dedicates himself exclusively to judicial matters could do?

In his opinion, the constitutional requirements should not be softened for municipal courts simply because their decisions are appealable. Individuals have the right to a decision before an impartial tribunal at first instance. Remarking on the broad jurisdiction of municipal courts, extending even to criminal matters, he was careful to distinguish his decision in this case from situations where lawyers preside over other bodies making judicial or quasi-judicial decisions. The standards for impartiality may differ between administrative versus judicial tribunals.

nation de juges à temps partiel respectait les trois critères énoncés dans l'arrêt *Valente*, précité. Il a cependant ajouté que le fait que le système garantit l'indépendance collective ou administrative ne signifie pas qu'il garantit l'«indépendance» individuelle prise au sens de «l'état d'esprit». Il a aussi conclu que, même si personne ne soulevait la question de la partialité individuelle, il pourrait y avoir perception de partialité structurelle. La perception décisive est celle qu'aurait une personne raisonnable et bien informée (à la p. 2218):

La bonne foi se présume et je suis convaincu qu'un juge municipal qui a prêté serment de remplir «impartialement et honnêtement» ses devoirs et qui est soumis à un code de déontologie ne violerait pas ce serment et qu'il se récuserait dans les situations qui lui paraîtraient donner naissance à une appréhension raisonnable de partialité. Mais est-ce là la norme? Je ne le crois pas. La personne raisonnable ne peut pas être rassurée du seul fait que le juge puisse se récuser quand bon lui semble; de nombreux conflits peuvent échapper au juge qui est de bonne foi tout autant qu'un justiciable non informé.

La présence d'un conflit d'intérêts potentiel est loin de manquer de réalisme ou de sens pratique.

Il y a bien l'article 608.1, qui prévoit des causes spécifiques et générales de recusation. Mais cela peut-il assurer une personne raisonnable que le juge, avocat hier, avocat demain et juge le surlendemain, peut donner la pleine mesure de justice, bref la même justice qu'un juge qui se consacre exclusivement aux affaires judiciaires?

À son avis, les exigences constitutionnelles ne devraient pas être moins strictes à l'égard des cours municipales simplement parce que leurs décisions sont susceptibles d'appel. Les justiciables ont droit à une décision rendue par un tribunal impartial dès la première instance. Mentionnant la vaste compétence des cours municipales, qui s'étend même aux affaires criminelles, il a pris soin d'établir une distinction entre sa décision dans cette affaire et la situation où les avocats président d'autres organismes qui rendent des décisions judiciaires ou quasi judiciaires. Les normes applicables à l'impartialité peuvent différer selon qu'il s'agit d'un tribunal administratif ou d'une cour de justice.

Finding that the part-time judge/lawyer structure constituted a violation of s. 11(d) he concluded (at p. 80):

[TRANSLATION] Also applying in this case the test of the perception of a reasonable, informed person, I am of the view that the status of lawyer-judge of the Municipal Court judge will always give rise to a reasonable apprehension that he may not always act with the liberty and detachment required.

How would the reasonable, informed person perceive the more litigious or more difficult situations where the judge must answer for his decision before public opinion which is often insatiable, where judicial independence must be manifested more through *courage* to resist public opinion and thereby ensure the rule of law and the interests of the parties in issue?

In these situations, an informed public could believe that, quite unconsciously, the lawyer-judge would worry about his practice if his decision were to go one way rather than the other. [Emphasis in original.]

Although Proulx J.A. found that the objectives of [TRANSLATION] "access to justice and efficient management of the judicial system" were pressing and substantial and therefore met the first step of the *Oakes* test, he concluded that the legislation failed the proportionality test.

While he doubted that there was even a rational connection between the legislation and its objective, he decided the issue of proportionality on the second and third parts of the test: minimal impairment and the balancing of the objective against the means chosen. Given the importance of the constitutional right at stake, Proulx J.A. could not understand how a free and democratic society could possibly accept a tribunal lacking independence and impartiality as a "reasonable limit". Only if part-time judges were absolutely necessary could the legislation meet the proportionality test. Therefore, this aspect of the appeal was dismissed and ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* were declared inoperative as they violated s. 11(d) of the *Canadian Charter*.

En statuant que la structure des avocats juges à temps partiel violait l'al. 11d), il a tiré la conclusion suivante (aux pp. 2220 et 2221):

<sup>a</sup> Appliquant également dans ce cas le test de la perception d'une personne raisonnable et bien informée, je suis d'avis que le statut d'avocat-juge du juge municipal laissera toujours entrevoir la possibilité raisonnable qu'il ne pourra pas toujours agir avec la liberté et le détachement requis.

<sup>c</sup> Comment la personne raisonnable et bien informée percevrait-elle ces situations plus litigieuses ou difficiles où le juge répond de sa décision devant l'opinion publique parfois insatiable, où l'indépendance judiciaire doit se manifester davantage par le *courage* de résister à l'opinion publique et d'ainsi veiller à la primauté du droit et aux intérêts des parties en cause?

<sup>d</sup> Dans ces situations, un public bien informé croirait que bien inconsciemment, l'avocat juge s'inquiéterait de sa pratique si sa décision allait dans un sens plutôt que l'autre. [En italique dans l'original.]

<sup>e</sup> Bien que le juge Proulx ait conclu que l'«accès à la justice et une gestion efficace de la justice» constituaient une préoccupation urgente et réelle et que, par conséquent, ils respectaient le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, il a statué que les mesures législatives en cause ne satisfaisaient pas au critère de la proportionnalité.

<sup>g</sup> Bien qu'il ait douté de l'existence même d'un lien rationnel entre la loi et son objectif, il a décidé la question de la proportionnalité eu égard aux deuxième et troisième volets du critère: l'atteinte minimale et l'appréciation de l'objectif en fonction des moyens choisis pour le réaliser. Étant donné l'importance du droit constitutionnel en jeu, le juge Proulx ne pouvait comprendre comment une société libre et démocratique pourrait accepter qu'un tribunal qui n'est ni indépendant ni impartial constitue une «limite raisonnable». La loi ne saurait respecter le critère de la proportionnalité que si les juges à temps partiel étaient absolument nécessaires. Par conséquent, cet aspect de l'appel a été rejeté et les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* ont été déclarés inopérants pour le motif qu'ils violaient l'al. 11d) de la *Charte canadienne*.

Tourigny J.A. (dissenting)

Tourigny J.A. found that the requirements of “independence” and “impartiality” were met by this legislation and, therefore, there was no violation of s. 11(d). First, she agreed with Proulx J.A. that the provisions met the three requirements in *Valente, supra*, for judicial “independence”. However, she rejected his notion of “individual independence” which extended beyond the criteria of *Valente, supra*. In her opinion, a member of a tribunal which was collectively or institutionally independent was necessarily “independent” on an individual level (at p. 43):

[TRANSLATION] I cannot convince myself that a member of a tribunal which is collectively independent is not individually independent.

She preferred to deal with the concern that a part-time judge practising as a lawyer may be perceived as lacking the [TRANSLATION] “detachment required” as an issue of impartiality. While acknowledging the difficulty of differentiating between the two concepts of independence and impartiality, she concluded that judicial independence was one factor involved in guaranteeing judicial impartiality (at p. 43):

[TRANSLATION] Basically . . . one must guarantee to litigants that judges enjoy complete detachment from all forms of influence, direct or indirect, which may taint their decisions. That is the objective pursued and . . . judicial independence, as defined in *Valente* is the *sine qua non* for attaining this objective, which is finally the objective of complete and total impartiality. Viewed from this perspective, judicial independence would be the first level or line of impartiality in that it ensures the collective impartiality of judges vis-à-vis the executive and legislature.

With respect to the issue of impartiality, she emphasized again that in this case there were no allegations of actual bias on the part of any judge. Instead, the issue was whether the system itself gave rise to a reasonable apprehension of bias (at p. 45):

Le juge Tourigny (dissidente)

Le juge Tourigny a conclu que les mesures législatives en cause satisfaisaient aux exigences d’«indépendance» et d’«impartialité» et que, par conséquent, il n’y avait aucune violation de l’al. 11d). Tout d’abord, elle s’est dite d’accord avec le juge Proulx pour affirmer que les dispositions remplissaient les trois conditions de l’«indépendance» judiciaire énoncées dans l’arrêt *Valente*, précité. Elle a toutefois rejeté sa notion d’«indépendance individuelle» qui s’étend au-delà des critères exposés dans l’arrêt *Valente*, précité. À son avis, le membre d’un tribunal collectivement ou institutionnellement indépendant est nécessairement individuellement «indépendant» (à la p. 2227):

Je ne peux me convaincre qu’un membre d’un tribunal collectivement indépendant ne soit pas individuellement indépendant.

Elle a préféré examiner, sous l’angle de l’impartialité, la crainte que le juge à temps partiel qui exerce la profession d’avocat puisse être perçu comme n’ayant pas le «détachement requis». Tout en reconnaissant la difficulté de différencier le concept de l’indépendance et de celui de l’impartialité, elle a conclu que l’indépendance judiciaire était l’un des facteurs qui servent à garantir l’impartialité judiciaire (à la p. 2227):

Au fond [. . .] l’on doit garantir aux justiciables que les juges jouissent de tout le détachement de quelque forme d’influence que ce soit qui pourrait, directement ou indirectement, teinter leurs décisions. C’est là l’objectif à atteindre et [. . .] l’indépendance judiciaire, telle que définie dans l’arrêt *Valente*, est la condition *sine qua non* à cet objectif, qui est finalement un objectif d’impartialité complète et totale. Vue sous cet angle, l’indépendance judiciaire serait le premier palier de l’impartialité en ce qu’elle assurerait l’impartialité des juges collectivement face aux pouvoirs exécutif et législatif.

Le juge Tourigny a, en ce qui concerne la question de l’impartialité, souligné de nouveau qu’il n’y avait, en l’espèce, aucune allégation de partialité réelle de la part d’un juge. La question était plutôt de savoir si le système lui-même donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité (aux pp. 2228 et 2229):

[TRANSLATION] As I mentioned previously, in the present case it is an absence of impartiality which results not from given facts or circumstances, in a given case, but rather from the structure itself.

If, having regard to the distinction which *Le Dain J.* seems to make and that I quoted above, bias seems to be something which cannot be evaluated in the abstract, without taking into consideration a given person, a given context and a given case, it remains, none the less, that the Canadian case-law has already had the opportunity of considering the possible application of a form of apprehension of collective or institutional bias.

Giving the examples of *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), and *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552 (C.A.), recent cases in which (according to the interpretation of *Tourigny J.A.*) tribunals were found to lack the requirement of "impartiality" basically because they lacked independence, she concluded (at pp. 48-49):

[TRANSLATION] With respect, it seems clear that when it is a question of apprehension of bias on the part of the entire body or tribunal, it is the very components of judicial independence which must be examined. The independence in issue is, in my view, essentially that defined by *Le Dain J.* in *Valente* and it negatively affects all the members of a court because they are members of this court; the very structure of the court, the method of appointment of its members or some defect in the procedure found in its enabling legislation, are such that they generate the apprehension of bias.

Applying the principles that I have attempted to draw from the Canadian case-law in this area to our present case. I cannot convince myself that the system of Quebec Municipal Court judges suffers such lack of independence that a reasonably informed person would have an apprehension of bias.

She also noted that the municipal court judges have taken an oath and are bound by rules and guidelines. For these reasons, she believed the system was adequate to ensure respect and to appear to be independent and impartial.

Comme je l'ai dit précédemment, il s'agirait ici d'une absence d'impartialité qui résulterait non pas des faits ou des circonstances données, dans une affaire donnée, mais bien de la structure elle-même.

a

Si, eu égard à la distinction que semble faire le juge *Le Dain* et que j'ai déjà citée, la partialité semble être un élément qui ne peut s'évaluer abstraitement, sans tenir compte de personne donnée, de contexte donné, d'affaire donnée, il n'en demeure pas moins cependant que la jurisprudence canadienne a déjà eu l'occasion de se pencher sur l'application possible d'une forme d'apprehension de partialité collective ou institutionnelle.

b

c

Après avoir cité, en exemple, les affaires *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), et *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552 (C.A.), qui sont des arrêts récents dans lesquels (selon l'interprétation du juge *Tourigny*) il a été statué que des tribunaux ne satisfaisaient pas à l'exigence d'«impartialité» essentiellement par manque d'indépendance, elle a conclu (à la p. 2231):

d

e

Avec égards, il me semble clair que, lorsqu'il s'agit d'apprehension de partialité de l'ensemble d'un organisme ou d'un tribunal, ce sont les composantes mêmes de l'indépendance judiciaire qu'il faut examiner. L'indépendance dont il s'agit, à mon avis, est essentiellement celle définie par le juge *Le Dain* dans l'affaire *Valente* et qui porte atteinte à l'ensemble des membres d'une cour, parce qu'ils sont membres de cette cour et que la structure même de cette dernière, le mode de nomination de ses membres ou un quelconque défaut dans le processus prévu à la loi qui la constitue sont tels qu'ils génèrent l'apprehension de partialité.

f

g

Appliquant à notre affaire les principes que j'ai tenté de dégager des arrêts canadiens en ce domaine, je ne puis me convaincre que le système des juges municipaux québécois souffre d'un tel défaut d'indépendance qu'il entraînerait, chez la personne raisonnablement renseignée, une crainte de partialité.

i

Elle a aussi fait observer que les juges municipaux ont prêté serment et sont tenus d'observer des règles et des lignes directrices. Pour ces motifs, elle a conclu que le système était suffisant pour inspirer le respect et pour paraître indépendant et impartial.

j

Rothman J.A. (concurring with Proulx J.A.)

Rothman J.A. rejected the historical argument that the administration of justice has been served by part-time judges for years and that, therefore, it is adequate. Since the advent of the Canadian *Charter*, standards of justice, impartiality and independence have changed. He also stressed the broad jurisdiction of the municipal courts, concluding (at p. 39):

Municipal Court judges have jurisdiction to hear and determine numerous penal and some criminal cases which can seriously affect the rights and even the freedom of those compelled to appear before them. Society has the right to expect that they be free from any appearance of partiality or conflict. In today's world, I think this is a difficult standard for a judge to meet if he or she is practising law, serving the interests of clients, winning cases and losing cases, and making the compromises necessary to settle cases with other members of the Bar, by day, while exercising judicial functions at night. It is particularly difficult, in my view, in smaller communities.

Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on October 1, 1990:

1. Are ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, which provide that neither the acceptance of the office of municipal judge nor the performance of the duties of such office shall prevent an advocate from practising as an advocate before a court of justice, except any municipal court other than those of Laval, Montréal and Québec, and set out standards and duties respecting his conduct, inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, are ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Municipal Court System

The municipal courts in Quebec have jurisdiction in both civil and penal matters. Their civil jurisdic-

Le juge Rothman (qui a souscrit aux motifs du juge Proulx)

Le juge Rothman a rejeté l'argument historique voulant que des juges à temps partiel participent depuis des années à l'administration de la justice et que, par conséquent, ce système soit adéquat. Depuis l'avènement de la *Charte* canadienne, les normes de justice, d'impartialité et d'indépendance ont changé. Il a aussi souligné la vaste compétence des cours municipales, pour conclure (à la p. 2233):

[TRADUCTION] Les juges municipaux ont compétence pour instruire de nombreuses affaires pénales et quelques affaires criminelles qui peuvent sérieusement porter atteinte aux droits et même à la liberté de ceux qui doivent comparaître devant eux. La société a le droit de s'attendre à ce qu'ils soient libres de toute apparence de partialité ou de conflit d'intérêts. Dans notre monde contemporain, j'estime que c'est là une norme difficile à respecter pour le juge qui pratique le droit, sert les intérêts de clients, gagne et perd des causes et fait, de jour avec d'autres avocats, les compromis nécessaires pour régler des causes, tout en exerçant des fonctions judiciaires le soir. Et cela est particulièrement difficile, à mon avis, dans de petites collectivités.

Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé, le 1<sup>er</sup> octobre 1990, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* (L.R.Q., ch. C-19) prévoyant que l'acceptation de la charge et l'exercice de la fonction de juge municipal ne rendent pas un tel juge inhabile à exercer sa profession d'avocat devant une cour de justice sauf devant toute cour municipale autre que celles de Laval, de Montréal et de Québec, et édictant des règles et des devoirs quant à sa conduite, sont-ils incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'hypothèse où la Cour répond par l'affirmative à la première question, les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* peuvent-ils se justifier dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Le système des cours municipales

Les cours municipales ont, au Québec, compétence aussi bien en matière civile que pénale. Leur compé-



tion involves mainly municipal tax collection and recovering other sums of money owed to the municipality. Their penal jurisdiction is, in practice, exercised with respect to violations of municipal regulations, the *Highway Safety Code*, most provincial summary conviction offences (save a few exceptions) and Part XXVII of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The municipal courts have been part of the Quebec judicial system since the mid-19th century. In 1987, the Minister of Justice requested that a study be undertaken of the municipal court system in Quebec. As a result of the Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales, *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*, changes were made to the system in 1988. These changes included the legislative safeguards added in s. 608.1 of the *Cities and Towns Act*.

#### Scope of the Appeal

In *Valente*, *supra*, this Court *per* Le Dain J. articulated three “essential conditions” for judicial independence: (1) security of tenure; (2) financial security, and (3) the institutional independence of judicial tribunals regarding matters affecting adjudication. The Quebec Court of Appeal considered many aspects of the municipal court system which extend beyond the scope of this appeal and unanimously concluded that the Quebec municipal court system satisfied these conditions. Since the issue before this Court raises no allegations concerning the relationship of the state with the municipal courts, I will assume—without expressing an opinion on aspects of the system not properly before this Court—that the three criteria from *Valente*, *supra*, are satisfied.

The scope of the appeal before this Court is considerably narrower than when this case was before the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal. Limited by the constitutional questions, the only issue before this Court is the legislation which provides that the municipal courts be presided over by part-time judges who are permitted to simultane-

ence en matière civile vise principalement la perception des taxes municipales et le recouvrement des autres deniers dus à la municipalité. En pratique, leur compétence pénale vise les infractions aux arrêtés municipaux et au *Code de la sécurité routière*, la plupart des infractions provinciales punissables sur déclaration sommaire de culpabilité (sauf quelques exceptions) et la partie XXVII du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Les cours municipales font partie du système judiciaire du Québec depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. En 1987, le ministre de la Justice a demandé qu’une étude soit faite sur le système des cours municipales au Québec. À la suite du Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales, *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*, des modifications ont été apportées au système en 1988. Ces modifications comprenaient les garanties législatives ajoutées à l’art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes*.

#### Portée du pourvoi

Dans l’arrêt *Valente*, précité, notre Cour, par l’entremise du juge Le Dain, a énoncé trois «conditions essentielles» à l’indépendance judiciaire: (1) l’immovibilité, (2) la sécurité financière, et (3) l’indépendance institutionnelle des tribunaux judiciaires relativement aux questions qui ont un effet sur l’exercice de leurs fonctions judiciaires. La Cour d’appel du Québec a considéré plusieurs aspects du système des cours municipales qui allaient au-delà de la portée de ce pourvoi et elle a conclu, à l’unanimité, que le système des cours municipales du Québec satisfaisait aux conditions susmentionnées. Puisque la question soumise à notre Cour ne soulève aucune allégation à l’égard des rapports entre l’État et les cours municipales, je vais présumer—sans exprimer d’opinion sur des aspects du système dont notre Cour n’est pas régulièrement saisie—que l’on satisfait aux trois critères de l’arrêt *Valente*, précité.

L’objet du pourvoi devant notre Cour est beaucoup plus restreint que lorsque l’affaire a été soumise à la Cour supérieure du Québec et à la Cour d’appel du Québec. Limitée par les questions constitutionnelles, la seule question soumise à notre Cour vise la mesure législative qui prévoit que les cours municipales sont présidées par des juges à temps partiel qui peuvent,

ously remain active in private practice. In their factum, the respondents submit that these two occupations are incompatible in that judges and lawyers are expected to play very different roles in our judicial system:

[TRANSLATION] . . . judges must develop a state of mind marked by serenity, detachment, levelheadedness and moderation. Without cutting themselves off from human reality and society, they must remain on the sidelines to some extent.

Lawyers must have a fundamentally different approach. Within the limits of legality and ethics, they must dedicate and devote themselves unreservedly to the partisan interests of those who become their clients. Their role in court is one of confrontation. Their state of mind must therefore be marked by a healthy aggressiveness, commitment and combativeness.

They also submit that the structure of the system will give rise to many conflicts of interest. The part-time municipal court judges could be pressured by a variety of parties. Clients could pressure them to make decisions favouring or prejudicing a particular individual or position. A conflict of interest could arise if a lawyer involved in a negotiation with the judge's firm had to appear before the judge. Finally, pressure could be exerted on the judge by government. If the judge's firm was pursuing a particular government contract, the judge may feel pressured to decide a constitutional issue a certain way. The respondents submit that no code of ethics can ensure that such pressures and conflicts will be avoided short of forbidding judges to practise law. The part-time structure of the municipal courts makes it nearly impossible for a judge to appear independent and free from the influence of other participants in the judicial system:

[TRANSLATION] How can a lawyer who spends the day representing numerous interests, supporting various legal positions, confronting or dealing or negotiating with a host of people involved in the judicial system such as judges, court officers, fellow lawyers, police officers, officials and clients project this independence in the evening *vis-à-vis* all those involved when those he has dealt with during the day will be transformed before him into lawyers, whether friends or adversaries, whose arguments he will have to accept or reject, into

en même temps, continuer à exercer leur profession d'avocat. Dans leur mémoire, les intimés soutiennent que ces deux occupations sont incompatibles en ce sens que les juges et les avocats sont censés jouer des rôles très différents dans notre système judiciaire:

. . . le juge se doit de développer un état d'esprit empreint de sérénité, de détachement, de pondération et de modération. Il doit, sans se couper de la réalité humaine et de la société, avoir un certain recul à l'égard de la «mêlée».

L'approche de l'avocat doit être fondamentalement différente. Dans la limite de la légalité et de l'éthique, il doit se consacrer et se dévouer sans limite aux intérêts partisans des personnes qui deviennent ses clients. Son rôle en cour en est un de confrontation. Il en résulte donc que son état d'esprit doit être empreint de saine agressivité, d'engagement et de combativité.

Ils soutiennent aussi que la structure du système donne lieu à plusieurs conflits d'intérêts. En effet, diverses parties peuvent exercer des pressions sur les juges municipaux à temps partiel. Des clients pourraient les inciter à rendre des décisions favorables ou défavorables à un particulier ou à un point de vue donné. Il pourrait surgir un conflit d'intérêts si un avocat engagé dans des négociations avec le cabinet juridique d'un juge devait comparaître devant le juge. Finalement, des pressions pourraient être exercées sur le juge par le gouvernement. Si le cabinet juridique du juge cherchait à obtenir un certain contrat du gouvernement, le juge pourrait se sentir poussé à trancher une question constitutionnelle d'une certaine façon. Les intimés soutiennent qu'aucun code de déontologie ne saurait parvenir à écarter ces pressions et ces conflits d'intérêts à moins d'interdire carrément aux juges de pratiquer le droit. La structure à temps partiel des cours municipales rend à peu près impossible à un juge de paraître indépendant et libre de l'influence des autres participants au système judiciaire:

Comment un avocat qui, toute la journée représente de multiples intérêts, soutient diverses positions juridiques, affronte, traite ou négocie avec une foule de participants au système judiciaire tels que juges, officiers de justice, confrères-avocats, policiers, fonctionnaires et clients, peut-il projeter le soir cette indépendance face à tous les participants alors que ces intervenants de jour avec qui il a traité se transforment devant lui en avocats, amis ou adversaires, dont il devra approuver ou rejeter les arguments, en des policiers témoins à charge dont il

police officers testifying for the prosecution whose credibility he will have to assess in a complaint where reasonable doubt will be particularly important? No reasonable and well-informed citizen will see this as judicial independence and even less as justice being seen to be done. [Emphasis in original.]

### “Independence” or “Impartiality”

While identifying the potentially problematic aspect of the municipal court system, the parties disagree on the characterization of the issue in this appeal. The appellant states clearly that he views the issue as being one of “impartiality” and not “independence”. Because the conclusions of Proulx J.A. rested primarily on the risk of conflicts of interest, the appellant submits that he actually did base his decision on a perception of lack of impartiality and not independence. According to the appellant, the issue of “independence” is solely concerned with whether there is absence of interference with the courts by the state. Because the Court of Appeal found no such interference and determined that the municipal court system met the three criteria in *Valente, supra*, its decision was based primarily on lack of “impartiality”, not lack of “independence”, and Proulx J.A. should not have referred to “independence” in stating his conclusion that the municipal courts lacked the [TRANSLATION] “detachment required”.

The respondents, on the other hand, submit that the lack of “independence” of municipal court judges, as well as their lack of “impartiality”, is in issue in this appeal. Although they take the position that the municipal court system does not meet the three criteria set out in *Valente, supra*, they submit that even if it did, it would not necessarily fulfil the “independence” requirement of s. 11(d). In addition to those three criteria, the system has to be sheltered from intervention of any kind, not just interference from the state.

There has been much debate concerning the precise relationship between judicial “independence” and “impartiality”. (See G. Pépin, “L’indépendance des tribunaux administratifs et l’article 23 de la

devra évaluer la crédibilité du témoignage dans une plainte où le doute raisonnable sera particulièrement important? Un citoyen raisonnable et bien informé ne peut y voir indépendance judiciaire et encore moins apparence de justice. [En italique dans l’original.]

### «Indépendance» ou «impartialité»

Les parties, si elles sont d’accord sur l’aspect du système des cours municipales susceptible de créer des problèmes, ne s’entendent cependant pas sur la qualification de la question litigieuse en l’espèce. L’appellant dit clairement qu’il estime que la question en litige en est une d’«impartialité» et non d’«indépendance». Parce que les conclusions du juge Proulx de la Cour d’appel se fondaient principalement sur le risque de conflits d’intérêts, il soutient qu’il a vraiment fondé sa décision sur une perception d’absence d’impartialité et non de manque d’indépendance. Selon l’appellant, la question de l’«indépendance» ne vise que la question de savoir s’il y a absence d’ingérence de l’État dans les cours de justice. Parce que la Cour d’appel a conclu à l’absence de pareille ingérence et qu’elle a déterminé que le système des cours municipales satisfaisait aux trois critères exposés dans l’arrêt *Valente*, précité, sa décision se fondait surtout sur l’absence d’«impartialité» et non sur le manque d’«indépendance», et le juge Proulx n’aurait pas dû parler d’«indépendance» en concluant que les cours municipales n’avaient pas le «détachement requis».

En revanche, les intimés font valoir que le manque d’«indépendance» des juges municipaux, aussi bien que leur manque d’«impartialité», sont en cause dans le présent pourvoi. Bien qu’ils soient d’avis que le système des cours municipales ne satisfait pas aux trois critères exposés dans l’arrêt *Valente*, précité, ils soutiennent que, même s’il y satisfaisait, il ne respecterait pas nécessairement l’exigence d’«indépendance» de l’al. 11d). En plus de ces trois critères, le système doit être à l’abri de toutes sortes d’interventions et non seulement de l’ingérence de l’État.

On a beaucoup débattu le rapport précis entre l’«indépendance» et l’«impartialité» judiciaires. (Voir G. Pépin, «L’indépendance des tribunaux administratifs et l’article 23 de la Charte des droits et libertés de

Charte des droits et libertés de la personne" (1990), 50 *R. du B.* 766; P. Garant, "La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme" (1991), 36 *McGill L.J.* 39; I. Greene, "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177; P. Blache, "L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne", in *Développements récents en droit administratif* (1989), vol. 2, at p. 55; J. F. Keable, "Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)", in *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), at p. 251; W. J. Atkinson, "L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés" in *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes* (1989), at p. 149.)

The potential problem in this appeal is that, on an institutional level, municipal court judges could be perceived as being improperly influenced by various forces. Since the respondents are alleging no state influence, the issue does not fit squarely within traditional judicial independence jurisprudence; since they are alleging no individual bias on the part of any particular judge, neither can the issue be dealt with as a problem of bias on a case-by-case basis. As Professor Pépin observed in his recent article, this case therefore highlights the difficulties of distinguishing between impartiality and independence. While the significance of such a distinction may not always be apparent, in a case such as this, involving allegations of partiality on an institutional level, it becomes particularly important:

[TRANSLATION] The fact that both requirements are imposed in a single section [s. 23 of the Quebec Charter] is obviously likely to mitigate the importance of establishing a clear distinction between the two concepts. In some circumstances, however, and the *Lippé* case is an example, the rigours of precision surface. It becomes necessary to examine carefully this notion of structural impartiality which straddles the concepts of impartiality and independence, in order first to determine its relevance and then to ascertain whether it could

la personne» (1990), 50 *R. du B.* 766; P. Garant, «La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme» (1991), 36 *R.D. McGill* 39; I. Greene, «The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177; P. Blache, «L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne», dans *Développements récents en droit administratif* (1989), vol. 2, à la p. 55; J. F. Keable, «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)», dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), à la p. 251; W. J. Atkinson, «L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés», dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes* (1989), à la p. 149.)

Le problème qui risque de se poser dans ce pourvoi est que, sur le plan institutionnel, les juges municipaux pourraient être perçus comme subissant l'influence abusive de diverses sources. Puisque les intimés n'allèguent pas qu'il y a influence de la part de l'État, la question ne cadre pas bien avec la jurisprudence traditionnelle relative à l'indépendance judiciaire; puisqu'ils n'allèguent pas l'existence de partialité individuelle de la part d'un juge particulier, la question ne saurait pas non plus être traitée, cas par cas, comme un problème de partialité. Comme l'a fait observer le professeur Pépin dans son article récent, cette affaire fait donc ressortir la difficulté qu'il y a à établir une distinction entre l'impartialité et l'indépendance. Bien qu'il se puisse que l'importance d'une telle distinction ne soit pas toujours apparente, celle-ci revêt une importance particulière dans une affaire comme celle-ci, qui met en cause des allégations de partialité sur le plan institutionnel:

Le fait que les deux exigences soient imposées par un même article [art. 23 de la Charte québécoise] est évidemment de nature à atténuer l'importance d'établir une distinction très nette entre les deux concepts. Mais, dans certaines circonstances, et l'affaire *Lippé* en est un exemple, les rigueurs de la précision font surface. Il faudra bien examiner cette notion d'impartialité structurelle qui chevauche les concepts d'impartialité et d'indépendance, afin de s'assurer d'abord de sa pertinence et de vérifier par la suite si elle ne pourrait pas être présentée

not be presented as a minimum condition of the status of independence.

(Pépin, *op. cit.*, at p. 781.)

As this Court has observed in *Valente, supra*, the concepts of “independence” and “impartiality” are very closely related yet are separate and distinct (at p. 685):

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word “impartial”... connotes absence of bias, actual or perceived. The word “independent” in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, Dickson C.J. outlined the constitutional foundations of judicial independence in Canada and identified three primary sources for the principle (at pp. 71-73):

First, Canada is a federal country with a constitutional distribution of powers between federal and provincial governments. As in other federal countries, there is a need for an impartial umpire to resolve disputes between two levels of government as well as between governments and private individuals who rely on the distribution of powers. . . . In Canada, since Confederation, it has been assumed and agreed that the courts would play an important constitutional role as umpire of the federal system. . . .

Secondly, the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . . . conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

comme une condition minimale de l'indépendance-statut.

(Pépin, *loc. cit.*, à la p. 781.)

a

Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Valente*, précité, les notions d'«indépendance» et d'«impartialité» sont très étroitement liées et, pourtant, séparées et distinctes (à la p. 685):

b

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial» [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

c

d

Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, le juge en chef Dickson a exposé les assises constitutionnelles de l'indépendance judiciaire au Canada et il a dégagé les trois sources principales de ce principe (aux pp. 71 à 73):

e

Premièrement, le Canada est un État fédéral doté d'un partage constitutionnel des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Comme dans d'autres États fédéraux, il est nécessaire d'avoir un arbitre impartial pour régler les litiges aussi bien entre les deux paliers de gouvernement qu'entre les gouvernements et les citoyens qui invoquent le partage des compétences [...] Au Canada, depuis la Confédération, on admet que les tribunaux jouent un rôle constitutionnel important en tant qu'arbitres du système fédéral . . .

f

Deuxièmement, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l'indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

g

Beyond these two fundamental sources of, or reasons for, judicial independence there is also textual recognition of the principle in the *Constitution Act, 1867*. The preamble to the *Constitution Act, 1867* states that Canada is to have a Constitution “similar in Principle to that of the United Kingdom”. Since judicial independence has been for centuries an important principle of the Constitution of the United Kingdom, it is fair to infer that it was transferred to Canada by the constitutional language of the preamble. Furthermore, s. 129 of the *Constitution Act, 1867* continued the courts previously in existence in the federating provinces into the new Dominion. The fundamental traditions of those courts, including judicial independence, were also continued. Additionally, the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, especially ss. 96, 99 and 100, support judicial authority and independence, at least at the level of superior, district and county courts.

It is clear, then, that the principle of judicial independence has traditionally required that the courts be independent of government. The respondents characterize the principle in a broader fashion, submitting that it requires judicial independence from all influences, including in this case, the parties appearing before the municipal court judges. For this proposition, they rely on language from *Beauregard, supra* (at pp. 69 and 73):

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision.

The role of the courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system. [Emphasis in original.]

I cannot agree with these submissions of the respondents. The content of the principle of judicial

Outre ces deux sources fondamentales ou raisons d'être de l'indépendance judiciaire, il y a également une reconnaissance écrite du principe dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit que le Canada doit avoir une constitution «reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule. En outre, en vertu de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux qui existaient déjà dans les provinces qui se fédéraient ont continué d'exister dans le nouveau Dominion. Les traditions fondamentales de ces tribunaux, y compris l'indépendance judiciaire, ont également été maintenues. De plus, les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives aux juges, particulièrement les art. 96, 99 et 100, appuient le pouvoir et l'indépendance judiciaire, du moins au niveau des cours supérieures, de district et de comté.

Il est donc clair que le principe de l'indépendance judiciaire a traditionnellement exigé que les tribunaux soient indépendants du gouvernement. Les intimés décrivent le principe de façon plus générale, affirmant qu'il requiert l'indépendance judiciaire vis-à-vis de toutes influences, y compris, en l'espèce, celle des parties qui comparaissent devant les juges municipaux. À l'appui de cette thèse, ils invoquent le texte de l'arrêt *Beauregard*, précité (aux pp. 69 et 73):

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.

Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire. [Souligné dans l'original.]

Je ne saurais souscrire à ces observations des intimés. Le contenu du principe de l'indépendance

independence is to be determined with reference to our constitutional tradition and is therefore limited to independence from the government. Although the language in *Beauregard, supra*, may seem to have expanded the concept, it is to be remembered that the *ratio* of the case extended the requirement beyond the executive to the legislative branch of government. This point is in fact emphasized in the paragraph subsequent to the one relied on by the respondents (at p. 73):

I emphasize the word “all” in the previous sentence because, although judicial independence is usually considered and discussed in terms of the relationship between the judiciary and the executive branch, in this appeal the relevant relationship is between the judiciary and Parliament. Nothing turns on this contextual difference.

I do not intend, however, to limit this concept of “government” to simply the executive or legislative branches. By “government”, in this context, I am referring to any person or body, which can exert pressure on the judiciary through authority under the state. This expansive definition encompasses, for example, the Canadian Judicial Council or any Bar Society. I would also include any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges; for example, members of the Court must enjoy judicial independence and be able to exercise their judgment free from pressure or influence from the Chief Justice. I emphasize that in expanding the word “government” for the purposes of defining “judicial independence”, I in no way intend to set out a definition for the purposes of s. 32 of the Canadian *Charter*.

The facts of this case raise no “independence” problem because the Barreau du Québec has no authority over the municipal court judge in his or her capacity as a judge. However, if legislation provided for the discipline of municipal court judges by the Barreau du Québec, such provisions would raise problems of judicial independence.

Giving “judicial independence” narrowed content does not result in a narrowed constitutional guarantee. Section 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23

judiciaire doit se déterminer en fonction de notre tradition constitutionnelle et il est donc limité à l’indépendance vis-à-vis du gouvernement. Bien que le texte de l’arrêt *Beauregard*, précité, puisse sembler avoir élargi le concept, il faut se rappeler que le raisonnement de l’affaire a fait porter l’exigence au-delà de l’exécutif jusqu’au pouvoir législatif du gouvernement. Le paragraphe qui suit celui sur lequel s’appuient les intimés souligne d’ailleurs ce point (à la p. 73):

Je mets l’accent sur le mot «tous» dans la phrase précédente parce que, bien que l’indépendance judiciaire soit habituellement étudiée et analysée en fonction du rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, dans le présent pourvoi le rapport pertinent est celui qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement. Rien ne dépend de cette différence contextuelle.

Je n’entends toutefois pas limiter cette notion de «gouvernement» aux simples pouvoirs exécutif et législatif. Par l’expression «gouvernement», dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d’exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l’État. Cette large définition englobe, par exemple, le Conseil canadien de la magistrature et tout Barreau. J’inclurais aussi toute personne et tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges; par exemple, les membres de la Cour doivent jouir de l’indépendance judiciaire et être en mesure d’exercer leur jugement sans faire l’objet de pression ou d’influence de la part du Juge en chef. Je souligne qu’en élargissant le sens du mot «gouvernement» pour définir l’expression «indépendance judiciaire», je n’entends nullement donner une définition aux fins de l’art. 32 de la *Charte* canadienne.

Les faits de l’espèce ne soulèvent aucun problème d’«indépendance» parce que le Barreau du Québec n’exerce aucune autorité sur les juges municipaux en leur qualité de juges. Cependant, si une mesure législative assujettissait les juges municipaux à la discipline du Barreau du Québec, cette disposition soulèverait des problèmes d’indépendance judiciaire.

Le fait de donner à l’«indépendance judiciaire» un sens restreint ne réduit pas pour autant la garantie constitutionnelle. L’alinéa 11d) de la *Charte* cana-

of the Quebec *Charter* guarantee independence and impartiality. As this Court stated in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 826, judicial independence is an underlying condition which contributes to the guarantee of an impartial hearing:

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by a judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge's impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case.

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a "means" to this "end". If judges could be perceived as "impartial" without judicial "independence", the requirement of "independence" would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public's perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

However, the facts of this case make it clear that in some situations, judicial independence may not be sufficient. Judicial independence is only one component of judicial impartiality:

[A] lack of independence could be considered a good indicator of a lack of impartiality. However, a lack of impartiality taken alone does not necessarily mean a lack of independence. The absence of impartiality could be caused by a number of factors, of which lack of independence is only one.

(Greene, *op. cit.*, at p. 194.)

dienne et l'art. 23 de la *Charte* québécoise garantissent l'indépendance et l'impartialité. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, à la p. 826, l'indépendance judiciaire est une condition fondamentale qui contribue à la garantie d'un procès dénué de partialité:

Il faut remarquer que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l'impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, l'impartialité a trait à l'état d'esprit d'un juge; l'indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu'il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n'est pas de savoir si l'acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l'impartialité d'un juge, mais plutôt de savoir s'il menace l'indépendance qui est la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné.

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.

Cependant, les faits de l'espèce montrent clairement que, dans certaines situations, il peut arriver que l'indépendance judiciaire ne soit pas suffisante. L'indépendance judiciaire n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire:

[TRADUCTION] [L']absence d'indépendance pourrait être considérée comme un bon indice du manque d'impartialité. Cependant, le manque d'impartialité ne signifie pas nécessairement, à lui seul, qu'il y a absence d'indépendance. En effet, le manque d'impartialité peut être imputable à un certain nombre de facteurs, et l'absence d'indépendance n'est qu'un de ces facteurs.

(Greene, *loc. cit.*, à la p. 194.)



Notwithstanding judicial independence, there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level. Although the concept of institutional impartiality has never before been recognized by this Court, the constitutional guarantee of an “independent and impartial tribunal” has to be broad enough to encompass this. Just as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect (*Valente, supra*, at p. 687), so too must the requirement of judicial impartiality. I cannot interpret the Canadian *Charter* as guaranteeing one on an institutional level and the other only on a case-by-case basis. On this point I must respectfully disagree with Tourigny J.A. and adopt the language of Proulx J.A. in the Court of Appeal (at p. 79):

[TRANSLATION] Since the problem concerns the impartiality of the tribunal as guaranteed by the Constitution, I believe that it would be useful to consider impartiality in fact or objectively, as Le Dain J. did in dealing with the notion of judicial independence . . . This would permit emphasizing both impartiality as related to the status of the judge and to the manner in which he in fact acts.

In his factum, the Attorney-General submitted that impartiality must be evaluated on the facts and not on the basis of speculation that the respondent must as a result prove a specific conflict of interest. Accordingly, the appellant continues, to find bias solely on the basis of a legislative provision is to engage in pure speculation.

This approach empties the constitutional guarantee of all its meaning. As I demonstrated above, the question is one of perception of the image of justice and it is as important for the maintenance of the public’s confidence in the impartiality of the courts that the system or the legislative framework does not leave itself open to criticism and give rise to a reasonable apprehension of bias. [Emphasis added.]

The objective status of the tribunal can be as relevant for the “impartiality” requirement as it is for “independence”. Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. As this Court stated in *Valente, supra*, the appearance of

Nonobstant l’indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l’impartialité institutionnelle n’ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d’un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l’exigence d’indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu’institutionnel (*Valente*, précité, à la p. 687), il en va de même pour l’exigence d’impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la *Charte* canadienne comme garantissant l’une sur le plan institutionnel, et l’autre simplement au cas par cas. Sur ce point je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge Tourigny et faire miens les propos du juge Proulx en Cour d’appel (à la p. 2220):

Puisque le problème touche l’impartialité du Tribunal comme garantie constitutionnelle, je crois qu’il serait utile de considérer aussi l’impartialité de façon effective ou objective, comme l’avait fait le juge Le Dain en traitant de la notion d’indépendance judiciaire. Ceci permet d’insister tout autant sur l’impartialité reliée au statut du juge qu’à sa manière d’agir *in concreto*.

Dans son mémoire, le Procureur général fait valoir que l’impartialité doit s’évaluer en fonction de faits et non d’hypothèses, que l’intimée devait par conséquent faire la preuve d’un conflit d’intérêts précis. Or, de poursuivre l’appelant, conclure à la partialité uniquement en raison d’une disposition législative est du domaine de l’hypothèse.

Cette approche vide la garantie constitutionnelle de tout son sens. Comme je l’ai démontré ci-haut, la question en est une de perception de l’image de la justice et il est tout aussi important pour maintenir la confiance du public en l’impartialité des tribunaux que le système ou l’encadrement législatif ne prête pas le flanc à la critique et donne ouverture à une appréhension raisonnable de partialité. [Je souligne.]

Le statut objectif du tribunal peut s’appliquer tout autant à l’exigence d’«impartialité» qu’à celle d’«indépendance». Par conséquent, qu’un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l’exigence d’impartialité. Comme l’a déclaré notre Cour dans l’arrêt

impartiality is important for public confidence in the system (at p. 689):

Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

If a judicial system loses the respect of the public, it has lost its efficacy. As Proulx J.A. expressed in his judgment below, public confidence in the system of justice is crucial to its continued existence and proper functioning (at pp. 61-62):

[TRANSLATION] Other values contribute to maintaining public confidence, such as the most democratic access to justice, equality before the law, the independence and professionalism of the Bar, a hearing within a reasonable time, to only name a few. Throughout the course of a trial and at the time judgment is rendered, the parties to a case know that while the tribunal will have to decide in favour of one and to the disappointment of the other, they ultimately accept this because he or she who has the responsibility for deciding has nothing to gain by finding in favour of one party rather than the other and also because his decision is rendered freely and according to his conscience.

Therefore, I conclude that the issue in this appeal should be characterized as one of "institutional impartiality".

#### The Test for Institutional Impartiality

In struggling to identify the precise nature of the partiality problem in the municipal court system, the submissions of the respondents revolve around two issues: the fact that the municipal court judges are part-time and the fact that the judges can continue to

*Valente*, précité, l'apparence d'impartialité est importante pour assurer la confiance du public dans le système (à la p. 689):

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Le système judiciaire qui perd le respect du public perd son efficacité. Comme l'a exprimé le juge Proulx dans les motifs qu'il a rédigés en Cour d'appel, la confiance du public dans le système de justice est essentielle à son existence et à son fonctionnement efficace (à la p. 2209):

D'autres valeurs contribuent à maintenir la confiance du public, comme l'accès le plus démocratique à la justice, l'égalité de tous devant la loi, l'indépendance et le professionnalisme du Barreau, une audition dans les meilleurs délais, pour ne nommer que celles-là. Tout au cours du procès et au jour du jugement, les parties au litige savent bien que le Tribunal devra trancher en faveur de l'un et à la désolation de l'autre, mais l'acceptent ultimement parce que celui ou celle qui a la responsabilité de juger n'a rien à gagner en concluant dans un sens plutôt que dans l'autre et aussi parce que sa décision est rendue librement et suivant sa conscience.

Par conséquent, je conclus que la question litigieuse en l'espèce devrait être décrite comme visant l'«impartialité institutionnelle».

#### Le critère applicable à l'impartialité institutionnelle

En s'efforçant de déterminer la nature précise du problème de la partialité au sein du système des cours municipales, les intimés concentrent leurs arguments sur deux points: le fait que les juges municipaux siègent à temps partiel et le fait qu'ils peuvent conti-

practise law. Clearly, the respondents allege that the perception of bias is rooted in the fact that the judges are practising lawyers. However, they also conceded, both in their factum and in oral argument, that conflicts of interest could arise simply from the fact that a judge is part-time, whatever his or her alternative profession might be.

I admit that a system which allows for part-time judges is not the ideal system. However, the Constitution does not always guarantee the "ideal". Perhaps the ideal system would be to have a panel of three or five judges hearing every case; that may be the ideal, but it certainly cannot be said to be constitutionally guaranteed. Referring to recent reports and speeches on judicial independence, this Court *per* Le Dain J. in *Valente, supra*, clearly stated that s. 11(d) did not guarantee the "ideal" in judicial independence (at p. 692):

These efforts, particularly by the legal profession and the judiciary, to strengthen the conditions of judicial independence in Canada may be expected to continue as a movement towards the ideal. It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals.

When articulating the three "essential conditions" for judicial independence, Le Dain J. also distinguished between the "ideal" and the content of the constitutional guarantee (at pp. 698, 706 and 711-12):

In sum, I am of the opinion that while the provision concerning security of tenure . . . falls short of the ideal or highest degree of security, it reflects what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure for purposes of s. 11(d). . . .

Although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than the executive government and should be made a charge on the Consolidated Revenue Fund rather than

nuer à pratiquer le droit. Il ne fait aucun doute que les intimés allèguent que l'impression de partialité tient au fait que les juges sont des avocats qui pratiquent le droit. Cependant, ils ont aussi concédé, tant dans leur mémoire que dans leur plaidoirie, que des conflits d'intérêts pourraient résulter simplement du fait qu'un juge est à temps partiel, quelle que puisse être son autre profession.

J'admets que le système qui permet d'avoir des juges à temps partiel n'est pas le système idéal. Toutefois, la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale». Le système idéal pourrait peut-être consister en une formation de trois ou cinq juges qui entendraient chaque affaire; c'est peut être là l'idéal, mais on ne peut certainement pas dire que la Constitution le garantit. Renvoyant à de récents rapports et allocutions sur l'indépendance judiciaire, notre Cour, par l'entremise du juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, précité, a nettement déclaré que l'al. 11(d) ne garantisait pas l'«idéal» en matière d'indépendance judiciaire (à la p. 692):

On peut s'attendre que ces efforts, déployés particulièrement par les milieux juridique et judiciaire en vue d'affermir les conditions de l'indépendance judiciaire au Canada, vont continuer à viser l'idéal. Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11(d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux.

En formulant les trois «conditions essentielles» de l'indépendance judiciaire, le juge Le Dain a aussi fait une distinction entre l'«idéal» et le contenu de la garantie constitutionnelle (aux pp. 698, 706, 711 et 712):

En somme, je suis d'avis que si la disposition concernant l'inamovibilité [. . .] ne fournit une inamovibilité ni idéale ni parfaite, elle fait néanmoins ressortir ce qu'on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11(d)

Bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le Fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une

requiring annual appropriation, I do not think that either of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(d) of the *Charter*...

a affectation de crédit annuelle, je ne pense pas que l'une ou l'autre de ces caractéristiques doive être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance au sens de l'al. 11d) de la *Charte*...

. . .

. . .

Although the increased measure of administrative autonomy or independence that is being recommended for the courts, or some degree of it, may well be highly desirable, it cannot in my opinion be regarded as essential for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

b Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

If the Canadian *Charter* does not guarantee "ideal" institutional impartiality, what is the test for determining when there is an infringement? The parties agree that the test for both "independence" and "impartiality" should be that set out by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, a test adopted in *Valente, supra*, as applicable to both the issue of independence and impartiality (at p. 684, citing de Grandpré J. and at p. 689):

c Si la *Charte* canadienne ne garantit pas l'impartialité institutionnelle «idéale», quel est donc le critère applicable pour déterminer s'il y a violation? Les parties s'entendent pour dire que le critère applicable tant à l'«indépendance» qu'à l'«impartialité» devrait être celui qu'a exposé le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, lequel critère a été adopté, dans l'arrêt *Valente*, précité, comme étant applicable aussi bien à la question de l'indépendance qu'à celle de l'impartialité (à la p. 684, citant le juge de Grandpré, et à la p. 689):

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude".

f ... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.»

. . .

. . .

It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

h Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

This is also the test that is to apply to institutional impartiality.

i C'est aussi le critère applicable à l'impartialité institutionnelle.

The fact that a judge is part-time does not in and of itself raise a reasonable apprehension of bias. However, the activities in which a judge engages during his or her time off may well give rise to such an apprehension. Indeed, there is nothing inherently wrong with a judge also being a lawyer. In fact, legal education and certification are usually required and certainly desired for a judicial appointment. The allegations stem more from the fact that a part-time judge practises law part-time as well.

While the Canadian *Charter* does not prohibit part-time judges, it does guarantee that they will not engage in activities which are incompatible with their duties as a judge. In other words, there are a few professions that, if engaged in by these part-time judges, may raise an apprehension of bias on an institutional level.

The test for determining which occupations will raise a reasonable apprehension of a bias on an institutional level is as follows:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the nature of the occupation and the parties who appear before this type of judge, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis.

However, if the answer to that question is yes, this occupation is *per se* incompatible with the function of a judge. At this point in the analysis, one must consider what safeguards are in place to minimize the prejudicial effects and whether they are sufficient to meet the guarantee of institutional impartiality under s. 11(d) of the Canadian *Charter*. Again, the test is whether the court system will give rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases. It is important to remember that the fully informed person at this stage of the analysis must be presumed to

Le fait qu'un juge est juge à temps partiel ne soulève pas en soi une crainte raisonnable de partialité. Cependant, les activités qu'exerce un juge lorsqu'il ne siège pas peuvent fort bien soulever une telle crainte. Mais il n'y a rien d'intrinsèquement répréhensible à ce qu'un juge soit aussi un avocat. De fait, une formation juridique et un diplôme en droit sont généralement exigés et certainement souhaitables pour que quelqu'un soit nommé juge. Les allégations découlent davantage du fait que les juges à temps partiel pratiquent aussi le droit à temps partiel.

Bien que la *Charte* canadienne n'interdise pas les juges à temps partiel, elle garantit cependant qu'ils ne se livreront pas à des activités incompatibles avec leurs fonctions de juges. En d'autres mots, il existe quelques professions qui, pratiquées par ces juges à temps partiel, sont susceptibles de soulever une crainte de partialité sur le plan institutionnel.

Le critère applicable pour déterminer quelles occupations soulèveront une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel est le suivant:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris mais sans s'y restreindre, la nature de l'occupation en cause et les parties qui comparaissent devant ce genre de juge, une personne parfaitement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel et la question doit se régler au cas par cas.

Si toutefois la réponse à cette question est affirmative, cette occupation est en soi incompatible avec les fonctions de juge. À ce stade de notre analyse, il faut se demander quelles sont les garanties existantes qui réduiront au minimum les effets préjudiciables, et si elles sont suffisantes pour respecter la garantie d'impartialité institutionnelle prévue à l'al. 11(d) de la *Charte* canadienne. Ici encore, le critère consiste à déterminer si le système judiciaire soulèvera, dans un grand nombre de cas, une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée. Il est important de se souvenir qu'il faut

have knowledge of any safeguards in place. If these safeguards have rectified the partiality problems in the substantial number of cases, the tribunal meets the requirements of institutional impartiality under s. 11(d) of the Canadian *Charter*. Beyond that, if there is still a reasonable apprehension of bias in any given situation, that challenge must be brought on a case-by-case basis.

I find support for this position in the following passage found in the Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales:

The appointment of part-time judges, ad hoc judges, temporary and probationary judges . . . justices of the peace and lay magistrates is wide-spread throughout the world. Obviously, it cannot be changed overnight or even over a long period of time. The system has its justification in practical viability and traditional acceptability. What is necessary is to provide appropriate safeguards. [Emphasis added.]

(Citing L. M. Singhvi, "Independence of Justice in the World", Keynote Address Delivered at the Inaugural Session of the National Seminar on Justice: *Independence and Accountability*, Canadian Institute for the Administration of Justice, Montréal, October 15-17, 1987, at pp. 41-42.)

#### Application of Test to Facts

Applying this test to the facts of this case, the first step is to determine whether the fact that a part-time judge is permitted to continue to practise law gives rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases. The respondents have given cogent reasons why this situation would give rise to such an apprehension:

A judge is expected to remain somewhat detached and objectively adjudicate each case on its merits. A lawyer, on the other hand, plays a more active, aggressive role, one which appears incompatible with the impartial state of mind required of a judge. To illustrate this general incompatibility, the respondents give a number of examples of conflicts of interest which could arise:

présumer que la personne parfaitement informée, à ce stade de l'analyse, connaît toutes les garanties existantes. Si ces dernières ont remédié aux problèmes de partialité dans un grand nombre de cas, le tribunal satisfait aux exigences d'impartialité institutionnelle prévues à l'al. 11d) de la *Charte* canadienne. Après cela, s'il subsiste encore une crainte raisonnable de partialité dans une situation donnée, il faut alors procéder au cas par cas.

Cette position trouve appui dans l'extrait suivant du Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales:

[TRADUCTION] La nomination de juges à temps partiel, de juges *ad hoc*, de juges temporaires non permanents [. . .] de juges de paix et de magistrats non juristes réperandue à travers le monde. De toute évidence, cela ne peut changer du jour au lendemain ni même à long terme. Le système est justifié par sa viabilité pratique et son acceptabilité traditionnelle. Ce qu'il est nécessaire de faire, c'est de fournir des garanties adéquates. [Je souligne.]

(Citant L. M. Singhvi, «Independence of Justice in the World», allocution prononcée lors de la session inaugurale du Colloque national sur la Justice: *Indépendance et Imputabilité*, Institut canadien de l'administration de la Justice, Montréal, 15 au 17 octobre 1987, aux pp. 41 et 42.)

#### Application du critère aux faits

Lorsque l'on applique ce critère aux faits de l'espèce, il faut tout d'abord déterminer si le fait qu'un juge à temps partiel est autorisé à continuer de pratiquer le droit soulève, dans un grand nombre de cas, une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée. Les intimés ont exposé des motifs convaincants pour lesquels cette situation donnerait lieu à une telle crainte:

On s'attend à ce qu'un juge agisse de manière quelque peu détachée et tranche chaque affaire objectivement selon son bien-fondé. L'avocat, par ailleurs, joue un rôle plus actif, plus agressif, qui semble incompatible avec l'état d'esprit impartial exigé d'un juge. Pour illustrer cette incompatibilité générale, les intimés donnent un certain nombre d'exemples de conflits d'intérêts susceptibles de se présenter:

(a) Part-time judges who are also practising law could be pressured by clients to make a particular decision on an issue.

(b) An appearance of a conflict of interest could arise if a lawyer of the judge's firm or a lawyer involved in a deal with the judge's firm appeared before the judge.

(c) If the judge's firm was pursuing a particular government contract, the judge may feel pressured to favour the government position in a decision.

(d) Clients of the judge could be called to testify in a case before the judge.

Based on such considerations, I find that the occupation of practising law gives rise to a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases and is therefore *per se* incompatible with the functions of a judge.

Emphasizing the importance of the appearance of impartiality, the respondents pointed out that groups, including the Commission des services juridiques du Québec; the Corporation des officiers municipaux agréés du Québec; the comité de liaison de la Cour des sessions de la paix du district de Montréal [TRANSLATION] ("this committee was composed in the spring of 1988 of the chief judge of the Court of Sessions of the Peace for the district of Montréal, the director of court services, the chief counsel of the office of Crown prosecutors of the Attorney General of Quebec for the district of Montréal, the director of legal services of the M.U.C. police force and other persons") have perceived partiality problems with the municipal court system for years. This opposition is recorded in the Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales.

The Barreau du Québec also reported their opposition to the system of part-time judges because of its effect on the appearance of justice and on public confidence in the system.

a) Les clients des juges à temps partiel qui exercent également leur profession d'avocat pourraient les inciter à rendre une décision particulière à l'égard d'une question donnée.

a

b) Il pourrait y avoir apparence de conflit d'intérêts si un avocat du cabinet juridique dont fait partie le juge, ou encore un avocat qui participe à la conclusion d'une affaire avec ce cabinet, plaide devant le juge.

b

c) Si le cabinet juridique dont fait partie le juge cherchait à obtenir un certain contrat du gouvernement, le juge pourrait se sentir poussé à favoriser la position du gouvernement dans une décision.

c

d) Les clients du juge pourraient être appelés à témoigner dans une affaire dont il est saisi.

d

En me fondant sur ces considérations, j'estime que la pratique du droit donne lieu à une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas et que, par conséquent, elle est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge.

e

Insistant sur l'importance de l'apparence d'impartialité, les intimés ont souligné que des groupes, dont la Commission de services juridiques du Québec, la Corporation des officiers municipaux agréés du Québec, le comité de liaison de la Cour des sessions de la paix du district de Montréal («ce comité était composé au printemps de 1988 du juge en chef de la Cour des sessions de la paix pour le district de Montréal, du directeur des services aux cours, du procureur-chef du bureau des substituts du Procureur général du Québec du district de Montréal, du directeur du contentieux du service de police de la C.U.M. et d'autres personnes») perçoivent depuis des années des problèmes de partialité dans le système des cours municipales. Il est fait mention de cette opposition dans le Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales.

f

g

h

i

Le Barreau du Québec a aussi fait part de son opposition au système des juges à temps partiel en raison de son effet sur l'apparence de justice et sur la confiance du public dans le système.

j

In fact, in 1975 the Attorney General of Quebec and the Minister of Justice were proposing the abolition of the system as it did not meet the same standards as courts elsewhere in Quebec. They were proposing a transfer of jurisdiction from the municipal courts to other courts which could offer [TRANSLATION] “better guarantees of impartiality”. The respondents found it remarkable that the Attorney General of Quebec is now taking the position that the status of the municipal court judges now meets the constitutional requirements of impartiality.

It is necessary to point out that these objections, made by various groups to the municipal court system were made prior to a number of legislative changes, including the enactment of s. 608.1 of the *Cities and Towns Act*. While I have found that the occupation of practising law is *per se* incompatible with the function of a judge, the next step in the analysis is to consider any safeguards which may now be in place or any other considerations of which a fully informed person would be aware which may alleviate the risks of bias.

#### *The Oath*

One of the complaints made to the Groupe de Travail sur les Cours municipales by the Commission des services juridiques du Québec was that the legislation did not require that the municipal court judges swear an oath upon appointment to the bench. This concern has since been addressed. Section 5 of *An Act respecting certain aspects of the status of municipal judges*, which came into force on January 1, 1989, added s. 615.1 to the *Cities and Towns Act* which provides for the following:

**615.1** Before entering upon his duties of office, every municipal judge shall make the following oath or solemn affirmation: “I swear (or solemnly affirm) that I will faithfully, impartially and honestly, and to the best of my knowledge and abilities, fulfil all the duties and exercise all the powers of a judge of a municipal court.”

#### *Judicial Immunity*

Section 1 of the *Magistrate's Privileges Act*, R.S.Q., c. P-24, extends the same immunity enjoyed by judges of the Superior Court to all municipal court judges. As noted by the Groupe de travail sur les

De fait, en 1975, le procureur général du Québec et le ministre de la Justice ont proposé l'abolition du système parce qu'il ne satisfaisait pas aux mêmes critères que les autres cours du Québec. Ils proposaient le transfert de la compétence des cours municipales à d'autres cours capables d'offrir «de meilleures garanties d'impartialité». Les intimés ont trouvé singulier que le procureur général du Québec soit désormais d'avis que le statut des juges municipaux satisfait maintenant aux exigences constitutionnelles d'impartialité.

Il est nécessaire de souligner que ces objections, soulevées par divers groupes à l'encontre du système des cours municipales, ont précédé un certain nombre de modifications législatives, dont l'adoption de l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes*. Comme j'ai conclu que la pratique du droit est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge, il faut alors étudier les garanties qui peuvent maintenant exister ou toutes autres considérations susceptibles d'atténuer les risques de partialité, dont aurait connaissance une personne parfaitement informée.

#### *Le serment*

L'une des plaintes que la Commission des services juridiques du Québec a formulées devant le Groupe de travail sur les Cours municipales, c'est que la loi n'exige pas que les juges municipaux prêtent serment avant d'entrer en fonction. On s'est depuis penché sur cette préoccupation. L'article 5 de la *Loi sur certains aspects du statut des juges municipaux*, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989, a ajouté à la *Loi sur les cités et villes* l'art. 615.1 qui prévoit ce qui suit:

**615.1** Avant d'entrer en fonction, le juge municipal prête le serment ou fait l'affirmation solennelle qui suit: «Je jure (ou affirme solennellement) de remplir fidèlement, impartialement et honnêtement, au meilleur de ma capacité et de mes connaissances, tous les devoirs de juge d'une cour municipale et d'en exercer de même tous les pouvoirs».

#### *L'immunité judiciaire*

L'article 1 de la *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., ch. P-24, accorde à tous les juges municipaux la même immunité dont jouissent les juges de la Cour supérieure. Comme l'a noté le Groupe de tra-



Cours municipales, this immunity contributes to judicial independence and impartiality in that the municipal court judges are protected from actions arising out of a particular judicial decision.

*Code of ethics*

Municipal Court judges are all subject to the *Code of ethics for municipal judges of Québec*, O.C. 644-82, Supplement—R.R.Q. 1981, pursuant to *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, ss. 261 and 262:

1. The judge should render justice within the framework of the law.
2. The judge should perform the duties of his office with integrity, dignity and honour.
3. The judge has a duty to foster his professional competence.
4. The judge should avoid any conflict of interest and refrain from placing himself in a position where he cannot faithfully carry out his functions.
5. The judge should be, and be seen to be, impartial and objective.
6. The judge should perform the duties of his office diligently.
7. The judge should refrain from any activity which is not compatible with his functions of municipal judge.
8. In public, the judge should act in a reserved, serene and courteous manner.
9. The judge should uphold the integrity and defend the independence of the judiciary, in the best interest of justice and society.

In particular, ss. 4 and 5 of this Code would require the municipal court judge to avoid many of the examples of potential conflicts of interest given by the respondents. If a lawyer from the municipal court judge's firm were to appear before the municipal court, the judge would not be able to hear the case, as s. 4 of the Code of ethics to which he or she is subject clearly prohibits such a situation. Similarly, if a client of the municipal court judge was called to testify in a particular case before him or her, the Code would prohibit the judge from sitting on the case. If a judge's firm were bidding on a government

vail sur les Cours municipales, cette immunité contribue à l'indépendance et à l'impartialité judiciaires en ce sens que les juges municipaux sont à l'abri des actions consécutives à une décision judiciaire particulière.

*Code de déontologie*

Les juges municipaux sont tous tenus d'observer le *Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, décret 644-82, Supplément—R.R.Q. 1981, conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, art. 261 et 262:

1. Le rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit.
2. Le juge doit remplir son rôle avec intégrité, dignité et honneur.
3. Le juge a l'obligation de maintenir sa compétence professionnelle.
4. Le juge doit prévenir tout conflit d'intérêt et éviter de se placer dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions.
5. Le juge doit, de façon manifeste, être impartial et objectif.
6. Le juge doit remplir utilement et avec diligence ses devoirs judiciaires.
7. Le juge doit s'abstenir de toute activité incompatible avec ses fonctions de juge municipal.
8. Dans son comportement public, le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.
9. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

Plus particulièrement, les art. 4 et 5 de ce code exigeraient que les juges municipaux évitent plusieurs des possibilités de conflit d'intérêts données en exemple par les intimés. Ainsi, si un avocat du cabinet juridique dont fait partie un juge municipal devait comparaître devant la cour municipale, le juge en cause ne pourrait entendre l'affaire, l'art. 4 du Code de déontologie qui lui est applicable interdisant nettement une telle situation. De la même façon, si le client d'un juge municipal était appelé à témoigner devant lui dans une certaine affaire dont il est saisi, le Code interdirait au juge de siéger dans cette affaire.

contract, the Code would also seem to require that the judge refrain from hearing a case in which the government was a party.

To enforce the Code of ethics, ss. 263 to 281 of the *Courts of Justice Act* establish a whole procedure to hear complaints, which can eventually result in the judge's removal:

263. The council receives and examines a complaint lodged by any person against a judge alleging that he has failed to comply with the code of ethics.

In addition to the Code of ethics, s. 608.1 of the *Cities and Towns Act*, which came into effect on January 1, 1989 (enacted pursuant to s. 3 of *An Act respecting certain aspects of the status of municipal judges*), imposes further obligations on municipal court judges in order to avoid conflicts of interest:

Section 608.1(1) prohibits municipal court judges from directly or indirectly entering into most contracts with a municipality within their geographical jurisdiction, or even from advising someone negotiating such a contract.

Section 608.1(2) prohibits municipal court judges from directly or indirectly representing or acting against a municipality, a member of the municipal council, certain municipal employees, and police officers within their geographical jurisdiction.

Section 608.1(3) prohibits municipal court judges from hearing certain cases in which an advocate with whom the judge practises is involved, including cases in which the advocate represents or acts against a municipality or a person listed in s. 608.1(2).

Section 608.1(4) prohibits municipal court judges from hearing a case involving an issue which is similar to one in a case in which he represents one of the parties. This provision thus specifically addresses the respondents' submission that judges could feel pres-

Si le cabinet juridique dont fait partie le juge soumissionnait en vue d'obtenir un contrat du gouvernement, il semblerait que le Code exige également que le juge s'abstienne d'entendre une action à laquelle le gouvernement serait partie.

Pour appliquer le Code de déontologie, les art. 263 à 281 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* établissent toute une procédure relative à l'examen des plaintes, qui peut éventuellement mener à la révocation d'un juge:

263. Le conseil reçoit et examine une plainte portée par toute personne contre un juge et lui reprochant un manquement au code de déontologie.

En plus du Code de déontologie, l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989 (adopté conformément à l'art. 3 de la *Loi sur certains aspects du statut des juges municipaux*), impose aux juges municipaux d'autres obligations afin d'éviter les conflits d'intérêts:

Le paragraphe 608.1(1) interdit aux juges municipaux d'être parties, même indirectement, à un contrat avec une municipalité relevant de leur juridiction, ou même de conseiller une personne qui négocie un tel contrat.

Le paragraphe 608.1(2) interdit aux juges municipaux de représenter, même indirectement, une municipalité, un membre du conseil municipal, certains employés municipaux et les policiers relevant de leur juridiction, ou encore d'accepter d'agir contre eux.

Le paragraphe 608.1(3) interdit aux juges municipaux d'entendre certaines causes lorsqu'un avocat avec lequel ils exercent leur profession y est mêlé, et notamment lorsque l'avocat en cause représente ou agit contre une municipalité ou une personne visée au par. 608.1(2).

Le paragraphe 608.1(4) interdit aux juges municipaux d'entendre une cause portant sur une question pareille à celle dont il s'agit dans une autre cause où il représente l'une des parties. Cette disposition vise expressément la prétention des intimés voulant que

sured to decide certain issues in order to favour a client's case.

Section 608.1(5) makes reference to the grounds of recusation set out in art. 234 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which states:

**234. A judge may be recused:**

(1) If he is related or allied to one of the parties within the degree of cousin-german inclusively;

(2) If he is himself a party to an action involving a question similar to the one in dispute;

(3) If he has given advice upon the matter in dispute, or has previously taken cognizance of it as an arbitrator, if he has acted as attorney for any of the parties, or if he has made known his opinion extrajudicially;

(4) If he is directly interested in an action pending before a court in which any of the parties will be called to sit as judge;

(5) If there is mortal enmity between him and any of the parties, or if he has made threats against any of the parties, since the institution of the action or within six months previous to the proposed recusation;

(6) If he is tutor, subrogate-tutor or curator, presumptive heir or donee of any of the parties;

(7) If he is a member of a group or corporation, or is manager or patron of some order or community which is a party to the suit;

(8) If he has any interest in favouring any of the parties;

(9) If he is related or allied to the attorney or counsel or the partner of any of them, either in the direct line, or in the collateral line in the second degree.

Section 608.1(5) requires that, for each case, the municipal court judge include in the record a declaration stating the grounds of recusation to which he or she is liable under art. 234 of the *Code of Civil Procedure* and other "grounds indirectly connected with him and arising from the fact that he is representing one of the parties or from the activities of a person with whom he practises as an advocate". The combination of all of these legislative provisions regarding recusation require, then, that the municipal court

les juges puissent se sentir poussés à décider certaines questions de façon à favoriser la cause d'un client.

Le paragraphe 608.1(5) fait référence aux motifs de récusation exposés à l'art. 234 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, qui prévoit:

**234. Un juge peut être récusé:**

1. S'il est parent ou allié de l'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement;

2. S'il est lui-même partie à un procès portant sur une question pareille à celle dont il s'agit dans la cause;

3. S'il a déjà donné conseil sur le différend, ou s'il en a précédemment connu comme arbitre, s'il a agi comme avocat pour l'une des parties, ou s'il a exprimé son avis extrajudiciairement;

4. S'il est directement intéressé dans un litige mû devant un tribunal où l'une des parties sera appelée à siéger comme juge;

5. S'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties; ou s'il y a eu de sa part des menaces, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée;

6. S'il est tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties;

7. S'il est membre de quelque groupement ou corporation, ou s'il est syndic ou protecteur de quelque ordre ou communauté, partie au litige;

8. S'il a quelque intérêt à favoriser l'une des parties;

9. S'il est parent ou allié de l'avocat ou de l'avocat-conseil ou de l'associé de l'un ou de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré.

Le paragraphe 608.1(5) exige qu'à l'égard de toute cause dont il est saisi, le juge municipal déclare, par écrit versé au dossier, les causes de récusation auxquelles il est exposé en vertu de l'art. 234 du *Code de procédure civile*, et celles «qui lui sont indirectes et qui sont liées soit au fait qu'il représente une partie, soit aux activités d'une personne avec laquelle il exerce sa profession». La combinaison de toutes ces dispositions législatives concernant la récusation exige donc que les juges municipaux s'interrogent

judge turn his or her mind to the possible conflicts of interest and indicate them in the record of any case heard. At this point, he or she must recuse him or herself if to hear the case would violate the duty to remain impartial and avoid conflicts of interest which is imposed by the oath, s. 608.1 of the *Cities and Towns Act*, and the Code of ethics. While I trust that the municipal court judges take their oath of office solemnly and seriously, the duty is also enforceable through the procedure provided for in ss. 263 to 281 of the *Courts of Justice Act*.

The steps which the municipal court judges have taken to make themselves more independent and impartial illustrate the fact that they do indeed take their duties seriously. Sixty-five per cent of them live in a municipality other than the one in which they serve as a judge. Seventy per cent of them have their law offices in different municipalities than that in which they serve as a judge. Ten per cent of them do not even have a private office. Some only practise law in specialized areas of expertise.

In light of all of the legislative safeguards, including the oath and enforceable duties imposed on municipal court judges, I respectfully disagree with Proulx J.A. that the system would give rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable, well-informed person.

In his judgment, Proulx J.A. accepted the submission of the respondents that a conflict could exist without a municipal court judge even being aware of it. For example, if a judge practises in a large firm, he or she will not know all of his colleagues' clients, cases, etc. However, a reasonable, well-informed observer may well be aware of the existence of such conflicts and fear that the judge will not be impartial. The requirement of "impartiality" goes beyond any intentional actions of a judge and includes the absence of [TRANSLATION] "bias [whether] involuntary or unconscious". In his opinion, the legislative reforms have not cured all of the impartiality problems.

sur toute possibilité de conflit d'intérêts et qu'ils en fassent mention au dossier de toute cause dont ils sont saisis. À ce stade, ils doivent se récuser si, en entendant l'affaire, ils violeraient l'obligation de rester impartiaux et d'éviter les conflits d'intérêts que leur imposent leur serment d'office, l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* et le Code de déontologie. Bien que je sois convaincu que les juges municipaux prêtent leur serment d'office solennellement et avec sérieux, ils peuvent être aussi forcés de respecter cette obligation en raison de la procédure prévue aux art. 263 à 281 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

Les mesures prises par les juges municipaux pour devenir davantage indépendants et impartiaux montrent bien qu'ils prennent leurs obligations au sérieux. Soixante-cinq pour cent de ces juges habitent une municipalité autre que celle où ils exercent leurs fonctions judiciaires. Soixante-dix pour cent ont leurs cabinets juridiques dans une autre municipalité que celle où ils siègent. Dix pour cent n'ont même pas un cabinet privé. Quelques-uns ne pratiquent le droit que dans des domaines spécialisés.

Étant donné toutes les garanties législatives, y compris le serment d'office et les obligations exécutives imposées aux juges municipaux, je ne saurais, en toute déférence, partager l'avis du juge Proulx selon lequel le système serait susceptible de soulever une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée.

Dans son jugement, le juge Proulx a fait droit à l'argument des intimés voulant qu'il puisse y avoir conflit d'intérêts sans même que le juge municipal s'en rende compte. Ainsi, le juge municipal qui pratique le droit dans un grand cabinet juridique ne connaît pas tous les clients de ses collègues ni toutes les causes dont ils sont chargés, etc. Cependant, un observateur raisonnable et bien informé peut fort bien connaître l'existence de tels conflits et craindre que le juge ne soit pas impartial. L'exigence d'«impartialité» va au-delà des actions délibérées du juge et comprend l'absence de «partialité [...] involontaire ou inconsciente». À son avis, les réformes législatives n'ont pas remédié à tous les problèmes d'impartialité.

While it may be true that a judge will not always be aware of a conflict, that possibility can be dealt with on a case-by-case basis. The oath sworn by the judges, the Code of ethics to which they are subject, and the restrictions set out in s. 608.1 of the *Cities and Towns Act* all combine to alleviate the apprehension of bias. A reasonably well-informed person—with full knowledge of the Quebec municipal court system, including all of its safeguards—should not have an apprehension of bias in a substantial number of cases. Therefore, I conclude that the system of part-time municipal court judges permitted to practise law in Quebec does not infringe the guarantee of judicial impartiality encompassed in s. 11(d) of the *Canadian Charter* and s. 23 of the *Quebec Charter*. Because I have found no infringement of s. 11(d), there is no need to proceed to a s. 1 analysis.

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

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons for judgment of the Chief Justice. I agree with his conclusions and agree substantially with the reasons upon which they rest.

However, I wish to indicate that while the precise scope of “judicial independence” need not be in issue here, I respectfully disagree with the restrictive definition which he adopts for “judicial independence” as related solely to independence from government. At the same time, I agree with the Chief Justice that “[g]iving ‘judicial independence’ narrowed content does not result in a narrowed constitutional guarantee” since s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees both independence and impartiality as does s. 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

The broader understanding of “judicial independence” expressed in the following terms in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 69, is in my view both appropriate and important:

Bien qu'il puisse être vrai qu'un juge ne sera pas toujours conscient de l'existence d'un conflit d'intérêts, cette possibilité peut faire l'objet d'un examen cas par cas. Le serment prêté par les juges, le Code de déontologie auquel ils sont assujettis et les restrictions exposées à l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* se combinent tous pour atténuer la crainte de partialité. Une personne raisonnablement bien informée—qui connaît parfaitement le système des cours municipales du Québec, y compris toutes les garanties qu'il comporte—ne devrait pas éprouver de crainte de partialité dans un grand nombre de cas. Par conséquent, je conclus que le système des juges municipaux à temps partiel autorisés à pratiquer le droit au Québec ne porte pas atteinte à la garantie d'impartialité judiciaire prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne* et à l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Parce que j'ai conclu qu'il n'y avait pas violation de l'al. 11d), il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

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

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement du Juge en chef. Je partage ses conclusions et je suis essentiellement d'accord avec le raisonnement qu'il sous-tend.

Toutefois, je tiens à indiquer que, même si la portée précise de l'«indépendance judiciaire» n'a pas à être en cause ici, je rejette, en toute déférence, le sens restreint qu'il donne à l'«indépendance judiciaire», qu'il définit comme se rapportant uniquement à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. En même temps, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que «[l]e fait de donner à l'«indépendance judiciaire» un sens restreint ne réduit pas pour autant la garantie constitutionnelle» puisque l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, garantissent à la fois l'indépendance et l'impartialité.

J'estime que la définition plus large de l'«indépendance judiciaire» de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 69, est à la fois appropriée et importante:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision.

This was consistent with the thinking expressed previously by *Le Dain J.* in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685:

As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees. [Emphasis added.]

Similar expressions may be found, as follows:

#### Independence

2.02 Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

(*Universal Declaration on the Independence of Justice*, First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983, in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 447, at p. 450.)

The independence of the individual judge is comprised of two essential elements: substantive independence and personal independence. Substantive independence means that in the making of judicial decisions and exercising other official duties, individual judges are subject to no other authority but the law.

. . .

Independence of the judiciary implies not only that a judge should be free from executive or legislative encroachment and from political pressures and entanglements but also that he should be removed from financial or business entanglement likely to affect or rather to

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.

Cela était conforme avec la pensée exprimée antérieurement par le juge *Le Dain* dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685:

Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. [Je souligne.]

On trouve des expressions semblables dans les textes suivants:

#### Indépendance

2.02 Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit.

(*Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice*, Première conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, 10 juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, éd., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 462, à la p. 465.)

[TRADUCTION] L'indépendance du juge pris individuellement comporte deux éléments essentiels: l'indépendance fondamentale et l'indépendance personnelle. L'indépendance fondamentale signifie qu'en rendant des décisions judiciaires et en exerçant d'autres fonctions officielles, chaque juge, pris individuellement, n'est assujéti qu'à l'autorité de la loi.

. . .

L'indépendance du pouvoir judiciaire implique non seulement qu'un juge doit être à l'abri des pressions gouvernementales et politiques et des démêlés politiques, mais qu'il doit aussi être tenu à l'écart des démêlés financiers ou d'affaires susceptibles d'influer,

seem to affect him in the exercise of his judicial functions.

(S. Shetreet, "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", in Shetreet and Deschênes, *op. cit.*, at pp. 598-99.)

One method of promoting impartiality is to attempt to ensure that the judge is free from outside interference by the litigants or other interested parties, interference which is intended to bias the judge. In other words, the purpose of judicial independence, which is the freedom from relationships which could reasonably induce bias, is to promote judicial impartiality.

(I. Greene, "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177, at pp. 191-92.)

As stated above by this Court, while independence from government is a most important aspect of "judicial independence" and in recent years has been the focus of several decisions before this Court and of a number of legal studies, it does not encompass the full scope of "judicial independence". The same position has been taken by the European Court of Human Rights which has repeatedly decided that an independent tribunal within the meaning of s. 6(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, which reads as follows:

#### Article 6

(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. . .

includes both independence from government and independence from the parties to the litigation (see *Eur. Court H. R., Ringeisen* case, judgment of 16 July 1971, Series A No. 13; *Eur. Court H. R., case of Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, judgment of 23 June 1981, Series A No. 43; *Eur. Court H. R., Piersack* case, judgment of 1 October 1982, Series A

ou plutôt de sembler influencer, sur lui dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

(S. Shetreet, «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», dans Shetreet et Deschênes, *op. cit.*, aux pp. 598 et 599.)

[TRADUCTION] Une façon de favoriser l'impartialité consiste à s'efforcer de s'assurer que le juge est à l'abri de toute intervention extérieure des parties ou d'autres personnes intéressées, intervention qui vise à l'influencer. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire, qui consiste à être dégagé de toute relation qui pourrait raisonnablement entraîner la partialité, a pour objet de favoriser l'impartialité judiciaire.

(I. Greene, «The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177, aux pp. 191 et 192.)

Comme l'a déjà affirmé notre Cour, quoique l'indépendance vis-à-vis du gouvernement soit un aspect très important de l'«indépendance judiciaire» et qu'elle ait fait l'objet, au cours des dernières années, de plusieurs décisions de la Cour et d'un certain nombre d'études de doctrine, elle ne couvre pas tout le domaine de l'«indépendance judiciaire». La même position a été adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a, à maintes reprises, décidé qu'un tribunal indépendant au sens du par. 6(1) de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, dont voici le texte:

#### Article 6

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. . .

inclut à la fois l'indépendance vis-à-vis du gouvernement et l'indépendance vis-à-vis des parties au litige (voir *Cour Eur. D. H., affaire Ringeisen*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13; *Cour Eur. D. H., affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43; *Cour Eur. D. H., affaire Piersack*, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53; *Cour*

No. 53; Eur. Court H. R., case of *Campbell and Fell*, judgment of 28 June 1984, Series A No. 80).

Professor Shetreet writes to the same effect, underlining the importance of safeguarding independence of the judiciary *vis-à-vis* the parties:

Independence of the judiciary has normally been thought of as freedom from interference by the Executive or Legislature in the exercise of the judicial function. This, for example, was the conception expressed by the International Congress of Jurists at New Delhi in 1959 and arises from the fact that historically the independence of the judiciary was endangered by parliaments and monarchs. In modern times, with the steady growth of the corporate giants, it is of utmost importance that the independence of the judiciary from business or corporate interests should also be secured. In short, independence of the judiciary implies not only that a judge should be free from governmental and political pressure and political entanglements but also that he should be removed from financial or business entanglements likely to affect, or rather to seem to affect, him in the exercise of his judicial functions. [Emphasis added.]

(S. Shetreet, *Judges on Trial* (1976), at pp. 17-18.)

The protection of personal independence is not confined to the concern over potential pressures on judges as a result of undue executive control. Personal independence is also protected against potential pressures from the parties to the case. This is the rationale behind the doctrine of judicial immunity which shields the judge against actions for words, acts, or omissions in the discharge of his judicial function.

(Shetreet, "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", *op. cit.*, at p. 623.)

The doctrine of judicial immunity as a protection of the independence of judges *vis-à-vis* the parties was expressed in colorful terms by Lord Denning, M.R., in the case of *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, quoted in the case of *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at p. 739:

If the reason underlying this immunity is to ensure "that they may be free in thought and independent in

Eur. D. H., affaire *Campbell et Fell*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80).

Le professeur Shetreet abonde dans le même sens et souligne l'importance de préserver l'indépendance des juges vis-à-vis des parties:

[TRADUCTION] L'indépendance du pouvoir judiciaire est normalement conçue comme le fait d'être à l'abri de toute intervention du pouvoir exécutif ou du corps législatif dans l'exercice des fonctions judiciaires. C'était là par exemple la conception du Congrès international de juristes qui s'est tenu à New Delhi, en 1959; elle découle du fait qu'historiquement l'indépendance du pouvoir judiciaire était menacée par les parlements et les monarches. De nos jours, avec la croissance incessante de sociétés géantes, il est de la plus grande importance d'assurer aussi l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des intérêts d'entreprises ou de sociétés. En bref, l'indépendance du pouvoir judiciaire implique non seulement qu'un juge doit être à l'abri des pressions gouvernementales et politiques et des démêlés politiques, mais qu'il doit aussi être tenu à l'écart des démêlés financiers ou d'affaires susceptibles d'influer, ou plutôt de sembler influencer, sur lui dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. [Je souligne.]

(S. Shetreet, *Judges on Trial* (1976), aux pp. 17 et 18.)

[TRADUCTION] La protection de l'indépendance personnelle ne se limite pas à s'inquiéter des pressions qui peuvent être exercées sur des juges par suite d'un contrôle abusif de la part de l'exécutif. L'indépendance personnelle est aussi protégée contre les pressions qui peuvent être exercées par les parties au litige. C'est là la raison d'être de la théorie de l'immunité judiciaire qui protège le juge contre toute action intentée par suite de propos, d'actes ou d'omissions dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

(Shetreet, «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», *loc. cit.*, à la p. 623.)

La théorie de l'immunité judiciaire, à titre de protection de l'indépendance des juges vis-à-vis des parties, est exposée de façon colorée par le maître des rôles lord Denning dans l'affaire *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, citée dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, aux pp. 739 et 740:

[TRADUCTION] Si la raison d'être de l'immunité est de garantir qu'ils «soient libres d'esprit et indépendants



judgment," it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: "If I do this, shall I be liable in damages?" <sup>a</sup>

As judicial independence is a safeguard for judicial impartiality, understanding of its full scope is important to the fullness of protection of judicial impartiality. This is particularly so as breaches of independence are generally more easily identifiable to factual circumstances and hence easier to prove than bias itself which is essentially a state of mind. <sup>b</sup>

In the present appeal, the respondents raise a number of aspects pertaining to the status of municipal judges as practising lawyers. Some of these may be viewed as relating to a possible lack of independence from the parties while others pertain directly to the thinking processes of the judge. All of them can be considered as affecting the appearance of impartiality as well as being linked to this combined status of lawyer and part-time judge. I accept that they may be considered as pertaining to institutional impartiality and concur in the analysis made in this respect by the Chief Justice and in his reasons for concluding that the system of part-time municipal court judges who are allowed to practise law in Quebec does not infringe the guarantee of judicial impartiality under s. 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23 of the Quebec *Charter*. <sup>c</sup>

I would therefore likewise allow the appeal and answer the first constitutional question in the negative, no answer being therefore required to the second constitutional question. <sup>d</sup>

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Marise Visocchi, Jean-Yves Bernard and Claude Bouchard, Ste-Foy.* <sup>e</sup>

de pensée» elle s'applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant «Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité?»

Comme l'indépendance judiciaire est une garantie de l'impartialité judiciaire, il importe d'en saisir toute la portée si on veut assurer la pleine protection de l'impartialité judiciaire. Cela est d'autant plus vrai que les manquements à l'indépendance sont généralement plus faciles à identifier dans les faits et, par conséquent, plus faciles à prouver que l'impartialité elle-même qui est essentiellement un état d'esprit. <sup>f</sup>

Dans le présent pourvoi, les intimés soulèvent un certain nombre d'aspects relatifs au statut des juges municipaux qui continuent d'exercer leur profession d'avocat. Certains de ces aspects peuvent être considérés comme se rapportant à une absence possible d'indépendance vis-à-vis des parties tandis que d'autres ont trait directement au processus de réflexion du juge. Tous ces aspects peuvent être considérés comme influant sur l'apparence d'impartialité et comme liés à ce statut mixte d'avocat et de juge à temps partiel. J'accepte qu'ils puissent être perçus comme ayant trait à l'impartialité institutionnelle et je souscris à l'analyse effectuée à cet égard par le Juge en chef et à ses raisons de conclure que le système des juges municipaux à temps partiel autorisés à pratiquer le droit au Québec ne porte pas atteinte à la garantie d'impartialité judiciaire prévue à l'al. 11d) de la *Charte* canadienne et à l'art. 23 de la *Charte* québécoise. <sup>g</sup>

Par conséquent, je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Vu la réponse donnée à cette première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question constitutionnelle. <sup>h</sup>

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Marise Visocchi, Jean-Yves Bernard et Claude Bouchard, Ste-Foy.* <sup>i</sup>

*Solicitors for the respondent Lippé: Brochet, Dussault & Associés, Ste-Foy; Pierre Béliveau, Montréal.*

*Solicitor for the other respondents: Herman Bédard, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the R.C.M. of Jacques-Cartier and the Municipality of Fossambault-sur-le-Lac: Flynn, Rivard, Québec.*

*Procureurs de l'intimée Lippé: Brochet, Dussault & Associés, Ste-Foy; Pierre Béliveau, Montréal.*

*Procureur des autres intimés: Herman Bédard,  
a Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes la M.R.C. de la Jacques-Cartier et la municipalité de Fossambault-sur-le-Lac: Flynn, Rivard, Québec.*

**The Attorney General for  
Saskatchewan** *Appellant*

v.

**Roger Carter, Q.C.** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General of British Columbia, the Attorney  
General of Prince Edward Island, the  
Attorney General for Alberta, the Attorney  
General of Newfoundland, the Minister of  
Justice of the Northwest Territories, the  
Minister of Justice of the Yukon, John F.  
Conway, British Columbia Civil Liberties  
Association, Douglas Billingsley, Wilson  
McBryan, Leonard Jason, Daniel Wilde,  
Alberta Association of Municipal Districts &  
Counties, City of Edmonton, City of Grande  
Prairie, Equal Justice for All** *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE PROV. ELECTORAL  
BOUNDARIES (SASK.)

File No.: 22345.

1991: April 29, 30; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to  
vote — Electoral boundaries — Variances in size of  
voter populations among constituencies — Whether  
Charter right to vote infringed — Canadian Charter of  
Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Electoral Boundaries  
Commission Act, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1, ss. 14, 20.*

The Saskatchewan Court of Appeal, on a reference  
dealing with the provincial electoral distribution, found  
that proposed changes to the electoral boundaries

**Le procureur général de la  
Saskatchewan** *Appelant*

a c.

**Roger Carter, c.r.** *Intimé*

et  
b

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général de la Colombie-Britannique, le  
procureur général de l'Île-du-Prince-  
Édouard, le procureur général de l'Alberta,  
le procureur général de Terre-Neuve, le  
ministre de la Justice des Territoires du  
Nord-Ouest, le ministre de la Justice du  
Yukon, John F. Conway, British Columbia  
Civil Liberties Association, Douglas  
Billingsley, Wilson McBryan, Leonard  
Jason, Daniel Wilde, Alberta Association of  
Municipal Districts & Counties, ville  
d'Edmonton, ville de Grande Prairie, Equal  
Justice for All** *Intervenants*

f RÉPERTORIÉ: RENVOI: CIRC. ÉLECTORALES PROVINCIALES  
(SASK.)

N° du greffe: 22345.

1991: 29, 30 avril; 1991: 6 juin.

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

h EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de  
vote — Délimitation de circonscriptions électorales —  
Différences dans le nombre d'électeurs dans des cir-  
conscriptions électorales — Y a-t-il atteinte au droit de  
vote garanti par la Charte? — Charte canadienne des  
droits et libertés, art. 1, 3 — Electoral Boundaries Com-  
mission Act, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1, art. 14, 20.*

Sur renvoi concernant la répartition de l'électorat de  
la province, la Cour d'appel de la Saskatchewan a con-  
clu que les modifications proposées à la délimitation des

infringed s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Electoral Boundaries Commission Act* imposed a strict quota of urban and rural ridings and required that urban ridings coincide with existing municipal boundaries. The resulting distribution map, unlike the one it replaced, revealed a number of ridings with variations in excess of 15 percent from the provincial quotient and indicated a problem of under-representation in urban areas.

Two questions were stated for the court's opinion. The first queried whether the variance in the size of voter populations among those constituencies infringed *Charter* rights guaranteed by the *Charter* and if so, in what particulars. It also queried whether any such denial of rights was justified by s. 1 of the *Charter*. The second queried whether the distribution of those constituencies among urban, rural and northern areas infringed *Charter* rights and if so, in what particulars were these rights infringed and in what particulars were they justified. This question too queried whether any such denial of rights was justified by s. 1 of the *Charter*.

*Held* (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: At issue here was whether the variances and distribution reflected in the constituencies themselves violated the *Charter* guarantee of the right to vote. The validity of *The Representation Act, 1989*, in so far as it defined the constituencies, was indirectly called into question.

The definition of provincial voting constituencies is subject to the *Charter* and is not a matter of constitutional convention relating to the provincial constitution which is impervious to judicial review. Although legislative jurisdiction to amend the provincial constitution cannot be removed from the province without a constitutional amendment and is in this sense above *Charter* scrutiny, the provincial exercise of its legislative authority is subject to the *Charter*. The province is empowered by convention to establish its electoral boundaries but that convention is subject to s. 3 of the *Charter*.

The content of the *Charter* right to vote is to be determined in a broad and purposive way, having regard to historical and social context. The broader philosophy

circonscriptions électorales portaient atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. The *Electoral Boundaries Commission Act* imposait un quota strict pour les circonscriptions urbaines et rurales et exigeait que la délimitation des circonscriptions urbaines coïncide avec celle des municipalités existantes. La carte électorale qui en a résulté, à la différence de celle qu'elle remplaçait, comportait un certain nombre de circonscriptions électorales dont le quotient s'écartait de plus de 15 pour 100 du quotient provincial et révélait un problème de sous-représentation dans les zones urbaines.

La cour a été saisie de deux questions. On lui a demandé, en premier lieu, si les différences entre le nombre d'électeurs dans ces circonscriptions électorales constituaient une atteinte aux droits garantis par la *Charte* et, dans l'affirmative, de quelle manière. On lui a aussi demandé si la négation de ces droits était justifiée par l'article premier de la *Charte*. On lui a demandé, en deuxième lieu, si la répartition des circonscriptions entre zones urbaines, rurales et du Nord violait des droits garantis par la *Charte* et, dans l'affirmative, en quoi ces droits étaient violés et en quoi cela était justifié. Cette question comportait aussi celle de savoir si cette négation de droits était justifiée par l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si les écarts dans la répartition des électeurs entre les circonscriptions elles-mêmes violaient le droit de vote garanti par la *Charte*. La validité de *The Representation Act, 1989*, dans la mesure où elle définit les circonscriptions, était indirectement mise en doute.

La définition des circonscriptions électorales provinciales est assujettie à la *Charte* et ne relève pas d'une convention constitutionnelle relative à la constitution d'une province qui échapperait au contrôle judiciaire. Bien que la compétence législative de modifier la constitution d'une province ne puisse être retirée à la province sans modification de la Constitution et, en ce sens, échappe à un examen fondé sur la *Charte*, l'exercice par la province de son pouvoir législatif est assujéti à la *Charte*. La province est habilitée, par convention, à délimiter ses circonscriptions électorales, mais cette convention est assujettie à l'art. 3 de la *Charte*.

Il faut donner au droit de vote garanti par la *Charte* un sens large, fondé sur l'objet visé, qui tienne compte du contexte historique et social. Il faut rechercher la phi-

underlying the historical development of the right to vote must be sought and practical considerations, such as social and physical geography, must be borne in mind. The Court, most importantly, must be guided by the ideal of a "free and democratic society" upon which the *Charter* is founded.

The purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se* but the right to "effective representation". The right to vote therefore comprises many factors, of which equity is but one. The section does not guarantee equality of voting power.

Relative parity of voting power is a prime condition of effective representation. Deviations from absolute voter parity, however, may be justified on the grounds of practical impossibility or the provision of more effective representation. Factors like geography, community history, community interests and minority representation may need to be taken into account to ensure that our legislative assemblies effectively represent the diversity of our social mosaic. Beyond this, dilution of one citizen's vote as compared with another's should not be countenanced.

The history or philosophy of Canadian democracy does not suggest that the framers of the *Charter* in enacting s. 3 had the attainment of voter parity as their ultimate goal. Their goal, rather, was to recognize the right long affirmed in this country to effective representation in a system which gives due weight to voter equity but admits other considerations where necessary. Effective representation and good government in this country compel that factors other than voter parity, such as geography and community interests, be taken into account in setting electoral boundaries. Departures from the Canadian ideal of effective representation, where they exist, will be found to violate s. 3 of the *Charter*.

The actual allocation of seats between urban and rural areas closely followed the population distribution between those areas and effectively increased the number of urban seats to reflect population increases in urban areas. In general the variations between boundaries in the southern part of the province appeared to be justifiable on the basis of factors such as geography, community interests and population growth patterns. The northern boundaries were appropriate, given the sparse population and the difficulty of communication

philosophie générale qui sous-tend l'évolution historique du droit de vote tout en gardant à l'esprit certaines considérations pratiques, comme la géographie sociale et physique. Qui plus est, notre Cour doit être guidée par l'idéal de la «société libre et démocratique» qui fonde la *Charte*.

Le droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte* n'a pas pour objet l'égalité du pouvoir électoral comme telle, mais le droit à une «représentation effective». Par conséquent, le droit de vote comporte de nombreux éléments, dont l'un est l'équité. L'article 3 ne garantit pas l'égalité du pouvoir électoral.

La parité relative du pouvoir des électeurs est une condition primordiale de la représentation effective. Les dérogations à la parité électorale absolue peuvent toutefois se justifier pour des raisons d'impossibilité matérielle ou d'amélioration de la représentation réelle. Des facteurs comme la géographie, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires peuvent devoir être pris en considération afin de garantir que nos assemblées législatives représentent réellement la diversité de notre mosaïque sociale. À part cela, l'affaiblissement du suffrage d'un citoyen par rapport à celui d'un autre ne saurait être toléré.

L'histoire ou la philosophie de la démocratie canadienne n'indique pas que, pour les rédacteurs de la *Charte*, le but ultime de l'adoption de l'art. 3 était la parité électorale. Leur but était plutôt de reconnaître le droit affirmé depuis longtemps au Canada à une représentation effective dans un système qui donne à la parité électorale le poids qu'elle mérite, mais qui admet au besoin d'autres considérations. Les principes de représentation effective et de bon gouvernement obligent à tenir compte d'autres facteurs que la parité électorale, tels la géographie et les intérêts de la collectivité, dans la délimitation des circonscriptions électorales. Les dérogations éventuelles à l'idéal canadien de la représentation effective doivent être jugées contraires à l'art. 3 de la *Charte*.

La répartition réelle des sièges entre les zones urbaines et rurales suivait de près la répartition démographique de ces zones et augmentait en fait le nombre de sièges urbains de façon à refléter l'augmentation de la population des régions urbaines. En règle générale, il semble que les différences entre les circonscriptions de la partie sud de la province puissent se justifier par des facteurs comme la géographie, la communauté d'intérêts et l'évolution démographique. La délimitation des circonscriptions du Nord est adéquate, étant donné la faible

in the area. A violation of s. 3 of the *Charter* was not established.

*Per Sopinka J.:* The reasons of McLachlin J. were substantially agreed with, although the interpretation of s. 3 of the *Charter* was differently approached.

The framers of the *Charter* did not intend to create a new right and accordingly the primary inquiry was to determine on what principles the right to vote was based. Historically, the drawing of electoral boundaries has been governed by the attempt to achieve voter equality with liberal allowances for deviations based on the kinds of considerations enumerated in s. 20 of *The Electoral Boundaries Commission Act*. Deviations were avoided which deprived voters of fair and effective representation. Under the *Charter*, deviations are subjected to judicial scrutiny and must not be such as to deprive voters of fair and effective representation.

The *Charter* guarantee in s. 3 does not extend to the process. The legislature was not required to establish an electoral commission or to ensure that a commission, when established, was able to fulfill its mandate freely without guidelines imposed by the legislature.

The constitutional validity of the factors in s. 20 or s. 14 was not at issue but rather the effect that their application produced. The extent of deviation from strict voter equality and the reasons for those deviations were not such as to deny fair and effective representation.

*Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting):* In Canada, each citizen as a minimum must have the right to vote, to cast that vote in private and to have that vote honestly counted and recorded. Equally important, each vote must be relatively equal to every other vote; there cannot be wide variations in population size among the 64 southern constituencies. Deviations from equality will be permitted where they can be justified as contributing to the better government of the people as a whole, giving due weight to regional issues involving demographics and geography.

The restrictions placed on the Electoral Boundaries Commission by *The Electoral Boundaries Commission Act* were unknown to previous commissions.

The electoral map at issue which resulted from the impugned legislation must be considered even if the

densité de la population et les problèmes de communication dans cette région. On n'a pas établi qu'il y a eu violation de l'art. 3 de la *Charte*.

*Le juge Sopinka:* Le juge souscrit pour l'essentiel aux motifs du juge McLachlin, mais il aborde différemment l'interprétation de l'art. 3 de la *Charte*.

Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu créer un nouveau droit et il faut donc se demander avant tout quels principes sous-tendent le droit de vote. Historiquement, la délimitation des circonscriptions électorales visait à réaliser l'égalité des électeurs tout en acceptant libéralement des écarts fondés sur le genre de considérations qui sont énumérées à l'art. 20 de *The Electoral Boundaries Commission Act*. On évitait les différences qui privaient les électeurs d'une représentation équitable et effective. Sous le régime de la *Charte*, les différences sont assujetties à l'examen judiciaire et ne doivent pas priver les électeurs d'une représentation équitable et effective.

La garantie donnée par l'art. 3 de la *Charte* ne s'applique pas au processus. Le législateur n'était pas obligé de créer une commission électorale ni de s'assurer qu'une commission ainsi établie serait en mesure de s'acquitter librement de son mandat sans qu'aucune directive ne lui soit imposée par le législateur.

Ce qui est contesté est non pas la constitutionnalité des art. 20 ou 14, mais plutôt l'effet de leur application. L'ampleur et les motifs des écarts par rapport à la stricte égalité des électeurs ne sont pas de nature à priver les électeurs d'une représentation équitable et effective.

*Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents):* Au Canada, chaque citoyen doit avoir au moins le droit de vote, le droit au secret du scrutin et le droit au dénombrement et à l'inscription honnêtes de son vote. Il est tout aussi important que son suffrage soit relativement égal à tous les autres suffrages; il ne peut y avoir de différences de population importantes entre les 64 circonscriptions du Sud. Les dérogations à l'égalité sont permises quand elles peuvent être justifiées comme contribuant à un meilleur gouvernement du peuple dans son ensemble, en donnant aux questions régionales d'ordre démographique et géographique le poids qu'elles méritent.

Les restrictions imposées à la Commission de délimitation des circonscriptions électorales par *The Electoral Boundaries Commission Act* ne l'avaient pas été aux commissions antérieures.

La carte électorale en cause qui résulte de la loi contestée doit être examinée même si les violations repro-

*Charter* infringements involved might be thought to be relatively minor. This is because the right to vote is fundamentally important to a democracy and to its citizens.

The problems with the impugned distribution were almost entirely a function of the two conditions placed on the Commission by the Act and were unacceptable and, given the eminently fair riding map of the previous distribution, quite unnecessary. The first imposed a strict quota of urban and rural ridings and the second required that the boundaries of the urban ridings coincide with the existing municipal boundaries effectively "quarantining" them from the others.

The fundamental importance of the right to vote demands a reasonably strict surveillance of legislative provisions pertaining to elections. Scrutiny under s. 3 attaches not only to the actual distribution in question but also to the underlying process from which the electoral map was derived. While the actual distribution map may appear to have achieved a result that is not too unreasonable, the effect of the statutory conditions interfered with the rights of urban voters. Once an independent boundaries commission is established, it is incumbent on the legislature to ensure that the Commission was able to fulfill its mandate freely and without unnecessary interference. The right to vote is so fundamental that this interference is sufficient to constitute a breach of s. 3 of the *Charter*.

The creation of the two northern ridings met all the requisite conditions of the *Oakes* test and was justified under s. 1 of the *Charter*. Geography and demography demonstrated a pressing and substantial need and the creation of these constituencies was rationally connected to the concept that they have effective representation.

The southern ridings were in a different position legally and geographically. While the differing representational concerns of urban and rural areas may properly be considered in drawing constituency boundaries, the voter population of each constituency should be approximately equal and the type of mandatory conditions imposed here are therefore precluded. Given the initial premise of equality, the Commission should be free to consider such factors as geography, demography and communities of interest in drawing constituency boundaries and allocating ridings between rural and urban areas. No explanation was given why the balancing of relevant factors could not be left to the Commis-

sion de la *Charte* pouvaient être jugées relativement mineures. La raison en est que le droit de vote est fondamentalement important pour une démocratie et ses citoyens.

<sup>a</sup> Les problèmes causés par la répartition contestée tenaient presque entièrement aux deux conditions imposées à la Commission par la Loi, ils étaient inacceptables et, compte tenu de la carte électorale parfaitement équitable de la répartition antérieure, ils étaient totalement inutiles. La première condition imposait un quota strict pour les circonscriptions urbaines et rurales et la seconde exigeait que la délimitation des circonscriptions urbaines coïncide avec celle des municipalités existantes, les mettant ainsi «en quarantaine» par rapport aux autres.

L'importance fondamentale du droit de vote exige une surveillance assez stricte des dispositions législatives concernant les élections. L'examen fondé sur l'art. 3 vise non seulement la répartition réelle en cause, mais aussi le processus qui a abouti à la carte électorale. Si la carte de répartition réelle peut sembler avoir donné un résultat qui n'est pas trop déraisonnable, les conditions imposées par la Loi ont eu pour effet de porter atteinte aux droits des électeurs urbains. Une fois établie une commission indépendante de délimitation des circonscriptions électorales, il incombe au législateur de veiller à ce que la Commission puisse remplir son mandat librement et sans ingérence inutile. Le droit de vote est tellement fondamental que cette ingérence suffit pour constituer une violation de l'art. 3 de la *Charte*.

La création des deux circonscriptions du Nord satisfaisait à toutes les conditions requises par le critère de l'arrêt *Oakes* et se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les facteurs géographiques et démographiques révèlent l'existence d'un besoin urgent et réel et la création de ces circonscriptions avait un lien rationnel avec la notion de représentation effective.

Les circonscriptions du Sud sont dans une situation juridique et géographique différente. Pour délimiter les circonscriptions, on peut tenir compte à bon droit des préoccupations différentes des régions urbaines et rurales en matière de représentation, mais la population électorale de chaque circonscription devrait être approximativement égale et le genre de conditions obligatoires imposées en l'espèce doivent donc être exclues. Étant donné la prémisse initiale d'égalité, la Commission devrait être libre de prendre en considération des facteurs comme les conditions géographiques et démographiques et la communauté d'intérêts dans la délimitation des circonscriptions et la répartition des sièges entre

sion and instead had to be mandated by the legislature. The less equitable distribution that resulted because of these legislatively mandated conditions was, absent a reasonable explanation, suspect. There was no basis for concluding that the legislature's objective in imposing these conditions was pressing and substantial. Even assuming a pressing and substantial need, the legislation did not affect the rights of urban voters as little as possible. Earlier and more equitable distributions indicated that the rights of urban voters could be interfered with to a lesser extent.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725 (1983); *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969); *Attorney-General (Aus.)*; *Ex rel. McKinlay v. Commonwealth* (1975), 135 C.L.R. 1; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to re-adjust the Representation in the House of Commons*, S.C. 1872, c. 13.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 3.  
*Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, S.S. 1972, c. 18, s. 16(1).  
*Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88*, c. E-6.1, ss. 14, 20.  
*Electoral Boundaries Commission Act, 1991*, S.S. 1991, c. E-6.11, ss. 9(2), 11(1), (2).  
*Representation Act, 1981*, S.S. 1980-81, c. R-20.1.  
*Representation Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-20.2.

les zones urbaines et les zones rurales. On n'a pas expliqué pourquoi l'évaluation des facteurs pertinents ne pouvait être confiée à la Commission, mais avait plutôt été imposée par le législateur. En l'absence d'explication raisonnable, la répartition moins équitable qui a résulté des conditions prescrites par le législateur était suspecte. Rien ne permettait de conclure que l'objectif poursuivi par le législateur en imposant ces conditions était urgent et réel. Même en supposant qu'il existait un besoin urgent et réel, la Loi n'a pas porté le moins possible atteinte aux droits des électeurs urbains. Les répartitions antérieures plus équitables démontraient qu'il était possible de moins porter atteinte aux droits des électeurs urbains.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725 (1983); *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969); *Attorney-General (Aus.)*; *Ex rel. McKinlay v. Commonwealth* (1975), 135 C.L.R. 1; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

### Lois et règlements cités

*Acte pour répartir de nouveau la représentation dans la Chambre des Communes*, S.C. 1872, ch. 13.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 3.  
*Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, S.S. 1972, ch. 18, art. 16(1).  
*Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88*, ch. E-6.1, art. 14, 20.  
*Electoral Boundaries Commission Act, 1991*, S.S. 1991, ch. E-6.11, art. 9(2), 11(1), (2).  
*Representation Act, 1981*, S.S. 1980-81, ch. R-20.1.  
*Representation Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-20.2.



## Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 4th Sess., June 1, 1872. Ottawa: Robertson, Roger & Co., 1872.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 90 Sask. R. 174, 78 D.L.R. (4th) 449, [1991] 3 W.W.R. 593, on a reference by the Lieutenant Governor in Council. Appeal allowed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

*Robert G. Richards* and *Thomson Irvine*, for the appellant.

*Roger Carter, Q.C.*, for the respondent.

*Ivan G. Whitehall, Q.C.*, and *Susan D. Clarke*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Louis Rochette* and *Marise Visocchi*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*E. Robert A. Edwards, Q.C.*, and *Frank A. V. Falzon*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Rosemary Scott* and *Gordon L. Campbell*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Peter M. Owen, Q.C.*, and *P. Jon Faulds*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*B. Gale Welsh*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

*Bernard W. Funston* and *Elizabeth J. Stewart*, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

*T. Murray Rankin*, for the intervener the Minister of Justice of the Yukon.

*Peter T. Costigan*, for the intervener the Alberta Association of Municipal Districts & Counties.

*John F. Conway*, for the intervener John F. Conway.

## Doctrines citées

Canada. *Débats de la Chambre des communes*. vol. III, 4<sup>e</sup> Sess., 1<sup>er</sup> juin 1872. Ottawa: Robertson, Roger & Co., 1872.

POURVOI contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de la Saskatchewan (1991), 90 Sask. R. 174, 78 D.L.R. (4th) 449, [1991] 3 W.W.R. 593, suite à un renvoi du lieutenant-gouverneur en conseil. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

*Robert G. Richards* et *Thomson Irvine*, pour l'appelant.

*Roger Carter, c.r.*, pour l'intimé.

*Ivan G. Whitehall, c.r.*, et *Susan D. Clarke*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Louis Rochette* et *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*E. Robert A. Edwards, c.r.*, et *Frank A. V. Falzon*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Rosemary Scott* et *Gordon L. Campbell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Peter M. Owen, c.r.*, et *P. Jon Faulds*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*B. Gale Welsh*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*Bernard W. Funston* et *Elizabeth J. Stewart*, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

*T. Murray Rankin*, pour l'intervenant le ministre de la Justice du Yukon.

*Peter T. Costigan*, pour l'intervenante l'Alberta Association of Municipal Districts & Counties.

*John F. Conway*, pour l'intervenant John F. Conway.

*Robert D. Holmes*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Donald J. Boyer, Q.C.*, for the interveners Douglas Billingsley, Wilson McBryan, Leonard Jason and Daniel Wilde. <sup>a</sup>

*Timothy J. Christian*, for the interveners the cities of Edmonton and Grande Prairie. <sup>b</sup>

*Larry W. Kowalchuk*, for the intervener Equal Justice for All.

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by <sup>c</sup>

CORY J. (dissenting)—This appeal is concerned with the most fundamental of our rights in a democratic society, the right to vote. I have read with great interest the reasons of my colleague Justice McLachlin. Although I agree with many of the principles she has set forth, I have come to a different conclusion and would dismiss the appeal. <sup>d</sup>

#### Something of History and Background

The right to vote is synonymous with democracy. It is the most basic prerequisite of our form of government. In a democratic society based upon the right of its citizens to vote, the right must have some real significance. In Canada it is accepted that, as a minimum, each citizen must have the right to vote, to cast that vote in private, and to have that vote honestly counted and recorded. <sup>e</sup>

There is, I believe, a further, equally important aspect of the right, namely that each vote must be relatively equal to every other vote. That is not to say that there cannot be variations in population size between constituencies. These variations or deviations from equality will be permitted where, in the words of my colleague at p. 183, they “can be justified on the ground that they contribute to the better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within the populace and geographic factors within the territory governed.” <sup>f</sup>

Free people have always striven for relative equality of voting power. The Americans of 1776 sought <sup>g</sup>

*Robert D. Holmes*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

*Donald J. Boyer, c.r.*, pour les intervenants Douglas Billingsley, Wilson McBryan, Leonard Jason et Daniel Wilde. <sup>a</sup>

*Timothy J. Christian*, pour les intervenantes les villes d'Edmonton et de Grande Prairie. <sup>b</sup>

*Larry W. Kowalchuk*, pour l'intervenante Equal Justice for All.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par <sup>c</sup>

LE JUGE CORY (dissident)—Le présent pourvoi concerne le plus fondamental de nos droits dans une société démocratique, le droit de vote. J'ai lu avec grand intérêt les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Si je souscris à bon nombre des principes qu'elle a énoncés, j'arrive cependant à une conclusion différente et je rejetterais le pourvoi. <sup>d</sup>

#### Aperçu historique

Le droit de vote est synonyme de démocratie. Il est la condition préalable la plus fondamentale de notre système de gouvernement. Dans une société démocratique fondée sur le droit des citoyens de voter, ce droit doit avoir une signification réelle. Il est admis au Canada qu'au minimum chaque citoyen a le droit de vote, a droit au secret du scrutin et a droit à ce que son vote soit honnêtement compté et enregistré. <sup>e</sup>

Il existe, à mon avis, un autre aspect tout aussi important de ce droit, savoir que chaque vote doit être relativement égal à tout autre vote. Je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir de différences de population entre les circonscriptions. Ces différences ou écarts par rapport à l'égalité sont permises, comme le dit ma collègue, à la p. 183, lorsqu'ils «se justifient parce qu'ils permettent de mieux gouverner l'ensemble de la population, en donnant aux questions régionales et aux facteurs géographiques le poids qu'ils méritent». <sup>f</sup>

Les personnes libres ont toujours recherché l'égalité relative du pouvoir électoral. Les Américains de <sup>g</sup>

recognition of the reasonable principle that there was to be no taxation without representation and further, that representation was to be based upon the equal weight of every ballot.

It is argued, quite correctly, that our Canadian background is different from that of our American neighbour. It is said that we have never insisted upon precise equality of voting power, but instead have traditionally placed greater emphasis on the representation of community interests and given wider recognition to geographic considerations. I agree with these submissions. In Canada we have recognized that the vast, sparsely settled regions in the north must be adequately represented even where their population is less than half of that of a constituency in the south. To recognize this is to recognize the reality of Canada and Canadian geography. At the same time, in the rest of Canada there has been a conscious and continuing move towards greater equality among constituencies.

Saskatchewan became a province in 1905. The early electoral maps of the province show a wide divergence in riding populations. However, this tendency has changed greatly over the years, particularly since 1972 when the first electoral boundaries commission was established. Unlike the Electoral Boundaries Commission upon whose recommendations the impugned distribution is based, the Constituency Boundaries Commissions of 1973 and 1979-80, established pursuant to *The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, S.S. 1972, c. 18, were not bound by any fixed allocation of ridings between urban and rural areas, nor were they required to draw urban boundaries so as to coincide with municipal limits. These restrictions placed upon the Electoral Boundaries Commission by the provisions of *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1 (the "*E.B.C.A.*"), restrictions unknown to previous boundaries commissions, are in my view of great significance to the disposition of this appeal.

The maps for 1981 and 1989 are attached as schedules to these reasons at pp. 175-76. Putting aside the two northern constituencies, which are in a class by

1776 voulaient la reconnaissance du principe raisonnable qu'il n'y aurait pas d'impôts sans représentation et, en outre, que la représentation devait être fondée sur la valeur égale de chaque voix.

On soutient, à bon droit, que notre histoire canadienne est différente de celle de nos voisins américains. On dit que nous n'avons jamais insisté sur l'égalité exacte du pouvoir électoral mais qu'au lieu de cela nous avons traditionnellement mis l'accent sur la représentation des communautés d'intérêts et la large reconnaissance des considérations géographiques. Je suis d'accord avec ces arguments. Nous avons reconnu au Canada que les vastes régions du Nord dont la densité de population est faible doivent être représentées adéquatement même si leur population est inférieure à la moitié de la population d'une circonscription du Sud. Reconnaître cela, c'est reconnaître la réalité canadienne et la réalité géographique de notre pays. En même temps, le reste du Canada, de façon consciente et continue, a évolué vers une plus grande égalité entre les circonscriptions.

La Saskatchewan est devenue une province en 1905. Les premières cartes électorales de la province indiquent de fortes différences entre les populations des circonscriptions. Toutefois cette tendance a beaucoup changé avec le temps, surtout depuis 1972 qui a vu la création de la première commission de délimitation de circonscriptions électorales. À la différence de la commission dont les recommandations sont à l'origine de la répartition contestée, les commissions de délimitation des circonscriptions de 1973 et de 1979-1980, établies en vertu de *The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, S.S. 1972, ch. 18, n'étaient pas liées par une répartition fixe des sièges entre les régions urbaines et les régions rurales, ni tenues de tracer des limites correspondant aux municipalités. Les restrictions ainsi imposées à la Commission en l'espèce par les dispositions de *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1 (la "*E.B.C.A.*"), qui n'avaient pas été imposées aux commissions antérieures, sont à mon avis d'une importance considérable dans l'issue du pourvoi.

Les cartes de 1981 et 1989 sont annexées à mes motifs aux pp. 175 et 176. Mises à part les deux circonscriptions du Nord, qui constituent à elles seules

themselves, the distribution map of 1981 illustrates how equitably electoral boundaries can be drawn. A glance at the 1981 map demonstrates that each and every southern riding, whether urban or rural, is within 15 percent of the provincial quotient—the figure obtained by dividing the southern voting population by the number of southern ridings. It seems that the figure of 15 percent is an eminently reasonable accommodation of the greater difficulties that may be encountered in representing some of the large rural ridings of Saskatchewan.

### The Impugned Distribution

The *E.B.C.A.*, which set into motion the process which eventually resulted in the impugned distribution, imposed two conditions on the Boundaries Commission. First, a strict quota of urban and rural ridings was imposed. Second, the boundaries of the urban ridings were required to coincide with the existing municipal boundaries. It is as though the urban ridings were to be “quarantined” from the others. The conditions imposed are both unacceptable and, particularly in light of the eminently fair riding map achieved in 1981, quite unnecessary.

The absence of the mandatory conditions in the earlier legislation resulted in an electoral map that was fairer to all electors. The legislation then in force (*The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*) provided:

16.—(1) In determining the area to be included in, and in fixing the boundaries of, any constituency in the portion of the province lying south of the line described in section 14, the commission shall be governed by the following rules:

1. The division of that portion of the province into constituencies and the description of the boundaries thereof by the commission shall proceed on the basis that the population of each constituency as a result thereof shall correspond as nearly as possible to the quotient established under section 15;

2. The commission may depart from the strict application of rule 1 in any case where:

(a) special geographic considerations including in particular sparsity, density or relative rate of growth

une catégorie particulière, la carte électorale de 1981 illustre bien le niveau de parité que l'on peut atteindre dans la délimitation des circonscriptions électorales. La carte de 1981 montre tout de suite qu'aucune des circonscriptions du Sud, tant urbaines que rurales, ne s'écarte de plus de 15 pour 100 du quotient provincial, le chiffre obtenu en divisant la population électorale du Sud par le nombre de circonscriptions du Sud. Il semble que le chiffre de 15 pour 100 soit une variation éminemment raisonnable pour répondre aux difficultés plus importantes que suscite la représentation de grandes circonscriptions rurales de la Saskatchewan.

### La répartition contestée

La *E.B.C.A.*, qui a lancé le processus devant aboutir à la répartition contestée, a imposé deux conditions à la Commission. Premièrement, un quota strict pour les sièges urbains et ruraux; deuxièmement, la concordance avec les délimitations municipales existantes. Les circonscriptions urbaines devaient, en quelque sorte, «être mises en quarantaine» des autres. Les conditions imposées sont inacceptables et, de plus, inutiles vu la carte électorale extrêmement équitable établie en 1981.

L'absence de conditions obligatoires dans la loi antérieure avait permis d'établir une carte électorale plus équitable pour tous les électeurs. La loi alors en vigueur (*The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*) prévoyait:

[TRADUCTION] 16.—(1) Lorsqu'elle fixe la superficie et les limites d'une circonscription située au sud de la ligne décrite à l'article 14, la commission observe les règles suivantes:

1. Les circonscriptions de cette partie de la province sont réparties et délimitées par la commission de façon que la population de chaque circonscription corresponde aussi près que possible au quotient fixé en vertu de l'article 15.

2. La commission peut s'écarter de l'application stricte de la règle 1 dans les cas suivants:

a) lorsqu'elle estime que cet écart est nécessaire ou souhaitable en raison de considérations géogra-

of population of various regions of the portion of the province lying south of the line described in section 14, the accessibility of such regions or the size or shape thereof appear to the commission to render such a departure necessary or desirable;

(b) any special community or diversity of interests of the inhabitants of various regions of the portion of the province mentioned in clause (a) appears to the commission to render such a departure necessary or desirable;

(c) physical features of any area or any other similar and relevant factors, including variations in the requirements of the population of any constituency in the portion of the province mentioned in clause (a) appear to the commission to render such a departure desirable;

but in no case shall the population of any constituency in the province as a result thereof depart from the constituency quotient to a greater extent than fifteen per cent more or fifteen per cent less.

It is interesting that the boundaries commission legislation currently in force in Saskatchewan, which in April 1991 replaced the legislation now before the Court, omits any reference to the numbers of urban and rural ridings. Further, it does not fix the boundaries of urban ridings so as to coincide with municipal limits. The relevant provisions of the new legislation (*The Electoral Boundaries Commission Act, 1991*, assented to April 16, 1991) are as follows:

9 ...

(2) In fixing the boundaries of proposed constituencies, the commission shall:

. . .

(b) divide the area of Saskatchewan south of the dividing line into 64 constituencies.

11(1) In determining the area to be included in a proposed constituency south of the dividing line and in fixing the boundaries of that constituency, the commission shall ensure that the voter population of each proposed constituency be, as near as possible, equal to the constituency population quotient.

(2) Notwithstanding subsection (1), the commission may depart from the requirements of that subsection where, in the opinion of the commission, it is necessary to do so because of:

phiques particulières, notamment la densité et le taux relatif de croissance de la population, les facilités d'accès ainsi que la superficie et la configuration de diverses régions de la province situées au sud de la ligne décrite à l'article 14;

b) lorsqu'elle estime que cet écart est nécessaire ou souhaitable en raison de la communauté ou diversité d'intérêts des habitants de diverses régions de la partie de la province mentionnée à l'alinéa a);

c) lorsqu'elle estime que cet écart est souhaitable en raison de particularités physiques d'une région ou de tout autre élément analogue et pertinent, y compris des différences dans les exigences démographiques dans une circonscription de la partie de la province mentionnée à l'alinéa a).

En aucun cas la population d'une circonscription de la province ne peut-elle s'écarter de plus de 15 pour 100 du quotient électoral.

Il est révélateur que la loi relative à la commission de délimitation actuellement en vigueur en Saskatchewan, qui a remplacé en avril 1991 la loi contestée en l'espèce, ne mentionne aucun chiffre de circonscriptions urbaines et rurales. Elle n'exige pas non plus que les délimitations des circonscriptions urbaines coïncident avec les délimitations des municipalités. Les dispositions pertinentes de la nouvelle loi (*The Electoral Boundaries Commission Act, 1991*, promulguée le 16 avril 1991) prévoient:

[TRADUCTION] 9 ...

(2) Pour délimiter les circonscriptions proposées, la commission doit:

. . .

b) diviser la partie située au sud de la ligne de partage en 64 circonscriptions.

11(1) Lorsqu'elle fixe la superficie et les limites d'une circonscription située au sud de la ligne de partage, la commission doit veiller à ce que la population électorale de chaque circonscription corresponde le plus possible au quotient démographique des circonscriptions.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), la commission peut s'écarter des exigences de ce paragraphe à l'égard des régions situées au sud de la ligne de partage, lorsqu'elle estime nécessaire de le faire en raison:

(a) special geographic considerations, including:

(i) sparsity, density or relative rates of growth of population in various regions south of the dividing line;

(ii) accessibility to the regions mentioned in subclause (i); or

(iii) the size and shape of the regions described in subclause (i);

(b) a special community of interests or diversity of interests of persons residing in regions south of the dividing line; or

(c) physical features of regions south of the dividing line.

a) de considérations géographiques particulières notamment:

(i) la densité et le taux de croissance démographique dans ces régions;

(ii) les moyens d'accès à ces régions;

(iii) la superficie et la configuration de ces régions.

b) de la communauté ou de la diversité d'intérêts de personnes habitant ces régions;

c) de caractéristiques géographiques de ces régions.

The difference between the old boundaries commission legislation and that implicated in the present appeal is of fundamental importance. The presence of the two mandatory conditions in the *E.B.C.A.*, on the basis of which the impugned distribution was established, is a serious cause for concern. The impact of these conditions on the quality of the distribution is demonstrated by comparing the 1981 and 1989 distribution maps. The deterioration in the quality of the distribution from 1981 to 1989 is evidence of the effect of the two mandatory conditions, in terms of the potential for inequality and unfairness to which they give rise. (I would also observe in passing that the problematic—and unnecessary—nature of the two mandatory conditions is underscored by the notable absence of those conditions from the most recent boundaries commission legislation.)

The riding map which resulted from the *E.B.C.A.* is not as fair as the 1981 riding map. The 1989 distribution map reveals a number of constituencies with variations in excess of 15 percent from the provincial quotient. The problem of under-representation is most acute in the major urban centres of the province. Thus, for example, based on its population, the growing city of Saskatoon should be entitled to elect another 1.1 members. I hasten to add, however, that it is not for a court to get into the details of the riding boundaries set by the Boundaries Commission. That work has been conscientiously performed by its eminent members. Rather, a court can only determine if there has been an infringement of the s. 3 *Charter* right to vote. A comparison of the 1981 map to that

La différence entre l'ancienne loi sur la commission de délimitation et la loi en cause dans le présent pourvoi est d'une importance fondamentale. La présence de deux clauses obligatoires dans la *E.B.C.A.*, en vertu de laquelle la répartition contestée a été faite, est source de graves préoccupations. Une comparaison des cartes de 1981 et 1989 démontre la forte incidence de ces conditions sur la qualité de la répartition. La dégradation de la qualité de la répartition de 1981 à 1989 est la preuve de l'impact des deux conditions obligatoires en ce qu'elles créent une possibilité d'inégalité et d'iniquité. (Je ferais observer en passant que l'absence notoire de ce genre de conditions dans la plus récente loi relative à la commission de délimitation souligne bien la nature problématique—et l'inutilité—de ces conditions obligatoires.)

La carte électorale qui a résulté de la *E.B.C.A.* n'est pas aussi équitable que celle de 1981. La carte de 1989 montre plusieurs circonscriptions s'écartant de plus de 15 pour 100 du quotient provincial. Le problème de sous-représentation est particulièrement aigu dans les principaux centres urbains de la province. Par exemple, la population croissante de la ville de Saskatoon devrait lui permettre d'élire 1,1 député de plus. J'ajoute tout de suite qu'il n'appartient pas à un tribunal d'entrer dans le détail des délimitations fixées par la commission. Cette tâche a été accomplie consciencieusement par les éminents membres de la commission. Un tribunal peut uniquement décider s'il y a eu violation du droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*. La comparaison des

of 1989 convinces me that there has been such an infringement.

It is said that the current map reflects such a minor infringement that it is not worth considering. I cannot accept that argument as correct for two reasons. First, the right to vote is fundamental to a democracy. If the right to vote is to be of true significance to the individual voter, each person's vote should, subject only to reasonable variations for geographic and community interests, be as nearly as possible equal to the vote of any other voter residing in any other constituency. Any significant diminution of the right to relative equality of voting power can only lead to voter frustration and to a lack of confidence in the electoral process. The 1981 distribution map demonstrates that relative equality can be achieved in all of the southern Saskatchewan ridings. This degree of equality should be maintained.

Second, the reason for the departure from riding equality must be considered. In my view, the problems with the impugned distribution are almost entirely a function of the shackling of the Boundaries Commission by the two conditions imposed by the underlying legislation, the *E.B.C.A.* These conditions prevented the Commission from sufficiently accommodating the changing demographic reality. By stipulating a mandatory rural-urban allocation of ridings and by confining urban ridings to municipal boundaries, the *E.B.C.A.* has led to greater variances than would otherwise have been the case had the Boundaries Commission been completely free in making its recommendations.

Specifically, the mandatory rural-urban allocation may have prevented the Commission from taking sufficient account of the diminishing rural population and the corresponding urban growth in the province. The requirement of conformity of urban ridings to municipal limits similarly poses a potential obstacle to the necessary accommodation of demographic realities, particularly since municipal boundaries often fail to reflect urban development. On this point, it was said that there was no such thing as dormitory communities in Saskatchewan cities. I accept that as correct. Yet the demographic material filed indicates

cartes de 1981 et 1989 m'a convaincu de ce que la violation existe.

On a dit que la carte actuelle indique une violation tellement mineure qu'il n'y a pas lieu de l'examiner. Je ne peux accepter cet argument, pour deux raisons. La première est que le droit de vote est un droit fondamental pour une démocratie. Si le droit de vote doit avoir une signification réelle pour l'électeur individuel, le suffrage de chaque personne, sous réserve seulement d'écarts raisonnables fondés sur des considérations géographiques ou des communautés d'intérêts, doit être aussi égal que possible au suffrage d'un autre électeur résidant dans une autre circonscription. Toute réduction sensible de ce droit à l'égalité relative du pouvoir électoral provoquera inévitablement chez les électeurs la frustration et la méfiance à l'égard du processus électoral. La carte de 1981 démontre que l'égalité relative pour toutes les circonscriptions méridionales de la Saskatchewan est possible. Ce niveau d'égalité devrait être maintenu.

En deuxième lieu, il faut étudier la raison de l'écart. À mon avis, les problèmes que présente la répartition contestée résultent presque totalement du carcan imposé à la commission de délimitation par les deux conditions prescrites par la loi habilitante, la *E.B.C.A.* Ces deux conditions ont empêché la commission de faire des adaptations suffisantes à l'égard des changements démographiques. En fixant une répartition obligatoire des circonscriptions rurales et urbaines et en limitant les circonscriptions urbaines aux territoires des municipalités, la *E.B.C.A.* a entraîné des écarts plus grands qu'ils ne l'auraient été si la commission avait été entièrement libre dans la formulation de ses recommandations.

Plus précisément, il se peut que la répartition obligatoire des circonscriptions urbaines et rurales ait empêché la commission de tenir suffisamment compte de la diminution de la population rurale et de l'accroissement correspondant de la population urbaine dans la province. L'obligation de faire coïncider les circonscriptions urbaines et les territoires des municipalités a pu faire obstacle également à l'adaptation nécessaire aux faits démographiques, compte tenu en particulier du fait que les limites des municipalités reflètent souvent très mal la croissance urbaine. On a dit à ce propos qu'il n'existait pas de

that there continues to be a movement of population away from the province and, more significantly, a movement of people from the rural areas to the urban centres. This indicates a need for flexibility, not only in the allocation of seats between urban and rural areas, but also in the fixing of the boundaries of urban ridings. It also highlights the steadily growing need for the fair representation of the urban resident.

The fundamental importance of the right to vote demands a reasonably strict surveillance of legislative provisions pertaining to elections. While I agree with my colleague McLachlin J. regarding the meaning of the s. 3 right to vote and the relevant criteria to be considered in assessing whether a given distribution violates that right, I am of the view that the inquiry cannot be restricted solely to the ultimate result achieved. We are concerned in this appeal not only with results but also with process. In my view, s. 3 scrutiny attaches not only to the actual distribution in question, but also to the underlying process from which the electoral map was derived. It is this process that concerns me.

Thus, while the actual distribution map may appear to have achieved a result that is not too unreasonable, I am of the view that the effect of the statutory conditions has been to interfere with the rights of urban voters. Once an independent boundaries commission was established, it was incumbent upon the Saskatchewan legislature to ensure that the commission was able to fulfill its mandate freely and without unnecessary interference. The public would, quite properly, perceive the Commission to be an independent and trustworthy body. It would be an affront for the legislature to undermine the jurisdiction and authority which members of the public would reasonably expect the Commission to possess. I should add that, had the Saskatchewan government chosen to legislate the boundaries directly rather than by establishing an independent boundaries commission, the s. 3 right would still be engaged.

communautés-dortoirs dans les villes de la Saskatchewan. J'admets que ce point est exact. Toutefois les documents démographiques produits indiquent que les déplacements de population vers l'extérieur de la province, et plus encore des régions rurales vers les centres urbains, se poursuivent. Ces phénomènes montrent bien la nécessité d'une certaine souplesse non seulement dans la répartition des circonscriptions rurales et urbaines mais aussi dans la délimitation des circonscriptions urbaines. Ils font aussi ressortir le besoin croissant de représentation équitable pour l'habitant des villes.

L'importance fondamentale du droit de vote exige une surveillance assez stricte des textes législatifs concernant les élections. Si je souscris à ce que dit ma collègue le juge McLachlin au sujet du droit de vote garanti par l'art. 3 et des critères à considérer pour décider si une répartition donnée viole ce droit, je suis néanmoins d'avis que l'examen ne peut être limité au résultat final obtenu. Le présent pourvoi concerne non seulement les résultats mais aussi le processus. À mon avis, l'examen en vertu de l'art. 3 vise autant le processus qui a abouti à la carte électorale que la répartition réelle en cause. C'est ce processus qui me préoccupe.

En effet, si la carte électorale elle-même semble donner un résultat qui n'est pas trop déraisonnable, je suis néanmoins d'avis que les conditions imposées par la Loi ont eu pour effet de porter atteinte aux droits des électeurs des villes. Dès lors qu'une commission de délimitation était établie, il incombait à l'assemblée législative de la Saskatchewan de veiller à ce que la commission soit en mesure de remplir son mandat librement et sans ingérence inutile. Le public, à bon droit, voit dans la commission un organisme indépendant et digne de confiance. Ce serait un affront de la part de l'assemblée législative d'amoindrir la compétence et le pouvoir que le public pourrait raisonnablement penser être confiés à la commission. J'ajouterais que si le gouvernement de la Saskatchewan avait choisi de légiférer directement sur la délimitation des circonscriptions au lieu d'établir une commission indépendante, le droit garanti par l'art. 3 entrerait tout autant en jeu.



The right to vote is so fundamental that this interference is sufficient to constitute a breach of s. 3 of the *Charter*. To diminish the voting rights of individuals is to violate the democratic system. Such actions are bound to incur the frustration of voters and risk bringing the democratic process itself into disrepute. The haunting spectre of "rotten boroughs" is not that far removed as to be forgotten. The right to vote is too important to be diluted in the absence of some valid justification. No such justification exists in this case.

Is the Infringement Justifiable under s. 1 of the *Charter*?

The northern regions are in a class by themselves. The geography of these sparsely settled regions clearly demonstrates a pressing and substantial need for two northern constituencies. The creation of these constituencies is certainly rationally connected to the concept that these vast, underpopulated areas need effective representation. In short, the creation of the two northern ridings meets all the requisite conditions and they are justified under s. 1 of the *Charter*.

The southern ridings are in a different position legally as well as geographically. I readily agree that the differing representational concerns of urban and rural areas may properly be considered in the determination of constituency boundaries. However, any body charged with creating an electoral map should commence with the proposition that, to the extent that it is reasonable and feasible, the voter population of each constituency should be approximately equal. In my view, this necessarily precludes the type of mandatory conditions imposed in the present case.

Proceeding from the initial premise of equality, the Commission should, in determining constituency boundaries and allocating ridings between urban and rural areas, be free to consider such factors as geography, demography and communities of interest. In any given distribution, the degree of variance between constituencies and the allocation of ridings between urban and rural areas will depend on the nature of the

Le droit de vote est si fondamental qu'une telle ingérence suffit pour constituer une violation de l'art. 3 de la *Charte*. Une réduction du pouvoir électoral individuel est une violation du système démocratique. Ce genre de mesures entraînent inévitablement la frustration des électeurs et risquent de discréditer le processus démocratique lui-même. Le spectre des «circonscriptions pourries» n'est pas assez éloigné pour être oublié. Le droit de vote est trop important pour être dilué sans justification valide. Cette justification n'existe pas en l'espèce.

La violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Les régions du Nord constituent une catégorie à part. La géographie de ces régions à faible densité de population démontre l'existence d'un besoin réel et urgent d'établir deux circonscriptions du Nord. La création de ces deux circonscriptions a certainement un lien rationnel avec la notion selon laquelle ces régions vastes et sous-peuplées ont besoin de représentation effective. En bref, la création des deux circonscriptions du Nord satisfait à toutes les conditions requises et se justifie en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les circonscriptions du Sud sont dans une situation juridique et géographique différente. Je suis tout à fait d'accord que, pour délimiter les circonscriptions, on peut tenir compte à bon droit des préoccupations différentes des régions urbaines et rurales en matière de représentation. Toutefois un organisme chargé d'établir une carte électorale devrait partir du principe que, dans la mesure où cela est raisonnable et faisable, la population électorale de chaque circonscription devrait être approximativement égale. Cela exclut, à mon avis, le genre de conditions imposées en l'espèce.

Partant de la prémisse initiale d'égalité, la commission devrait être libre de prendre en considération des facteurs tels la géographie, la démographie et les communautés d'intérêts dans la délimitation des circonscriptions et la répartition des sièges entre les zones urbaines et les zones rurales. Dans toute répartition, l'ampleur des différences entre les circonscriptions et le nombre de sièges urbains et ruraux dépen-

constituencies under consideration and the extent to which these factors are present.

For instance, the 1981 map provides proof that it is possible in Saskatchewan to achieve equality within 15 percent of the provincial quotient for all southern constituencies while still addressing other relevant considerations such as the differing nature of rural and urban interests. In other provinces, these concerns will be balanced differently. Depending on the particular characteristics of each province, non-population factors may require greater or less deviation. Thus, for example, a 25 percent variation has been found to be necessary and acceptable in British Columbia, whereas the legislation in Manitoba limits the variation to 10 percent.

In Saskatchewan, the basic requirement of reasonable equality was met when the 1981 constituency map was drawn. No reason has been provided as to why it was no longer possible to achieve the degree of equality reflected in that distribution. Moreover, no explanation has been given as to why the balancing of the relevant factors could not, as it was previously, be left to the Commission rather than being mandated by the legislature. The province has failed to justify the need to shackle the Commission with the mandatory rural-urban allocation and the confinement of urban boundaries to municipal limits. The effect of these mandatory conditions was to force the Commission to recommend a distribution which departs from the higher degree of equality achieved in 1981. In the absence of a reasonable explanation as to why this was necessary, the distribution in question is suspect and there is no basis upon which to conclude that the legislature's objective in imposing the mandatory conditions was pressing and substantial.

However, even assuming that the mandatory conditions were enacted in pursuit of some pressing and substantial need, it cannot be said that the legislation affected the rights of urban voters as little as possible. The earlier *Constituency Boundaries Commission Act, 1972* and the maps resulting from that legislation demonstrate that significantly less intrusive means can be utilized to provide good and proper rural representation. The 1981 map demonstrates not only that

dront de la nature des circonscriptions examinées et de la mesure dans laquelle ces facteurs sont présents.

Par exemple, la carte de 1981 prouve qu'il est possible en Saskatchewan de parvenir à une parité correspondant à des écarts de moins de 15 pour 100 du quotient provincial dans toutes les circonscriptions du Sud, tout en tenant compte d'autres considérations pertinentes comme les caractéristiques différentes des intérêts urbains et ruraux. Dans d'autres provinces, on peut faire une pondération différente. Selon les caractéristiques propres à chaque province, des écarts non-démographiques peuvent exiger un écart plus ou moins important. Par exemple, un écart de 25 pour 100 a été jugé nécessaire et acceptable en Colombie-Britannique alors que la loi manitobaine a limité l'écart à 10 pour 100.

En Saskatchewan, la carte électorale de 1981 satisfaisait à l'exigence fondamentale d'égalité raisonnable. On n'a pas expliqué pour quelle raison il n'est plus possible d'atteindre le degré d'égalité auquel cette répartition était parvenue. En outre, on n'a aucunement expliqué pour quelle raison la pondération des facteurs pertinents ne pouvait pas, comme c'était le cas auparavant, être confiée à la commission au lieu d'être imposée par le législateur. La province n'a pas su justifier la nécessité d'imposer à la commission le carcan d'une répartition obligatoire entre les zones urbaines et rurales et d'une concordance de la délimitation des circonscriptions avec les limites des municipalités. Ces conditions obligatoires ont obligé la commission à recommander une répartition qui s'écarte du niveau plus élevé d'égalité atteint en 1981. En l'absence d'explication raisonnable quant à la nécessité de ces mesures, la répartition en cause est suspecte et il n'y a aucune raison de conclure que l'objectif poursuivi par le législateur avec les conditions prescrites était urgent et réel.

À supposer toutefois que les conditions prescrites visaient un besoin urgent et réel, on ne peut dire que la loi portait le moins possible atteinte aux droits des électeurs urbains. La loi antérieure, *The Constituency Boundaries Commission Act, 1972*, et les cartes qui en ont résulté démontrent bien qu'il est possible de recourir à des moyens moins envahissants pour établir une bonne représentation rurale. La carte de 1981 démontre non seulement qu'il est possible de parve-

it is possible to achieve a greater degree of electoral equality than exists in the impugned distribution, but also that the goal of ensuring adequate representation of rural areas can be met without imposing restrictions on the boundaries commission. Thus, the earlier legislation and resulting constituency maps clearly demonstrate that there are means of drawing the constituency boundaries which interfere with the rights of urban voters to a lesser extent.

I wish to emphasize that this is not a matter of a court entering the domain of the legislature. Rather, it is no more than a requirement that the legislature refrain from infringing *Charter* rights. It requires no more of the Saskatchewan legislature than that it comply with either its earlier or subsequent enactments on the same subject.

In summary, it has not been established that there was a pressing or substantial need either to rigidly fix the number of urban and rural ridings in southern Saskatchewan or to confine the urban ridings to existing municipal boundaries. It follows that the first requirement of s. 1 has not been met. Even if it had, I would think it impossible to find that the rights of urban voters had been interfered with as little as possible. The impugned legislation cannot therefore be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### Conclusion

The fundamental right to vote should not be diminished without sound justification. To water down the importance and significance of an individual's vote is to weaken the democratic process. Here no sound basis has been put forward to justify legislation which clearly has the effect of diminishing the rights of urban voters and reducing the representation of urban residents in the legislature. Democracy can all too easily be eroded by diluting voters' rights and representation. Voting is far too important and precious a right to be unreasonably and unnecessarily diluted.

#### Disposition

In the result I would dismiss the appeal and answer the reference questions in the same manner as the Saskatchewan Court of Appeal.

nir à un plus haut degré d'égalité électorale que dans la répartition contestée mais aussi que l'objectif de la représentation suffisante des régions rurales peut être atteint sans imposer de restrictions à la commission.

<sup>a</sup> La loi antérieure et les cartes de circonscriptions qui en ont résulté démontrent donc clairement qu'il existe des moyens de donner aux circonscriptions une délimitation qui porte moins atteinte aux droits des électeurs des villes.

<sup>b</sup> Je tiens à souligner qu'il ne s'agit pas d'ingérence judiciaire dans le domaine législatif. Il ne s'agit de rien de plus que de l'obligation pour le législateur de s'abstenir de violer les droits garantis par la *Charte*.  
<sup>c</sup> On n'exige de l'assemblée législative de la Saskatchewan rien d'autre que de se conformer aux lois antérieures et subséquentes traitant du même sujet.

<sup>d</sup> En résumé, il n'a pas été établi qu'il existait un besoin urgent ou réel de fixer strictement le nombre de sièges urbains ou ruraux en Saskatchewan du Sud ou de limiter les circonscriptions urbaines aux territoires des municipalités existantes. La première exigence de l'article premier n'est donc pas remplie. Même si elle l'avait été, je ne pourrais pas conclure qu'il a été porté le moins possible atteinte aux droits des électeurs urbains. La loi attaquée ne se justifie donc pas en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### Conclusion



























<sup>e</sup> Le droit fondamental qu'est le droit de vote ne devrait pas être réduit sans solide justification. Toute dilution de l'importance et de la signification d'un suffrage est un affaiblissement du processus démocratique. Aucune explication solide n'a été avancée en l'espèce pour justifier une loi qui a clairement pour effet de diminuer les droits des électeurs urbains et de réduire la représentation des habitants des villes à l'assemblée législative. La démocratie peut trop facilement être érodée par la dilution des droits et de la représentation des électeurs. Le droit de vote est trop précieux et important pour être diminué inutilement ou déraisonnablement.

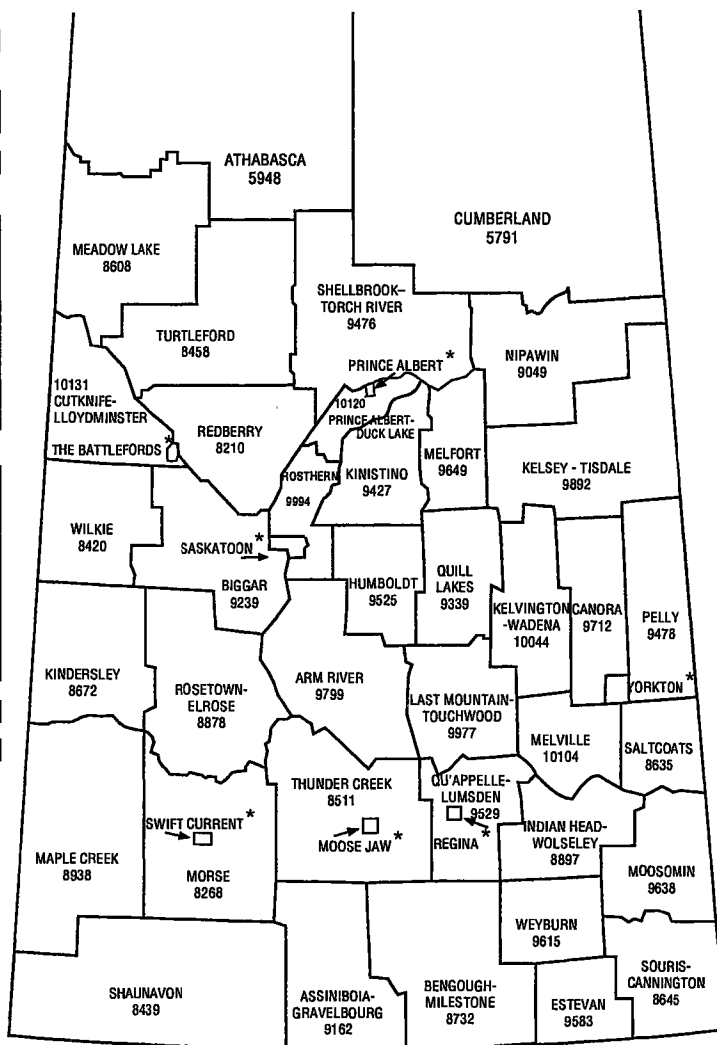
#### Dispositif

<sup>f</sup> En définitive, je rejetterais le pourvoi et répondrais aux questions du renvoi de la même manière que la Cour d'appel de la Saskatchewan.


**1981 DISTRIBUTION PROVINCIAL QUOTIENT : 9507 \*\***  
**REPARTITION DE 1981 QUOTIENT PROVINCIAL : 9507 \*\***


**1981 DISTRIBUTION**  
**RÉPARTITION 1981**

<i>The Battlefords</i>	10510	
<i>Moose Jaw</i>		
<i>North</i>	10924	
<i>South</i>	10708	
<i>Prince Albert</i>	10333	
<i>Regina</i>		
<i>Centre</i>	9624	
<i>Elphinstone</i>	9772	
<i>Lakeview</i>	10013	
<i>North</i>	9838	
<i>North East</i>	9650	
<i>North West</i>	9638	
<i>Rosemount</i>	9735	
<i>South</i>	9635	
<i>Victoria</i>	9941	
<i>Wascana</i>	9812	
<i>Saskatoon</i>		
<i>Buena Vista</i>	9816	
<i>Centre</i>	9408	
<i>Eastview</i>	9648	
<i>Mayfair</i>	8165	
<i>Nutana</i>	9727	
<i>Riversdale</i>	10102	
<i>Sutherland</i>	9846	
<i>University</i>	9789	
<i>West</i>	9167	
<i>Westmount</i>	9367	
<i>Swift Current</i>	9617	
<i>Yorkton</i>	10734	



**LEGEND / LÉGENDE**

 UNDER-REPRESENTATION riding population more than 15% above provincial quotient  
 SOUS-REPRÉSENTATION population de circonscription supérieure de plus de 15% au quotient provincial

 OVER-REPRESENTATION riding population more than 15% below provincial quotient  
 SURREPRÉSENTATION population de circonscription inférieure de plus de 15% au quotient provincial

THE ABSENCE OF SHADING INDICATES THAT, EXCEPT FOR THE TWO NORTHERN RIDINGS, ALL CONSTITUENCIES FALL WITHIN +/- 15% OF THE PROVINCIAL QUOTIENT  
 L'ABSENCE DE ZONES OMBRÉES INDIQUE QUE, À L'EXCEPTION DES DEUX CIRCONSCRIPTIONS DU NORD, IL N'Y A PAS D'ÉCART DE PLUS DE 15% PAR RAPPORT AU QUOTIENT PROVINCIAL

\* See above figures.  
 \* Voir les chiffres ci-dessus

\*\* Population figures based on most recent federal census. Provincial quotient determined by dividing population of southern part of the province by number of southern constituencies as determined by Commission.  
 \*\* Les chiffres de population sont fondés sur le dernier recensement fédéral. Le quotient provincial s'obtient en divisant la population de la partie méridionale de la province par le nombre de circonscriptions du sud de la province, fixé par la Commission.

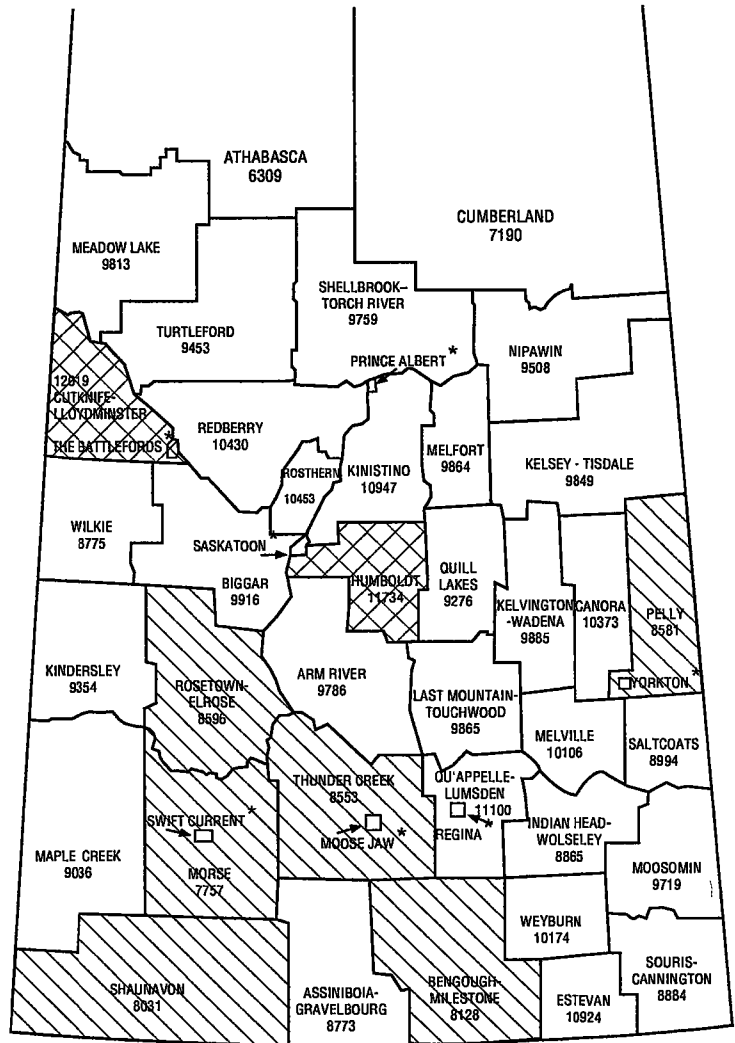
1989 (PROPOSED) DISTRIBUTION PROVINCIAL QUOTIENT : 10147 \*\*  
 RÉPARTITION (PROJETÉE) DE 1989 QUOTIENT PROVINCIAL : 10147 \*\*

1989 (PROPOSED) DISTRIBUTION  
 RÉPARTITION (PROJETÉE) DE 1989

<i>The Battlefords</i>	12316	
<i>Moose Jaw</i>		
<i>Palliser</i>	11903	
<i>Wakamow</i>	12350	
<i>Prince Albert</i>		
<i>Carlton</i>	10882	
<i>Northcote</i>	10393	
<i>Regina</i>		
<i>Albert North</i>	9403	
<i>Albert South</i>	10744	
<i>Churchill Downs</i>	11008	
<i>Dewdney</i>	10721	
<i>Elphinstone</i>	12144	
<i>Hillsdale</i>	10994	
<i>Lake Centre</i>	11794	
<i>Normanview</i>	8623	
<i>Rosemont</i>	11593	
<i>Victoria</i>	11325	
<i>Wascana Plains</i>	8237	
<i>Saskatoon</i>		
<i>Broadway</i>	11513	
<i>Fairview</i>	11138	
<i>Greystone</i>	12567	
<i>Haultain</i>	10557	
<i>Idylwyld</i>	12364	
<i>Nutana</i>	12362	
<i>River Heights</i>	12143	
<i>Riversdale</i>	11170	
<i>Sutherland-Univ.</i>	7684	
<i>Westmount</i>	12076	
<i>Wildwood</i>	9445	
<i>Swift Current</i>	10655	
<i>Yorkton</i>	10833	

**LEGENDILÉGENDE**

	UNDER-REPRESENTATION riding population more than 15% above provincial quotient SOUS-REPRÉSENTATION population de circonscription supérieure de plus de 15% au quotient provincial
	OVER-REPRESENTATION riding population more than 15% below provincial quotient SURREPRÉSENTATION population de circonscription inférieure de plus de 15% au quotient provincial



ALL SHADED AREAS INDICATE DEVIATIONS OF MORE THAN 15% FROM THE PROVINCIAL QUOTIENT  
 TOUTES LES ZONES OMBRÉES INDIQUENT DES ÉCARTS DE PLUS DE 15% PAR RAPPORT AU QUOTIENT PROVINCIAL

\* See above figures.

\* Voir les chiffres ci-dessus

\*\* Population figures based on voter's lists from immediately preceding provincial election.  
 Provincial quotient determined by dividing total provincial population by 66, the number of constituencies established by *The Electoral Boundaries Commission Act*.

\*\* Les chiffres de population sont fondés sur les listes électorales établies immédiatement avant l'élection provinciale.  
 Le quotient provincial s'obtient en divisant la population totale de la province par 66, soit le nombre de circonscriptions établies par *The Electoral Boundaries Commission Act*.

The judgment of La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

McLACHLIN J.—This appeal involves a constitutional challenge to provincial electoral distribution in the province of Saskatchewan. My conclusion is that the electoral boundaries created by *The Representation Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-20.2, do not violate the right to vote enshrined in s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

<sup>a</sup> LE JUGE McLACHLIN—Le présent pourvoi vise la contestation au plan constitutionnel de la répartition provinciale des circonscriptions électorales dans la province de la Saskatchewan. Je conclus que les limites des circonscriptions électorales issues de *The Representation Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-20.2, ne violent pas le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I reach this conclusion through consideration of a number of subsidiary issues:

<sup>c</sup> Ma conclusion résulte de l'examen de plusieurs questions accessoires:

I The Question to be Answered

I La question posée

II Application of the *Charter*

<sup>d</sup> II L'application de la *Charte*

III Defining the Right to Vote

III La définition du droit de vote

IV Is the Right to Vote Violated by the Saskatchewan Boundaries?

<sup>e</sup> IV Les limites des circonscriptions électorales de la Saskatchewan violent-elles le droit de vote?

V Section 1 and Justification

V L'article premier et la justification

I The Question to be Answered

<sup>f</sup> I La question posée

This case comes to us as an appeal from a reference to the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 90 Sask. R. 174. The reference requested that court's opinion on the following questions:

<sup>f</sup> Nous sommes saisis de ce pourvoi à la suite d'un renvoi présenté par la province de la Saskatchewan (1991), 90 Sask. R. 174. Le renvoi sollicite l'opinion de notre Cour sur les questions suivantes:

In respect of the constituencies defined in *The Representation Act, 1989*:

<sup>g</sup> Quant aux circonscriptions décrites dans *The Representation Act, 1989*:

(a) Does the variance in the size of voter populations among those constituencies, as contemplated by s. 20 of *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1, and recommended in the Saskatchewan *Electoral Boundaries Commission 1988 Final Report*, infringe or deny rights or freedoms guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, in what particulars? Is any such limitation or denial of rights or freedoms justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

<sup>h</sup> a) Les différences dans le nombre d'électeurs dans certaines circonscriptions, prévues à l'art. 20 de *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1, et recommandées dans le *Electoral Boundaries Commission 1988 Final Report* de la Saskatchewan, portent-elles atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*? Le cas échéant, à quels égards? Une telle atteinte aux droits et libertés serait-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(b) Does the distribution of those constituencies among urban, rural and northern areas, as contemplated by s. 14 of *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1, and recommended in the Sas-

<sup>i</sup> b) La répartition des circonscriptions entre les zones urbaines, rurales et du Nord, prévue à l'art. 14 de *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1, et recommandée dans le *Electoral Boundaries*

katchewan *Electoral Boundaries Commission 1988 Final Report*, infringe or deny rights or freedoms guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, in what particulars? Is any such limitation or denial of rights or freedoms justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Different views have been expressed as to what issues these questions raise. The appellant asserts that what is at issue is the constitutional validity of *The Representation Act, 1989*. The respondent contends that the question is not whether the Act was unconstitutional, but whether the electoral boundaries created pursuant to the Act violate the *Charter*.

I am of the view that it is the boundaries themselves which are at issue on this appeal. The questions focus, not on the Act, but on the constitutionality of "the variance in the size of voter populations among [the] constituencies" and "the distribution of those constituencies among urban, rural and northern areas". In so far as *The Representation Act, 1989* defines the constituencies, the validity of that Act is indirectly called into question. And in so far as *The Electoral Boundaries Commission Act* provides the criteria by which the boundaries are to be fixed, that Act may affect the answers given to the questions posed. But the basic question put to this Court is whether the variances and distribution reflected in the constituencies themselves violate the *Charter* guarantee of the right to vote.

## II Application of the Charter

A preliminary question arises of whether the definition of provincial voting constituencies is subject to the *Charter*.

The Minister of Justice of the Northwest Territories submits that the *Charter* does not apply since the legislation whereby constituencies are created is part of the constitution of Canada and hence not subject to the *Charter*. He submits that the provinces have had the right to establish electoral boundaries since joining Confederation. In his view, the place of voter equality in this determination is a matter of constitutional convention which is impervious to judicial

*Commission 1988 Final Report* de la Saskatchewan, porte-t-elle atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*? Le cas échéant, à quels égards? Une telle atteinte aux droits ou libertés serait-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

On a exprimé différentes opinions sur les points litigieux que soulèvent ces questions. L'appellant affirme que la validité constitutionnelle de *The Representation Act, 1989* est le point litigieux. L'intimé soutient que la question n'est pas de savoir si la Loi est inconstitutionnelle, mais si les limites des circonscriptions électorales créées en vertu de la Loi violent la *Charte*.

Je suis d'avis que les limites elles-mêmes constituent le point litigieux dans ce pourvoi. En effet, les questions visent non pas la Loi, mais la constitutionnalité des «différences dans le nombre d'électeurs dans [les] circonscriptions» et de la «répartition des circonscriptions entre les zones urbaines, rurales et du Nord». Dans la mesure où *The Representation Act, 1989* définit les circonscriptions, la validité de cette Loi se trouve indirectement mise en doute. Et dans la mesure où *The Electoral Boundaries Commission Act* fournit les critères applicables à la délimitation des circonscriptions, cette Loi peut influencer sur les réponses aux questions posées. Mais la question fondamentale dont notre Cour est saisie consiste à savoir si ces différences et cette répartition reflétées dans les circonscriptions elles-mêmes violent la garantie du droit de vote prévue par la *Charte*.

## II L'application de la Charte

Il faut d'abord se demander si la définition des circonscriptions électorales provinciales est assujettie à la *Charte*.

Le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest fait valoir que la *Charte* ne s'applique pas puisque la loi en vertu de laquelle sont créées les circonscriptions fait partie de la Constitution du Canada et que, par conséquent, elle n'est pas assujettie à la *Charte*. Il soutient que les provinces ont joui du droit de fixer les limites des circonscriptions électorales depuis qu'elles font partie de la Confédération. À son avis, la question de l'égalité des électeurs relève

review. The right of the provinces to create electoral boundaries as they see fit “must be taken as being an inherent limitation on the right to vote in s. 3.”

I cannot accept this submission. Although legislative jurisdiction to amend the provincial constitution cannot be removed from the province without a constitutional amendment and is in this sense above *Charter* scrutiny, the provincial exercise of its legislative authority is subject to the *Charter*; as McEachern C.J. observed “[i]f the fruit of the constitutional tree does not conform to the Charter. . . then it must to such extent be struck down”: *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174, at p. 188. The convention for which the Minister contends goes no further than to empower the province to establish its electoral boundaries. The particular exercise of that power is subject to s. 3 of the *Charter*, which binds Saskatchewan as it does every province and territory of Canada.

### III Defining the Right to Vote

Section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* reads as follows:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The question is simply stated: What is meant by “the right to vote” in s. 3? Before addressing this question it is necessary to address the way the Court should go about determining the content of the right.

#### A. *General Principles Applicable to Defining the Right*

The content of a *Charter* right is to be determined in a broad and purposive way, having regard to historical and social context. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344:

d’une convention constitutionnelle, qui échappe au contrôle judiciaire. Le droit des provinces de fixer les limites des circonscriptions électorales comme elles le jugent bon [TRADUCTION] «doit être considéré comme une limitation inhérente du droit de vote prévu à l’art. 3.»

Je ne puis accepter cette prétention. Bien que la compétence législative des provinces de modifier leur constitution ne saurait leur être retirée sans modification constitutionnelle et qu’en ce sens, elle échappe à tout examen fondé sur la *Charte*, l’exercice par les provinces de leur compétence législative est assujéti à la *Charte*. Comme l’a observé le juge en chef McEachern [TRADUCTION] «[s]i le fruit de l’arbre constitutionnel n’est pas conforme à la Charte [. . .] il faut alors, dans cette mesure, l’abattre»: *Dixon v. B.C. (A.G.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174, à la p. 188. La convention que le ministre invoque ne fait qu’autoriser la province à fixer les limites de ses circonscriptions électorales. L’exercice de ce pouvoir est assujéti à l’art. 3 de la *Charte*, qui lie la Saskatchewan comme chaque province et territoire du Canada.

### III Définition du droit de vote

L’article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dit:

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

La question se formule simplement: qu’entend-on par «droit de vote» à l’art. 3? Avant d’aborder cette question, il faut se demander de quelle façon la Cour devrait s’y prendre pour déterminer le contenu de ce droit?

#### A. *Principes généraux applicables à la définition du droit*

Le contenu d’un droit prévu par la *Charte* doit se déterminer de façon libérale et en fonction de son objet, compte tenu du contexte historique et social. Comme l’a dit le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344:



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* . . . illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

From this general statement of principle I turn to more particular considerations which bear relevance to this appeal.

The first of these is the doctrine that the *Charter* is engrafted onto the living tree that is the Canadian constitution: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Reference Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509. Thus, to borrow the words of Lord Sankey in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, it must be viewed as "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits."

The doctrine of the constitution as a living tree mandates that narrow technical approaches are to be eschewed: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 366. It also suggests that the past plays a critical but non-exclusive role in determining the content of the rights and freedoms granted by the *Charter*. The tree is rooted in past and present institutions, but must be capable of growth to meet the future. As Dickson J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 343-44:

... 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

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 enchaînés 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 [notre] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* [. . .] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Après cet exposé de principe général, j'aborde des considérations plus particulièrement pertinentes dans ce pourvoi.

La première est la doctrine selon laquelle la *Charte* est greffée sur l'arbre qu'est la Constitution du Canada: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 509. Ainsi, pour reprendre les paroles du vicomte Sankey dans *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, elle doit être considérée comme [TRADUCTION] «un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles.»

La doctrine qui compare la Constitution à un arbre nous oblige à écarter les interprétations étroites et formalistes: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 366. Elle indique aussi que le passé joue un rôle critique mais non-exclusif dans la détermination du contenu des droits et libertés conférés par la *Charte*. L'arbre est enraciné dans les institutions passées et présentes, mais il doit pouvoir croître pour faire face à l'avenir. Voici ce que dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 343 et 344:

... 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

by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. [Emphasis in original.]

This admonition is as apt in defining the right to vote as it is in defining freedom of religion. The right to vote, while rooted in and hence to some extent defined by historical and existing practices, cannot be viewed as frozen by particular historical anomalies. What must be sought is the broader philosophy underlying the historical development of the right to vote—a philosophy which is capable of explaining the past and animating the future.

This appeal also engages the general principle that practical considerations must be borne in mind in constitutional interpretation: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Courts must be sensitive to what Frankfurter J. (*McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961)) calls “the practical living facts” to which a legislature must respond: *per* La Forest J. in *Edwards Books, supra*, at pp. 794-95, approved in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. This is nowhere more true than in considering the right to vote, where practical considerations such as social and physical geography may impact on the value of the citizen’s right to vote.

Of final and critical importance to this appeal is the canon that in interpreting the individual rights conferred by the *Charter* the Court must be guided by the ideal of a “free and democratic society” upon which the *Charter* is founded. As Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

a Cette mise en garde s’applique aussi bien à la définition du droit de vote qu’à la définition de la liberté de religion. Bien qu’il tire sa source de pratiques historiques et présentes et qu’il soit donc, dans une certaine mesure, défini par elles, le droit de vote ne saurait être considéré comme figé par certaines anomalies historiques. Ce qu’il faut rechercher, ce sont les principes philosophiques plus généraux qui sous-tendent l’évolution historique du droit de vote — des principes qui peuvent expliquer le passé et animer l’avenir.

Ce pourvoi met aussi en cause le principe général selon lequel il faut tenir compte de considérations pratiques en interprétant la Constitution: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Les tribunaux doivent être réceptifs à ce que le juge Frankfurter (*McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961)) appelle [TRADUCTION] «la réalité pratique de la vie», à laquelle doit répondre la législature: motifs du juge La Forest dans l’arrêt *Edwards Books*, précité, aux pp. 794 et 795, approuvé dans l’arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Nulle part cela n’est-il plus vrai que dans l’étude du droit de vote, car des considérations telles que la géographie sociale et physique peuvent avoir une incidence sur la valeur du droit de vote des citoyens.

g Finalement, est aussi d’une importance fondamentale pour ce pourvoi la règle selon laquelle, dans l’interprétation des droits individuels conférés par la *Charte*, la Cour doit se laisser guider par l’idéal d’une «société libre et démocratique» qui fonde la *Charte*. Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 à la p. 136:

i Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

The first task on an appeal such as this is to define the scope of the right to vote under s. 3 of the *Charter*. The second is to evaluate the existing electoral boundaries in the light of that definition to determine if they violate s. 3 of the *Charter*. If a violation is found, a third task arises—determining whether the limitation on the right is “demonstrably justified in a free and democratic society” and hence saved under s. 1 of the *Charter*. The general principles to which I have referred, while bearing particularly on the task of defining the ambit of the right, also animate the second and third steps of the analysis.

### B. *The Focus of the Debate*

The question for resolution on this appeal can be summed up in one sentence: to what extent, if at all, does the right to vote enshrined in the *Charter* permit deviation from the “one person - one vote” rule? The answer to this question turns on what one sees as the purpose of s. 3. Those who start from the premise that the purpose of the section is to guarantee equality of voting power support the view that only minimal deviation from that ideal is possible. Those who start from the premise that the purpose of s. 3 is to guarantee effective representation see the right to vote as comprising many factors, of which equality is but one. The contest, as I see it, is most fundamentally between these two views, although the submissions before us vary in the emphasis they place on different factors and hence on where they would draw the line.

The Saskatchewan Court of Appeal, as I read its reasons, fell into the camp of those who see the purpose of s. 3 as guaranteeing equality of voting power *per se*. It suggested that the only deviation permissible from the ideal of equality under s. 3 is that required by the practical problems of ensuring that the number of voters in each constituency is mathematically equal on the day of voting (at pp. 21, 24). On the basis of this definition, it found that the electoral boundaries in Saskatchewan violated s. 3 of the *Charter*. Other considerations, such as geography, historical boundaries and community interests, fell to be considered under s. 1. The court found that the

Dans un pourvoi comme celui-ci, il nous faut tout d’abord définir l’étendue du droit de vote conféré par l’art. 3 de la *Charte*. Il faut en second lieu étudier les limites actuelles des circonscriptions électorales compte tenu de cette définition afin de déterminer si elles violent l’art. 3 de la *Charte*. Si l’on conclut qu’il y a violation, une troisième tâche s’impose: établir si la limitation du droit en cause en est une «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» et donc préservée en vertu de l’article premier de la *Charte*. Les principes généraux que j’ai mentionnés, s’ils se rapportent particulièrement à la tâche consistant à définir l’étendue du droit, animent aussi la seconde et la troisième étapes de l’analyse.

### B. *L’objet du débat*

On peut résumer en une phrase la question à résoudre en l’espèce: dans quelle mesure, s’il en est, le droit de vote consacré par la *Charte* permet-il de s’écarter de la règle «une personne, une voix»? La réponse à cette question tient à ce que l’on considère être l’objet de l’art. 3. Ceux qui partent de la prémisses selon laquelle l’article a pour but de garantir l’égalité du pouvoir électoral sont d’avis que seule une déviation minime de cet idéal saurait être possible. Par contre, ceux pour qui l’objet de l’art. 3 est de garantir une représentation effective considèrent que le droit de vote comprend plusieurs facteurs, dont l’égalité. Le débat, à mon sens, oppose essentiellement ces deux points de vue, bien que les observations qui nous ont été présentées mettent l’accent sur différents facteurs et tireraient la ligne à des endroits différents.

La Cour d’appel de la Saskatchewan, selon mon interprétation de ses motifs, se range parmi ceux qui estiment que l’objet de l’art. 3 est de garantir l’égalité du pouvoir électoral en soi. Elle laisse entendre que la seule déviation permise de l’idéal de l’égalité en vertu de l’art. 3 tient à la difficulté matérielle de garantir que le nombre des électeurs dans chaque circonscription sera mathématiquement égal le jour du scrutin (aux pp. 21 et 24). En se fondant sur cette définition, elle conclut que les limites des circonscriptions électorales en Saskatchewan violent l’art. 3 de la *Charte*. D’autres considérations, tels les caractéristiques géographiques, les limites historiques et les

boundaries were not justified under s. 1, except for the two northern ridings where population is extremely sparse.

In this Court, the respondent, supporting the judgment of the Court of Appeal, urged that the goal of s. 3 is equality of voting power, as nearly as may possibly be achieved. The appellant, while not going so far as to deny the importance of equality in a meaningful right to vote, urged that equality was but one of many factors relevant to the right to vote enshrined in s. 3 and that the fundamental purpose of s. 3 was not to ensure equality of voting power, but effective and fair representation conducive to good government. The interveners tended to ally themselves with one of these two positions, stressing their own particular perspectives. For example, Equal Justice for All urged no deviation from equality, except as might be justified in aid of disadvantaged groups, while the Attorney General for Alberta went so far as to deny equality's place as a "core" or "fundamental" value in assessing the right to vote.

### C. *The Meaning of the Right to Vote*

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to "effective representation". Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one's grievances and concerns to the attention of one's government representative; as noted in *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 413, elected representatives function in two roles—legislative and what has been termed the "ombudsman role".

What are the conditions of effective representation? The first is relative parity of voting power. A system which dilutes one citizen's vote unduly as compared with another citizen's vote runs the risk of providing inadequate representation to the citizen whose vote is diluted. The legislative power of the

intérêts de la collectivité, devaient être étudiées en fonction de l'article premier. La Cour conclut que les limites ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier, sauf pour les deux circonscriptions septentrionales, dont la population est très clairsemée.

Devant notre Cour, l'intimé, qui est d'accord avec le jugement de la Cour d'appel, affirme que le but de l'art. 3 est l'égalité du pouvoir électoral ou ce qui s'en rapproche le plus. L'appelant, sans aller jusqu'à nier l'importance de l'égalité pour un droit de vote utile, soutient que l'égalité n'est que l'un des nombreux facteurs pertinents au droit de vote consacré par l'art. 3 et que l'objet fondamental de cet article n'est pas d'assurer l'égalité du pouvoir électoral, mais une représentation effective et équitable garantie d'une bonne administration. Les intervenants appuient l'une de ces deux positions, insistant sur les points de vue qui leur sont propres. Par exemple, Equal Justice for All ne veut aucune dérogation à l'égalité, sauf dans la mesure où elle pourrait se justifier pour servir des groupes défavorisés, alors que le procureur général de l'Alberta va jusqu'à nier la place de l'égalité en tant que valeur «cruciale» ou «fondamentale» dans l'appréciation du droit de vote.

### C. *La signification du droit de vote*

Je conclus que l'objet du droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte* n'est pas l'égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une «représentation effective». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d'être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d'avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d'attirer l'attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations; comme il est dit dans l'arrêt *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393, à la p. 413, les représentants élus exercent deux rôles—un rôle législatif et celui que l'on qualifie de «ombudsman.»

Quelles sont les conditions de la représentation effective? La première est la parité relative du pouvoir électoral. Le système qui dilue indûment le vote d'un citoyen comparativement à celui d'un autre, court le risque d'offrir une représentation inadéquate au citoyen dont le vote a été affaibli. Le pouvoir

citizen whose vote is diluted will be reduced, as may be access to and assistance from his or her representative. The result will be uneven and unfair representation.

But parity of voting power, though of prime importance, is not the only factor to be taken into account in ensuring effective representation. Sir John A. Macdonald in introducing the *Act to re-adjust the Representation in the House of Commons*, S.C. 1872, c. 13, recognized this fundamental fact (*House of Commons Debates*, vol. III, 4th Sess., p. 926 (June 1, 1872)):

... it will be found that. . . while the principle of population was considered to a very great extent, other considerations were also held to have weight; so that different interests, classes and localities should be fairly represented, that the principle of numbers should not be the only one.

Notwithstanding the fact that the value of a citizen's vote should not be unduly diluted, it is a practical fact that effective representation often cannot be achieved without taking into account countervailing factors.

First, absolute parity is impossible. It is impossible to draw boundary lines which guarantee exactly the same number of voters in each district. Voters die, voters move. Even with the aid of frequent censuses, voter parity is impossible.

Secondly, such relative parity as may be possible of achievement may prove undesirable because it has the effect of detracting from the primary goal of effective representation. Factors like geography, community history, community interests and minority representation may need to be taken into account to ensure that our legislative assemblies effectively represent the diversity of our social mosaic. These are but examples of considerations which may justify departure from absolute voter parity in the pursuit of more effective representation; the list is not closed.

législatif de ce dernier sera réduit, comme pourra l'être l'accès qu'il a auprès de son député et l'aide qu'il peut en obtenir. La conséquence sera une représentation inégale et non équitable.

a

La parité du pouvoir électoral est d'importance primordiale mais elle n'est pas le seul facteur à prendre en compte pour assurer une représentation effective. Sir John A. Macdonald, lorsqu'il a présenté *L'Acte pour répartir de nouveau la représentation dans la Chambre des Communes*, S.C. 1872, ch. 13, a reconnu cette vérité fondamentale (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 4<sup>e</sup> Sess., p. 926 (1<sup>er</sup> juin 1872)):

c

[TRADUCTION]. . . on constatera que . . . bien que la règle ayant trait à la population ait été largement prise en compte, d'autres considérations ont aussi été jugées avoir du poids; de sorte que différents intérêts, classes et localités puissent être justement représentés, que la règle du nombre ne soit pas la seule appliquée.

d

Nonobstant le fait que la valeur du vote d'un citoyen ne devrait pas être indûment affaiblie, c'est une réalité pratique que souvent la représentation effective ne peut être atteinte sans que l'on tienne compte de facteurs inverses.

e

Tout d'abord, la parité absolue est impossible. En effet, il n'est pas possible de fixer les limites des circonscriptions de façon à garantir exactement le même nombre d'électeurs dans chaque district. Des électeurs meurent, d'autres déménagent. Même à l'aide de recensements fréquents, la parité électoral est impossible.

g

Deuxièmement, la parité relative qu'il est possible d'atteindre peut ne pas être souhaitable si elle a pour effet de détourner du but principal, qui est la représentation effective. Des facteurs tels les caractéristiques géographiques, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires peuvent devoir être pris en considération si l'on veut que nos assemblées législatives représentent effectivement la diversité de notre mosaïque sociale. Ce ne sont là que des exemples de considérations qui peuvent justifier une dérogation à l'égalité absolue des votes dans la poursuite d'une représentation plus effective; la liste n'est pas exhaustive.

j

It emerges therefore that deviations from absolute voter parity may be justified on the grounds of practical impossibility or the provision of more effective representation. Beyond this, dilution of one citizen's vote as compared with another's should not be countenanced. I adhere to the proposition asserted in *Dixon, supra*, at p. 414, that "only those deviations should be admitted which can be justified on the ground that they contribute to better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within the populace and geographic factors within the territory governed."

This view of the meaning of the right to vote in s. 3 of the *Charter* conforms with the general principles of interpretation discussed at the outset.

The first and most important rule is that the right must be interpreted in accordance with its purpose. As will be seen, there is little in the history or philosophy of Canadian democracy that suggests that the framers of the *Charter* in enacting s. 3 had as their ultimate goal the attainment of voter parity. That purpose would have represented a rejection of the existing system of electoral representation in this country. The circumstances leading to the adoption of the *Charter* negate any intention to reject existing democratic institutions. As noted in *Dixon, supra*, at p. 412: "There is no record of such fundamental institutional reform having been mentioned at the conferences that preceded the adoption of the [proposed] Charter. Nor was the issue raised by any of the plethora of interest groups making submissions in respect of voting rights during the prolonged Joint Senate and House of Commons Committee Hearings on the proposed *Charter*". The framers of the *Charter* had two distinct electoral models before them—the "one person - one vote" model espoused by the United States Supreme Court in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725 (1983), and *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969), and the less radical, more pragmatic approach which had developed in England and in this country through the centuries and which was actually in place. In the absence of any supportive evidence to the contrary (as may be found in the United States in the speeches of the founding fathers), it would be wrong to infer that in enshrining the right to vote in our written con-

Il se fait donc que des dérogations à la parité électorale absolue peuvent se justifier en présence d'une impossibilité matérielle ou pour assurer une représentation plus effective. À part cela, l'affaiblissement du vote d'un citoyen comparativement à celui d'un autre ne devrait pas être toléré. Je souscris à l'extrait suivant de l'arrêt *Dixon*, précité, à la p. 414: [TRADUCTION] «ne devraient être permis que des écarts qui se justifient parce qu'ils permettent de mieux gouverner l'ensemble de la population, en donnant aux questions régionales et aux facteurs géographiques le poids qu'ils méritent.»

Cette interprétation du sens du droit de vote prévu à l'art. 3 de la *Charte* est conforme aux principes généraux d'interprétation discutés au début.

La règle primordiale et la plus importante est que le droit doit s'interpréter conformément à son objet. Comme on le verra, peu de choses dans l'histoire ou la philosophie de la démocratie canadienne permettent de croire que les rédacteurs de la *Charte* visaient principalement, en édictant l'art. 3, à atteindre la parité électorale. Cet objet serait un rejet du système actuel de la représentation électorale au Canada. Les circonstances qui ont mené à l'adoption de la *Charte* contredisent toute intention de rejeter les institutions démocratiques existantes. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Dixon*, précité, à la p. 412: [TRADUCTION] «On ne trouve pas trace de la mention d'une réforme institutionnelle aussi fondamentale au cours des conférences qui ont précédé l'adoption de la *Charte*. La question n'a été soulevée par aucun des nombreux groupes d'intérêt qui ont présenté des observations sur le droit de vote au cours des longues séances du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la [future] *Charte*». Deux systèmes électoraux distincts étaient proposés aux rédacteurs de la *Charte*: la règle dite «une personne, une voix» adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans les arrêts *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 735 (1983), et *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969), ou l'approche moins radicale et plus pragmatique qui a évolué en Angleterre et dans notre pays au cours des siècles et qui était alors appliquée. En l'absence de preuve contraire (comme on peut en trouver aux États-Unis dans les discours des rédacteurs de la Constitution américaine), nous

stitution the intention was to adopt the American model. On the contrary, we should assume that the goal was to recognize the right affirmed in this country since the time of our first Prime Minister, Sir John A. Macdonald, to effective representation in a system which gives due weight to voter parity but admits other considerations where necessary.

I turn next to the history of our right to vote. As already noted, the history of our right to vote and the context in which it existed at the time the *Charter* was adopted support the conclusion that the purpose of the guarantee of the right to vote is not to effect perfect voter equality, in so far as that can be done, but the broader goal of guaranteeing effective representation. As I noted in *Dixon, supra*, at p. 409, democracy in Canada is rooted in a different history than in the United States:

Its origins lie not in the debates of the founding fathers, but in the less absolute recesses of the British tradition. Our forefathers did not rebel against the English tradition of democratic government as did the Americans; on the contrary, they embraced it and changed it to suit their own perceptions and needs.

I went on to describe the Canadian tradition as one of evolutionary democracy moving in uneven steps toward the goal of universal suffrage and more effective representation, which even in its advanced stages tolerates deviation from voter parity in the interests of better representation:

What is that tradition? It was a tradition of evolutionary democracy, of increasing widening of representation through the centuries. But it was also a tradition which, even in its more modern phases, accommodates significant deviation from the ideals of equal representation. Pragmatism, rather than conformity to a philosophical ideal, has been its watchword.

Other Commonwealth countries have affirmed the same tradition. Thus the Australian High Court rejected a "one person - one vote" approach in favour

aurions tort de déduire qu'en consacrant le droit de vote dans notre Constitution écrite, le législateur entendait adopter le modèle américain. Au contraire, nous devrions présumer que son but était de reconnaître le droit affirmé dans notre pays depuis l'époque du premier de nos premiers ministres, Sir John A. Macdonald, le droit à la représentation effective au sein d'un système accordant la considération voulue à l'égalité des électeurs, tout en admettant au besoin d'autres considérations.

J'aborde maintenant l'historique de notre droit de vote. Comme on l'a déjà souligné, l'histoire du droit de vote au Canada et le contexte dans lequel il existait lors de l'adoption de la *Charte* étaient la conclusion que la garantie de ce droit vise non pas à atteindre l'égalité absolue des électeurs, dans la mesure où cela est possible, mais de façon plus générale à assurer une représentation effective. Comme je l'ai noté dans l'arrêt *Dixon*, précité, à la p. 409, la démocratie canadienne a des racines différentes de celles de la démocratie américaine:

[TRADUCTION] Ses origines se trouvent non pas dans les débats des fondateurs de l'Union mais dans les dédales plus nuancés de la tradition britannique. Nos ancêtres ne se sont pas révoltés contre la tradition anglaise de gouvernement démocratique comme l'ont fait les Américains; au contraire, ils l'ont embrassée pour ensuite la modifier afin de servir leurs propres idées et besoins.

J'ai ensuite décrit le modèle canadien comme une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective, qui même dans ses étapes les plus avancées tolère les dérogations à la parité électorale dans l'intérêt d'une meilleure représentation:

[TRADUCTION] Quelle est cette tradition? Il s'agit de la tradition d'une démocratie en évolution, d'une représentation sans cesse croissante au cours des siècles. Mais c'est aussi une tradition qui, même dans ses étapes les plus contemporaines, s'accommode d'une dérogation considérable aux idéaux de la représentation égale. Le mot d'ordre est le pragmatisme plutôt que la conformité à un idéal philosophique.

D'autres pays du Commonwealth ont adopté le même modèle. Ainsi la Haute Cour de l'Australie a rejeté la règle «une personne, une voix» en faveur

of an approach which permitted consideration of countervailing factors: *Attorney-General (Aus.); Ex rel. McKinlay v. Commonwealth* (1975), 135 C.L.R. 1. Stephen J. wrote, at p. 57:

It is, then, quite apparent that representative democracy is descriptive of a whole spectrum of political institutions, each differing in countless respects yet answering to that generic description. . . .

To contend that the presence of what is described as “as near as practicable equality of numbers” within electoral divisions is essential to representative democracy, to a legislature “chosen by the people”, is to deny proper meaning to language and to ignore long chapters in the evolution of democratic institutions both in this country and overseas, in which, representative democracy having been attained, its details have undergone frequent changes in response to community pressures but have failed to possess this feature of equality of numbers on which the plaintiffs now insist.

See also Gibbs J., at p. 45 and Barwick C.J., at p. 25.

To return to the metaphor of the living tree, our system is rooted in the tradition of effective representation and not in the tradition of absolute or near absolute voter parity. It is this tradition that defines the general ambit of the right to vote. This is not to suggest, however, that inequities in our voting system are to be accepted merely because they have historical precedent. History is important in so far as it suggests that the philosophy underlying the development of the right to vote in this country is the broad goal of effective representation. It has nothing to do with the specious argument that historical anomalies and abuses can be used to justify continued anomalies and abuses, or to suggest that the right to vote should not be interpreted broadly and remedially as befits *Charter* rights. Departures from the Canadian ideal of effective representation may exist. Where they do, they will be found to violate s. 3 of the *Charter*.

I turn finally to the admonition that courts must be sensitive to practical considerations in interpreting

d’une approche permettant de tenir compte de facteurs opposés: *Attorney-General (Aus.); Ex rel. McKinlay v. Commonwealth* (1975), 135 C.L.R. 1. Le juge Stephen a écrit à la p. 57:

[TRADUCTION] Il est donc bien évident que la démocratie représentative désigne tout un éventail d’institutions politiques, les unes différant des autres à de nombreux égards mais chacune d’elles répondant à cette désignation générique . . .

Prétendre que l’existence de ce que l’on appelle «la plus grande égalité possible des nombres» au sein des circonscriptions électorales est essentielle à la démocratie représentative, à une assemblée législative «choisie par le peuple», c’est nier le sens propre aux mots et ne pas tenir compte de longs chapitres de l’évolution des institutions démocratiques tant dans notre pays qu’à l’étranger, au sein desquelles la démocratie représentative, une fois atteinte, a subi dans ses caractéristiques de nombreuses modifications en réponse aux pressions de la collectivité, sans jamais toutefois posséder l’égalité des nombres sur laquelle les demandeurs insistent maintenant.

Voir aussi les motifs du juge Gibbs à la p. 45 et ceux du juge en chef Barwick à la p. 25.

Pour revenir à la métaphore de l’arbre, notre système prend racine dans la tradition de la représentation effective et non dans la tradition de la parité absolue ou presque absolue du nombre des électeurs. C’est cette tradition qui définit la portée générale du droit de vote. Cela ne signifie pas, cependant, que les inégalités de notre système électoral doivent être acceptées simplement parce qu’elles ont un précédent historique. L’histoire a son importance dans la mesure où elle indique que la philosophie sous-tendant l’évolution du droit de vote dans notre pays est l’objectif général de la représentation effective. Elle n’a rien à voir avec l’argument spécieux selon lequel on peut invoquer les anomalies et les abus historiques pour justifier leur survivance ou pour dire que le droit de vote ne devrait pas être interprété de façon large et correctrice comme il convient aux droits prévus par la *Charte*. Il se peut que l’on s’écarte de l’idéal canadien de la représentation effective et, dans ce cas, il y a violation de l’art. 3 de la *Charte*.

J’en arrive enfin à l’exhortation faite aux tribunaux de tenir compte de considérations pratiques lorsqu’ils



*Charter* rights. The “practical living fact”, to borrow Frankfurter J.’s phrase, is that effective representation and good government in this country compel those charged with setting electoral boundaries sometimes to take into account factors other than voter parity, such as geography and community interests. The problems of representing vast, sparsely populated territories, for example, may dictate somewhat lower voter populations in these districts; to insist on voter parity might deprive citizens with distinct interests of an effective voice in the legislative process as well as of effective assistance from their representatives in their “ombudsman” role. This is only one of a number of factors which may necessitate deviation from the “one person - one vote” rule in the interests of effective representation.

In the final analysis, the values and principles animating a free and democratic society are arguably best served by a definition that places effective representation at the heart of the right to vote. The concerns which Dickson C.J. in *Oakes* associated with a free and democratic society—respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals in society—are better met by an electoral system that focuses on effective representation than by one that focuses on mathematical parity. Respect for individual dignity and social equality mandate that citizen’s votes not be unduly debased or diluted. But the need to recognize cultural and group identity and to enhance the participation of individuals in the electoral process and society requires that other concerns also be accommodated.

In summary, I am satisfied that the precepts which govern the interpretation of *Charter* rights support the conclusion that the right to vote should be defined

interprètent les droits garantis par la *Charte*. La [TRANSDUCTION] «réalité pratique de la vie», pour emprunter l’expression du juge Frankfurter, veut que la représentation effective et la bonne administration dans ce pays obligent ceux qui sont chargés de fixer les limites des circonscriptions électorales à tenir parfois compte d’autres facteurs que la parité du nombre des électeurs, tels les conditions géographiques et les intérêts de la collectivité. La difficulté qu’il y a à représenter de vastes territoires à faible densité de population, par exemple, peut dicter un nombre d’électeurs quelque peu inférieur dans ces districts; en insistant sur la parité des nombres, on pourrait priver des citoyens, ayant des intérêts distincts, d’une voix effective au sein du processus législatif aussi bien que d’une aide réelle de la part de leurs représentants dans leur rôle d’«ombudsman». Ce n’est là qu’un des nombreux facteurs susceptibles de commander une dérogation à la règle «une personne, une voix» dans l’intérêt d’une représentation effective.

En dernière analyse, on peut soutenir que les valeurs et les principes qui animent une société libre et démocratique sont mieux servis par une définition qui place la représentation effective au cœur même du droit de vote. Les préoccupations que le juge en chef Dickson, dans l’arrêt *Oakes*, a associées à une société libre et démocratique—le respect de la dignité inhérente à l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers dans la société—sont mieux servies par un système électoral axé sur la représentation effective que par un système fondé sur la parité mathématique. Le respect de la dignité individuelle et de l’égalité sociale exige que les votes des citoyens ne soient pas indûment dépréciés ou dilués. Toutefois la reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes et l’amélioration de la participation des particuliers au processus électoral et à la société exigent que l’on tienne également compte d’autres préoccupations.

Pour résumer, je suis persuadée que les préceptes qui régissent l’interprétation des droits prévus par la *Charte* appuient la conclusion que le droit de vote

as guaranteeing the right to effective representation. The concept of absolute voter parity does not accord with the development of the right to vote in the Canadian context and does not permit of sufficient flexibility to meet the practical difficulties inherent in representative government in a country such as Canada. In the end, it is the broader concept of effective representation which best serves the interests of a free and democratic society.

#### IV Do the Saskatchewan Boundaries Violate the Right to Vote?

##### A. *The Issue*

It is important at the outset to remind ourselves of the proper role of courts in determining whether a legislative solution to a complex problem runs afoul of the *Charter*. This Court has repeatedly affirmed that the courts must be cautious in interfering unduly in decisions that involve the balancing of conflicting policy considerations: see *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Le Dain J., at p. 392; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, *per* La Forest J., at pp. 522-23; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, *per* Dickson C.J., at pp. 90-92. These considerations led me to suggest in *Dixon*, *supra*, at p. 419, that “the courts ought not to interfere with the legislature’s electoral map under s. 3 of the Charter unless it appears that reasonable persons applying the appropriate principles . . . could not have set the electoral boundaries as they exist.”

Before turning to the constituencies in question, it is necessary to clarify what is being tested. As noted at the outset, the issue in this appeal concerns the “variance” in voter populations among constituencies and the “distribution” of constituencies among urban, rural and northern areas. This wording suggests a focus on the result obtained rather than the process,

devrait se définir comme la garantie du droit à une représentation effective. Le concept de la parité absolue du nombre d'électeurs ne s'accorde pas avec l'évolution du droit de vote dans le contexte canadien, et il n'offre pas la flexibilité nécessaire pour faire face aux difficultés d'ordre pratique inhérentes au gouvernement représentatif dans un pays tel que le Canada. En définitive, c'est le concept plus large de la représentation effective qui sert le mieux les intérêts d'une société libre et démocratique.

#### IV Les limites des circonscriptions électorales de la Saskatchewan violent-elles le droit de vote?

##### A. *La question*

Il est important au départ de nous rappeler le rôle approprié des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si une solution législative à un problème complexe est contraire à la *Charte*. Notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que les tribunaux doivent se garder de modifier indûment les décisions dans lesquelles il faut sopeser des considérations de principe opposées: voir les arrêts *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, motifs du juge Le Dain, à la p. 392; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, motifs du juge La Forest, aux pp. 522 et 523; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, motifs du juge en chef Dickson, aux pp. 90 à 92. Ces considérations m'ont incitée à dire, à la p. 419 de l'arrêt *Dixon*, précité, que [TRADUCTION] «les tribunaux devraient se garder de modifier, en vertu de l'art. 3 de la Charte, les circonscriptions électorales établies par le législateur à moins qu'il ne semble que des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés, n'auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions.»

Avant d'en arriver aux circonscriptions en cause, il faut définir plus clairement ce qui doit être évalué. Comme je l'ai souligné au début, la question litigieuse dans ce pourvoi concerne les «différences» dans le nombre d'électeurs entre certaines circonscriptions et la «répartition» des circonscriptions entre les zones urbaines, rurales et du Nord. Cette formulation de la question propose d'axer la réflexion sur le

although, as will be seen, I conclude that the process used here did not in fact violate s. 3.

The Court of Appeal focused on the constitutionality of *The Electoral Boundaries Commission Act*. It held at p. 189 that the Act was unconstitutional because it did not “direct the Commission to be guided by the fundamental principle of equality of voting power”, and in fact barred the electoral commission from applying the principle of equality by requiring a specified number of urban, rural and northern seats. As the second stage of its analysis, the court considered the effect of the legislation. After pointing out a number of discrepancies between various ridings, the court concluded that the electoral boundaries themselves violated the right to vote guaranteed under the *Charter*. In arriving at this conclusion, the court applied a s. 3 test which I have suggested is wrong—the test of voter parity in so far as it is possible of achievement. It is therefore necessary to address this question anew in the light of the test for s. 3 which I have proposed.

### B. *The Boundaries*

*The Electoral Boundaries Commission Act* required the electoral commission to create 29 urban, 35 rural and 2 northern ridings. The 64 urban and rural ridings fall roughly into the south half of the province, while the two northern ridings make up its north half. In the southern half of the province, the voter population of each constituency is within plus or minus 25 percent of the provincial quotient. The Act specifically permitted the two northern ridings to vary from the provincial quotient by up to plus or minus 50 percent. The Court of Appeal, under s. 1, found that special treatment for northern ridings was constitutionally acceptable, and no issue is taken on that point. The main focus is on the southern ridings, which the Court of Appeal found violate s. 3 of the *Charter*.

résultat obtenu plutôt que sur le processus, bien que, comme on le verra, je conclue qu’en fait le processus suivi ne viole pas l’art. 3.

La Cour d’appel a centré l’examen sur la constitutionnalité de *The Electoral Boundaries Commission Act*. Elle a conclu à la p. 189 que la Loi était inconstitutionnelle parce qu’elle [TRADUCTION] «n’ordonnait pas à la Commission de se laisser guider par le principe fondamental de l’égalité du pouvoir électoral», et qu’en fait elle empêchait la Commission d’appliquer le principe de l’égalité en exigeant un nombre précis de sièges dans les zones urbaines, rurales et du Nord. Au second stade de son analyse, la Cour a considéré l’effet de la Loi. Après avoir souligné un certain nombre d’écarts entre diverses circonscriptions, la Cour a conclu que les limites des circonscriptions électorales elles-mêmes violaient le droit de vote garanti par la *Charte*. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a appliqué un critère fondé sur l’art. 3 dont j’ai laissé entendre qu’il était erroné — le critère de la parité du nombre des électeurs dans la mesure où on peut l’atteindre. Il faut par conséquent examiner de nouveau cette question en fonction du critère fondé sur l’art. 3 que j’ai proposé.

### B. *Les limites des circonscriptions*

*The Electoral Boundaries Commission Act* exigeait que la commission de délimitation des circonscriptions électorales crée 29 circonscriptions urbaines, 35 circonscriptions rurales et 2 circonscriptions du Nord. Les 64 circonscriptions urbaines et rurales forment à peu près la partie sud de la province, alors que les 2 circonscriptions du Nord constituent sa partie septentrionale. Dans la partie sud de la province, la population de chaque circonscription électorale n’est pas inférieure ou supérieure de plus de 25 pour 100 au quotient provincial. La Loi permettait expressément aux deux circonscriptions septentrionales de s’écarter jusqu’à 50 pour 100 du quotient provincial, en plus ou en moins. La Cour d’appel, en vertu de l’article premier, a conclu qu’un traitement particulier à l’égard des circonscriptions du Nord était constitutionnellement acceptable, et ce point n’est pas contesté. Le débat porte sur les circonscriptions du Sud, la Cour d’appel ayant conclu qu’elles violaient l’art. 3 de la *Charte*.

The question is whether the deviations from voter parity in southern ridings can be justified on the basis of valid considerations. The respondent suggests that the voter population disparities between ridings cannot be justified and violate s. 3. In support of this he argues: (1) that the electoral commission, constrained as it was by the legislation, acted arbitrarily; and (2) that in fact there are discrepancies in the population of various ridings which are unjustified. The first argument is concerned mainly with process; the second with result.

I turn first to the proposition that the electoral commission acted arbitrarily and without due regard for the need to maintain relative voter parity. The argument in support of this position, accepted by the Court of Appeal, is that the electoral commission was improperly prevented from giving due weight to voter equity because *The Electoral Boundaries Commission Act* required that it produce an electoral map with a specified number of urban, rural and northern seats.

This argument overlooks the genesis of the stipulation in the legislation and the actual population distribution that underpinned the allocation of urban and rural seats. The allotment of seats to the various urban centres in *The Representation Act, 1989* flows logically from the electoral map that it replaced. Under *The Representation Act, 1981*, the number of seats in the various urban centres was as follows: Moose Jaw - 2; Regina - 10; Saskatoon - 10; Swift Current - 1; North Battleford - 1; Prince Albert had one seat within city limits and another, Prince Albert-Duck Lake, which was comprised of part of the City and a small part of a neighbouring area. The City of Yorkton was part of a riding comprised of the City itself and a very small surrounding area. This map was made by an impartial commission not required to establish a particular number of rural or urban ridings.

La question est de savoir si des dérogations à la parité électorale dans les circonscriptions du Sud peuvent se justifier par des considérations valides. L'intimé affirme que les différences de population entre les circonscriptions ne peuvent se justifier et violent l'art. 3, et il invoque les deux arguments suivants: (1) la Commission de délimitation des circonscriptions électorales, limitée comme elle l'était par la législation, a agi arbitrairement; et (2) en fait, certaines différences de population entre diverses circonscriptions sont injustifiées. Le premier argument concerne principalement le processus; le deuxième, le résultat.

J'examine tout d'abord la proposition selon laquelle la Commission de délimitation des circonscriptions électorales a agi de façon arbitraire et sans tenir suffisamment compte de la nécessité de maintenir la parité relative du nombre des électeurs. Selon l'argument à l'appui de cette proposition, accueilli par la Cour d'appel, la Commission aurait été irrégulièrement empêchée d'accorder l'importance nécessaire à l'égalité des électeurs parce que *The Electoral Boundaries Commission Act* lui imposait de produire une carte électorale comportant un nombre précis de circonscriptions électorales urbaines, rurales et septentrionales.

Cet argument ne tient pas compte de l'origine de cette disposition de la loi et de la répartition réelle de la population qui sous-tendent la répartition des circonscriptions urbaines et rurales. La répartition des sièges entre les divers centres urbains dans *The Representation Act, 1989* découle logiquement de la carte électorale qu'elle a remplacée. Selon *The Representation Act, 1981*, le nombre de sièges dans les divers centres urbains était réparti comme suit: Moose Jaw - 2; Regina - 10; Saskatoon - 10; Swift Current - 1; North Battleford - 1; Prince Albert avait un siège dans les limites de la ville et un autre, Prince Albert-Duck Lake, qui comprenait une partie de la ville et une petite partie d'une région environnante. La ville de Yorkton faisait partie d'une circonscription comprenant la ville elle-même et une très petite région avoisinante. Cette carte avait été établie par une commission impartiale qui n'était pas tenue à un nombre précis de circonscriptions rurales ou urbaines.

The configuration of urban seats in *The Representation Act, 1989* simply reflects population growth in those areas from the time the earlier map was put in place. The 1989 map includes additional seats for the growing centres of Saskatoon and Regina. The increased size of the City of Yorkton is reflected in the fact that it became a self-contained riding shorn of the surrounding rural area. Similarly, Prince Albert, another rapidly growing city, was divided into two seats comprised exclusively of the urban area itself. This is not an “arbitrary” allocation of constituencies. It is founded on the electoral map made by an impartial and unfettered commission in 1981 and the population growth that has since occurred.

Overall, the electoral map put in place by *The Representation Act, 1989* admits of a tendency for “urban” seats to have more voters than “rural” seats. Urban ridings generally have somewhat more voters than the quotient and rural ridings generally have somewhat fewer. The discrepancies, however, are not great and there are a number of exceptions. Several rural seats are larger than a number of urban ones. Moreover, “rural” seats are not necessarily “farm” or “agricultural” seats. A number of relatively major centres including Weyburn, Estevan, Melville, Nipawin, Melfort and Lloydminster are included in these “rural” areas.

The actual allocation of seats between urban and rural areas is very close to the population distribution between those areas. The rural areas have 53.0 percent of the seats and 50.4 percent of the population. Urban areas have 43.9 percent of the seats and 47.6 percent of the population. The rural areas are, therefore, somewhat over-represented, and the urban areas somewhat under-represented, but these deviations are relatively small. Similar deviations occurred on the redistributions proposed by the Constituency Boundaries Commissions of 1974 and 1979-80. For example, the 1979-80 Report allocated only 40.6 percent of seats to urban areas even though they had 42.6 per-

La configuration des circonscriptions urbaines dans *The Representation Act, 1989* ne fait que refléter la croissance démographique dans ces régions depuis la préparation de l'ancienne carte. La carte de 1989 comprend des sièges supplémentaires pour les centres en expansion de Saskatoon et de Regina. Le fait que la ville de Yorkton soit devenue une circonscription complète par elle-même, retranchée de la région rurale avoisinante, reflète l'accroissement de sa population. De la même façon, Prince Albert, une autre ville en pleine expansion, a été partagée en deux circonscriptions comprenant exclusivement la zone urbaine elle-même. Il ne s'agit pas là d'une répartition «arbitraire» de circonscriptions électorales, mais de la résultante de la carte électorale établie en 1981 par une commission impartiale, et de l'accroissement de la population survenu depuis.

Dans l'ensemble, la carte électorale établie par *The Representation Act, 1989* indique une tendance dans les circonscriptions «urbaines» à compter plus d'électeurs que les circonscriptions «rurales». En effet, les circonscriptions urbaines ont généralement un peu plus d'électeurs que le quotient alors que les circonscriptions rurales en comptent généralement un peu moins. Cependant les différences ne sont pas considérables et il y a des exceptions. Plusieurs circonscriptions rurales sont plus grandes que certaines circonscriptions urbaines. De plus, les circonscriptions «rurales» ne sont pas nécessairement des circonscriptions «agricoles». Plusieurs centres relativement importants, dont Weyburn, Estevan, Melville, Nipawin, Melfort et Lloydminster, sont inclus dans ces circonscriptions «rurales».

La répartition réelle des sièges entre les zones urbaines et les zones rurales se rapproche beaucoup de la répartition de la population dans ces zones. Les zones rurales ont 53 pour 100 des sièges et 50,4 pour 100 de la population. Les zones urbaines ont 43,9 pour 100 des sièges et 47,6 pour 100 de la population. Par conséquent, les zones rurales sont quelque peu surreprésentées et les zones urbaines sont quelque peu sous-représentées, mais ces écarts sont relativement mineurs. Des écarts similaires avaient résulté des répartitions proposées par les Commissions de délimitation des circonscriptions électorales de 1974 et de 1979-1980. Par exemple, le Rapport de

cent of the population. In the 1974 redistribution, urban areas had only 36.1 percent of the seats but 38.9 percent of the population. It is thus seen that the effect of the allocation of seats to urban and rural ridings in the 1989 legislation was mainly to increase the number of urban seats to reflect population increases in urban areas. This belies the suggestion that the 1989 Act was an unjustified attempt to adjust boundaries to benefit the governing party.

The argument that the commission was arbitrarily constrained by the governing legislation may also be criticized on the ground that it assumes an unduly constrained view of *The Electoral Boundaries Commission Act*. Section 20 of the Act sets out the criteria which must govern the electoral map:

20 A commission, in determining the area to be included in and in fixing the boundaries of all proposed constituencies:

(a) shall determine a constituency population quotient by dividing the voter population by the number of constituencies, from which:

- (i) no proposed southern constituency population shall vary, subject to section 14 and subsection 15(1), by more than 25%;
- (ii) no proposed northern constituency population shall vary, subject to section 14, by more than 50%;

(b) may use the allowable variation from the population quotient mentioned in clause (a) to accommodate:

- (i) the sparsity, density or relative rate of growth of population of any proposed constituency;
- (ii) any special geographic features including size and means of communication between the various parts of the proposed constituency;
- (iii) the community or diversity of interests of the population, including variations in the requirements of the population of any proposed constituency; and
- (iv) other similar or relevant factors.

1979-1980 n'accordait que 40,6 pour 100 des sièges aux zones urbaines qui comptaient 42,6 pour 100 de la population. Dans la nouvelle répartition de 1974, les zones urbaines n'avaient que 36,1 pour 100 des sièges mais 38,9 pour 100 de la population. On voit donc que la répartition des sièges entre les circonscriptions urbaines et rurales dans la loi de 1989 a eu principalement pour effet d'augmenter le nombre de sièges urbains afin de refléter l'accroissement de la population dans les zones urbaines. Cela contredit la prétention que la loi de 1989 était une tentative injustifiée de modifier les limites des circonscriptions pour avantager le parti au pouvoir.

L'argument des contraintes arbitraires imposées à la commission par la loi applicable peut aussi être critiqué en ce qu'il témoigne d'une interprétation indûment restrictive de *The Electoral Boundaries Commission Act*. L'article 20 de la Loi établit les normes qui doivent régir la carte électorale:

[TRADUCTION] 20 Pour fixer la superficie et les limites des circonscriptions proposées, une commission:

a) doit déterminer le quotient de circonscription électorale en divisant le chiffre de la population électorale par le nombre de circonscriptions, quotient dont ne doit s'écarter:

- i) de plus de 25 % la population des circonscriptions méridionales envisagées, sous réserve de l'article 14 et du paragraphe 15(1);
- ii) de plus de 50 % la population des circonscriptions septentrionales envisagées, sous réserve de l'article 14;

b) peut utiliser l'écart permis par rapport au quotient visé à l'alinéa a) pour tenir compte des facteurs suivants:

- i) la densité ou le taux relatif de croissance de la population de toute circonscription envisagée;
- ii) toute caractéristique géographique particulière, y compris les dimensions de la circonscription envisagée et les moyens de communication entre ses diverses parties;
- iii) la similitude ou la diversité des intérêts de la population, y compris les écarts dans les exigences de la population de toute circonscription envisagée;
- iv) d'autres facteurs semblables ou pertinents.

The Commission adhered to these criteria in setting the boundaries, applying a test consistent with s. 3 of the *Charter* as I have interpreted it, noting at p. 4 of its Final Report:

In the opinion of the Commission, the principle of representation by population is recognized in the legislation by the establishment of a constituency voter population quotient. Clearly the Act by necessary inference implies that such voter population quotient must be the benchmark for all constituencies. The right of the Commission to depart from that quotient is not an absolute one. It is entitled to depart therefrom only for the reasons set forth in the Act and only to the extent that the special circumstances properly permit, and the legislation requires. This was the interpretation followed by the Commission in submitting its Interim Report and in reviewing the representations made whether written or oral, in respect to that Report. [Emphasis added.]

I am satisfied that the proposition that the Commission was unduly constrained by the governing legislation and consequently failed to take into consideration the appropriate factors must fail. The process, viewed as a whole, was fair. The original division between urban and rural ridings was the work of an unimpeded commission; the subsequent adjustment largely reflected population changes, and gave due weight to the principle of voter parity. The fact that the legislature was involved in the readjustment does not in itself render the process arbitrary or unfair, in my view.

I turn then to the contention that the distribution of seats itself violates s. 3 of the *Charter*. As already noted, variances between southern seats fall within plus or minus 25 percent of the provincial quotient. Moreover, the distribution between urban and rural seats closely approximates the actual split between urban and rural population. It remains, however, to consider whether unjustifiable deviations exist with respect to particular ridings in the southern half of the province.

Before examining the electoral boundaries to determine if they are justified, it may be useful to mention some of the factors other than equality of voting power which figure in the analysis. One of the

La Commission a appliqué ces normes en fixant les limites des circonscriptions, appliquant un critère conforme à l'art. 3 de la *Charte* tel que je l'ai interprété, et a noté à la p. 4 de son rapport final:

[TRADUCTION] La Commission est d'avis que le principe de la représentation selon la population est reconnu dans la législation par la création d'un quotient électoral de circonscription. Il est clair que la Loi, par déduction nécessaire, suppose que ce quotient doit être le point de référence pour toutes les circonscriptions. Le droit de la Commission de s'écarter de ce quotient n'est pas absolu. Elle ne peut le faire que pour les motifs exposés dans la Loi, et seulement dans la mesure où les circonstances particulières l'y autorisent, et la loi l'exige. Telle est l'interprétation adoptée par la Commission lorsqu'elle a présenté son Rapport provisoire et qu'elle a étudié les observations faites par écrit ou de vive voix à l'égard du Rapport. [Je souligne.]

Je suis convaincue qu'il faut rejeter la proposition selon laquelle la Commission était indûment assujettie aux contraintes de la loi applicable et a par conséquent omis de prendre en considération les facteurs appropriés. Considéré globalement le processus était équitable. La répartition initiale des circonscriptions rurales et urbaines avait été faite par une commission qui n'était assujettie à aucune contrainte; les modifications ultérieures reflètent en large part les changements démographiques et donnent au principe de l'égalité électorale le poids qui lui revient. La participation du législateur à l'ajustement de la répartition ne rend pas le processus injuste ou arbitraire.

J'en viens alors à la prétention selon laquelle la répartition des sièges elle-même viole l'art. 3 de la *Charte*. Comme on l'a déjà souligné, les divers chiffres de population dans les circonscriptions méridionales ne s'écartent pas de plus de 25 pour 100 du quotient provincial. En outre, la répartition des circonscriptions urbaines et rurales suit de près le partage réel de la population entre les villes et les campagnes. Il reste cependant à considérer si des écarts injustifiables existent dans certaines circonscriptions particulières de la partie méridionale de la province.

Avant d'étudier les limites des circonscriptions électorales pour déterminer si elles sont justifiées, il peut être utile de mentionner certains facteurs, autres que l'égalité du pouvoir électoral, qui interviennent

most important is the fact that it is more difficult to represent rural ridings than urban. The material before us suggests that not only are rural ridings harder to serve because of difficulty in transport and communications, but that rural voters make greater demands on their elected representatives, whether because of the absence of alternative resources to be found in urban centres or for other reasons. Thus the goal of effective representation may justify somewhat lower voter populations in rural areas. Another factor which figured prominently in the argument before us is geographic boundaries; rivers and municipal boundaries form natural community dividing lines and hence natural electoral boundaries. Yet another factor is growth projections. Given that the boundaries will govern for a number of years—the boundaries set in 1989, for example, may be in place until 1996—projected population changes within that period may justify a deviation from strict equality at the time the boundaries are drawn.

Against this background, I turn to the boundaries themselves.

The Commission did not address deviations on a riding by riding basis in its report, contenting itself with a general description of the factors it relied on in establishing the boundaries. It did, however, point out the importance of geography in drawing boundaries in the sparsely populated southwestern areas, where river banks often serve to demarcate distinct regions and communities and additionally affect transportation and the ease of servicing the populace. The Commission also commented specifically on the two ridings showing the greatest deviation, Morse Constituency and Humboldt Constituency. In each case, it provided good reasons in its Final Report, at p. 7, for the degree of variation:

The two proposed constituencies to which criticism was primarily directed were those of Morse and Hum-

dans cette analyse. Un des plus importants tient à ce qu'il est plus difficile de représenter des populations rurales que des populations urbaines. Les documents qui nous ont été présentés indiquent que non seulement les circonscriptions rurales sont plus difficiles à desservir en raison de divers problèmes de transport et de communications, mais aussi que les électeurs ruraux font plus appel à leurs représentants élus soit à cause de l'absence des ressources plus diversifiées dont disposent les centres urbains soit pour d'autres raisons. Ainsi l'objectif de la représentation effective peut justifier l'existence de populations électorales légèrement inférieures dans les régions rurales. Un autre facteur auquel il a été donné une place prééminente devant notre Cour, concernait les frontières géographiques; les rivières et les territoires des municipalités constituent des lignes naturelles de démarcation entre les communautés et par conséquent des limites naturelles de circonscriptions électorales. Il y a aussi le facteur des prévisions démographiques. Puisque les limites sont fixées pour un certain nombre d'années — celles de 1989 pourraient encore être en place en 1996, par exemple — les prévisions démographiques peuvent pour l'ensemble de cette période justifier une dérogation à la stricte égalité à l'époque de la délimitation des circonscriptions.

Dans ce contexte, j'aborde maintenant la question des délimitations elles-mêmes.

La Commission n'a pas étudié les écarts circonscription par circonscription dans son rapport, se contentant d'une description générale des facteurs sur lesquels elle s'est appuyée pour fixer les limites des circonscriptions électorales. Elle a toutefois souligné l'importance des facteurs géographiques dans la fixation des limites dans les zones peu peuplées du Sud-Ouest, où les rivières servent souvent à délimiter des régions et des communautés distinctes et, de plus, ont une incidence sur les transports et la facilité avec laquelle la population est desservie. La Commission a aussi fait des remarques particulières sur les deux circonscriptions comptant le plus grand écart, Morse et Humboldt. Dans chaque cas, elle a donné à la p. 7 de son Rapport final de bonnes explications de l'ampleur de l'écart:

[TRADUCTION] Les deux circonscriptions envisagées faisant principalement l'objet des critiques étaient celles



boldt. Morse has the smallest voter population of any rural constituency and Humboldt has the largest. This is understandable. Morse lies in that area of rural Saskatchewan where there is a sparsity of population whereas Humboldt encompasses an area of the province in which there is a much denser population.

The Commission sees no benefit to be gained by altering the boundaries of Morse constituency. A study of the map will show that the adjoining constituencies are also sparsely settled areas. To add voters to the proposed constituency of Morse would only reduce the voter population in the surrounding constituencies for no beneficial purpose. As well, the northern boundary of the Morse constituency is the South Saskatchewan River, a true natural boundary. Moreover, the constituency of Morse surrounds the City of Swift Current. If satellite villages should develop outside the City of Swift Current, as some people have suggested, the voter population will increase accordingly.

The recommendations made in this Final Report go some distance in reducing voter population in the constituency of Humboldt. The Commission feels that this constituency has reached its optimum population. It is also of the opinion that eventually the central and park area of the province will experience to some extent, the same changes that have occurred in the prairies areas. With the increased use of large equipment, it is likely that farms in that area of Saskatchewan will become larger with consequent loss of population in the future.

A third riding which was criticized was Saskatoon Greystone, with a variance of plus 23 percent, which adjoins Saskatoon Sutherland-University with a variance of minus 24 percent. A view of the electoral map for Saskatoon reveals that Saskatoon Greystone is entirely built up, while Saskatoon Sutherland-University is not. It may be, as the appellant suggests, that the potential for future increases in the population of Saskatoon Sutherland-University is a factor in the discrepancy. On the other hand, the respondent has presented no evidence apart from population figures supporting the contention that the variance between these two ridings is illogical or arbitrary.

I have earlier suggested that population discrepancies between urban and rural ridings are not great. In

de Morse et de Humboldt. Morse a la population électorale la plus petite de toutes les circonscriptions rurales alors que Humboldt a la plus grande. Cela est compréhensible. Morse est située dans la partie peu peuplée de la Saskatchewan rurale, et Humboldt renferme une région de la province dont la population est beaucoup plus dense.

La Commission ne voit aucun avantage à modifier les limites de la circonscription de Morse. L'étude de la carte révèle que les circonscriptions avoisinantes sont aussi des zones peu peuplées. Augmenter le nombre des électeurs dans la circonscription de Morse ne ferait que réduire leur nombre dans les circonscriptions voisines à aucune fin utile. De plus, la limite nord de la circonscription de Morse, la Saskatchewan Sud, constitue une limite naturelle. De plus, la circonscription de Morse englobe la ville de Swift Current. Si des villages satellites se développent à l'extérieur de la ville de Swift Current, comme certains l'ont suggéré, la population électorale augmentera en conséquence.

Les recommandations du Rapport final contribuent dans une certaine mesure à réduire la population électorale de la circonscription de Humboldt. La Commission estime que cette circonscription a atteint sa population optimale. Elle est aussi d'avis qu'un jour la partie centrale de la province et son parc subiront, dans une certaine mesure, les mêmes changements qui se sont produits dans les zones des prairies. Avec l'usage accru du matériel lourd, il est vraisemblable que les exploitations agricoles dans cette partie de la Saskatchewan prendront de l'extension, entraînant à l'avenir une diminution de la population.

Une troisième circonscription critiquée est celle de Saskatoon Greystone, avec un écart positif de 23 pour 100, qui est contiguë à la circonscription de Saskatoon Sutherland-University, avec un écart négatif de 24 pour 100. L'examen de la carte électorale de Saskatoon révèle que Saskatoon Greystone est totalement construite alors que Saskatoon Sutherland-University ne l'est pas. Il se peut, comme le laisse entendre l'appelant, que les possibilités d'accroissement de la population de Saskatoon Sutherland-University soit un facteur de l'écart. Par contre, l'intimé n'a soumis aucune preuve à part les données démographiques à l'appui de sa prétention que l'écart entre ces deux circonscriptions est illogique ou arbitraire.

J'ai indiqué plus haut que les différences de population entre les circonscriptions urbaines et rurales

so far as the election map may separate certain dormitory communities from adjacent rural ridings, it is not self-evident that such communities should be joined with the communities where the residents worked. Their interests may differ from those of the community in the urban riding, and their inclusion might sweep in truly rural residents.

In summary, the evidence supplied by the province is sufficient to justify the existing electoral boundaries. In general, the discrepancies between urban and rural ridings is small, no more than one might expect given the greater difficulties associated with representing rural ridings. And discrepancies between particular ridings appear to be justified on the basis of factors such as geography, community interests and population growth patterns. It was not seriously suggested that the northern boundaries are inappropriate, given the sparse population and the difficulty of communication in the area. I conclude that a violation of s. 3 of the *Charter* has not been established.

In these circumstances, it is unnecessary to consider s. 1.

#### V Conclusion

I would allow the appeal and answer both Reference Questions in the negative.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have read the reasons of my colleagues, Justice Cory and Justice McLachlin, and while I agree with the result reached by McLachlin J. and substantially with her reasons, I would approach the interpretation of s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* differently.

In my opinion, in using the simple words in s. 3 that “[e]very citizen . . . has the right to vote . . .”, the framers did not intend to invent or give birth to a right not previously enjoyed by the citizens of

n’étaient pas considérables. Dans la mesure où la carte électorale sépare peut-être des communautés-dortoirs de circonscriptions rurales voisines, il n’est pas absolument évident que ces communautés devraient être réunies aux communautés dans lesquelles leurs habitants travaillent. Leurs intérêts peuvent être différents de ceux de la circonscription urbaine et leur réunion pourrait englober une part de population rurale réelle.

En résumé, la preuve soumise par la province est suffisante pour justifier les limites existantes des circonscriptions électorales. En règle générale, les écarts de population entre les circonscriptions urbaines et rurales sont petits et ne dépassent pas ce à quoi on peut s’attendre compte tenu des plus grandes difficultés que comporte la représentation des régions rurales. Les écarts entre certaines circonscriptions données semblent être justifiés par des facteurs tels que les caractéristiques géographiques, les intérêts de la collectivité et les tendances démographiques. On n’a pas sérieusement prétendu que les limites septentrionales étaient inadéquates, étant donné la faible densité de la population et les problèmes de communication dans la région. Je conclus que la violation de l’art. 3 de la *Charte* n’a pas été établie.

Dans ces circonstances, il n’est pas nécessaire d’étudier l’article premier.

#### V Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et je répondrais par la négative aux deux questions constitutionnelles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J’ai lu les motifs de mes collègues, les juges Cory et McLachlin, et quoique je souscrive à la conclusion du juge McLachlin et à l’essentiel de ses motifs, j’aborderais différemment l’interprétation de l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À mon avis, en utilisant les simples mots «[t]out citoyen [...] a le droit de vote . . .», à l’art. 3, les rédacteurs n’avaient pas l’intention d’inventer ou de créer un droit dont ne jouissaient pas auparavant les

Canada. Indeed, it was frankly conceded in argument that the right to vote had existed in Saskatchewan prior to 1982. Accordingly, in interpreting s. 3, the primary inquiry is to determine on what principles the right to vote, which has existed in this country for many years, was based.

A review of the historical background shows that not only in Saskatchewan, but in other provinces as well, the drawing of electoral boundaries has been governed by the attempt to achieve voter equality with liberal allowances for deviations based on the kinds of considerations which are enumerated in s. 20 of *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1. Deviations were avoided which deprived voters of fair and effective representation. Under the *Charter*, the deviations are subjected to judicial scrutiny and must not be such as to deprive voters of fair and effective representation.

The questions raised in this appeal require us to opine on the legislative result of the process embodied in *The Electoral Boundaries Commission Act*. The product of this process is contained in *The Representation Act*, 1989, S.S. 1989-90, c. R-20.2. My colleague Cory J. is of the view that once an independent boundaries commission was established, it was incumbent upon the Saskatchewan legislature to ensure that the commission was able to fulfill its mandate freely without unnecessary interference such as that contained in s. 14 of *The Electoral Boundaries Commission Act*. With respect, I cannot agree. Cory J.'s position assumes that there is some kind of constitutional guarantee for the process. It was not necessary for the Saskatchewan legislature to create an independent commission, and, had it simply legislated the impugned boundaries, the process itself would not have been subject to judicial scrutiny. Having chosen to delegate the task to the commission, there is no reason why the legislature should be prohibited from laying down tight guidelines delineating the powers to be conferred on the commission.

With respect to the guidelines, they are set out in ss. 14 and 20 of *The Electoral Boundaries Commis-*

citoyens du Canada. En fait, il a été franchement admis au cours des débats que le droit de vote existait en Saskatchewan avant 1982. En conséquence, dans l'interprétation de l'art. 3, il faut se demander en tout premier lieu sur quels principes était fondé le droit de vote qui existe au Canada depuis de nombreuses années.

L'étude historique de la question montre que, non seulement en Saskatchewan, mais dans d'autres provinces également, la délimitation des circonscriptions électorales visait à établir l'égalité des électeurs tout en acceptant libéralement des écarts fondés sur le genre de considérations qui sont énumérées à l'art. 20 de *The Electoral Boundaries Commission Act*, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1. Les différences privant les électeurs d'une représentation équitable et effective étaient évitées. Sous le régime de la *Charte*, les différences sont assujetties à l'examen judiciaire et ne doivent pas priver les électeurs d'une représentation équitable et effective.

Les questions soulevées dans le présent pourvoi nous obligent à nous prononcer sur le résultat législatif du processus prévu dans *The Electoral Boundaries Commission Act*. L'issue du processus est incluse dans *The Representation Act*, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-20.2. Selon mon collègue le juge Cory, une fois établie une commission indépendante de délimitation des circonscriptions, il incombait à l'assemblée législative de la Saskatchewan de s'assurer que cette commission était en mesure de s'acquitter librement de son mandat sans intervention inutile telles les dispositions de l'art. 14 de *The Electoral Boundaries Commission Act*. Avec égards, je ne suis pas d'accord. La position adoptée par le juge Cory présuppose l'existence d'une sorte de garantie constitutionnelle du processus. Il n'était pas nécessaire pour l'assemblée législative de la Saskatchewan de créer une commission indépendante et, eût-elle simplement établi par une loi les limites contestées, le processus lui-même n'aurait pas été assujetti à l'examen judiciaire. Puisqu'elle a choisi de déléguer cette tâche à la Commission, il n'y a aucune raison d'interdire à la législature de fixer des lignes directrices strictes définissant les pouvoirs à conférer à la Commission.

Ces directives sont énoncées aux articles 14 et 20 de *The Electoral Boundaries Commission Act*. Les

*sion Act*. The factors in s. 20 could be applied in such a way as to produce deviations that deprived voters of fair and effective representation but equally, they could be applied to achieve that objective. Similarly, while s. 14 of *The Electoral Boundaries Commission Act*, which mandates a fixed number of rural and urban ridings, could have resulted in producing variations from the objective which were so extreme as to amount to a breach of the right to vote, it did not have that effect in this case. We are not, therefore, concerned in this case with the constitutional validity of the factors in s. 20 or s. 14 but with the effect that their application has produced.

I am in agreement with the finding of Cory J. that the electoral boundaries established by the 1981 map are fair and did not violate the right to vote. The boundaries proposed in *The Representation Act, 1989* adopt the existing electoral map of Saskatchewan with the addition of two urban ridings. The addition of the two urban constituencies reflects the increase in voter population in the relevant areas. The extent of deviation from strict voter equality, as well as the reasons for those deviations, are comparable to those which inspired the 1981 map. In these circumstances, it cannot be said that the deviations established by *The Representation Act, 1989* are so extensive as to deny fair and effective representation. In these circumstances, they do not infringe the right to vote entrenched in s. 3 of the *Charter*.

Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by McLachlin J.

*Appeal allowed, LAMER C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the respondent: Roger Carter, Saskatoon.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

facteurs énumérés à l'art. 20 pourraient être appliqués de manière à créer des différences privant les électeurs d'une représentation équitable et effective, mais ils peuvent tout aussi bien être appliqués pour atteindre cet objectif. De la même façon, l'art. 14 de *The Electoral Boundaries Commission Act*, qui établit un nombre fixe de circonscriptions rurales et urbaines, aurait pu avoir pour résultat de créer des écarts par rapport à cet objectif suffisamment importants pour constituer une violation du droit de vote, mais il n'a pas eu cet effet en l'espèce. Par conséquent, l'espèce ne concerne pas la validité constitutionnelle des facteurs énumérés aux art. 20 ou 14, mais plutôt l'effet de leur application.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Cory selon laquelle les limites des circonscriptions électorales établies par la carte de 1981 sont équitables et ne violent pas le droit de vote. Les limites proposées par *The Representation Act, 1989* ont adopté la carte électorale existante de la Saskatchewan et y ont ajouté deux circonscriptions urbaines. Ces deux circonscriptions supplémentaires correspondent à l'accroissement de la population électorale des régions en cause. L'ampleur et les justifications de l'écart par rapport à la stricte égalité des électeurs sont comparables à ce qui a abouti à la carte de 1981. Dans ces circonstances, on ne peut pas dire que les différences établies par *The Representation Act, 1989* sont considérables au point de priver les électeurs d'une représentation équitable et effective. Par conséquent, elles ne portent pas atteinte au droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte*.

Je trancherais donc le présent pourvoi de la façon proposée par le juge McLachlin.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intimé: Roger Carter, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Paul D. Dicks, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Paul D. Dicks, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: The Minister of Justice of the Northwest Territories, Yellowknife.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.*

*Solicitors for the intervener the Minister of Justice of the Yukon: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le ministre de la Justice du Yukon: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Solicitor for the intervener John F. Conway: John F. Conway, Regina.*

*Procureur de l'intervenant John F. Conway: John F. Conway, Regina.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Robert D. Holmes, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: Robert D. Holmes, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners Douglas Billingsley, Wilson McBryan, Leonard Jason and Daniel Wilde: Donald J. Boyer, Edmonton.*

*Procureur des intervenants Douglas Billingsley, Wilson McBryan, Leonard Jason et Daniel Wilde: Donald J. Boyer, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Association of Municipal Districts & Counties: Brownlee Fryett, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alberta Association of Municipal Districts & Counties: Brownlee Fryett, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the cities of Edmonton and Grande Prairie: Timothy J. Christian and June M. Ross, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes les villes d'Edmonton et de Grande Prairie: Timothy J. Christian et June M. Ross, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener Equal Justice for All: Larry W. Kowalchuk, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenante Equal Justice for All: Larry W. Kowalchuk, Saskatoon.*

**The Alberta Union of Provincial  
Employees** *Appellant*

v.

**The University Hospitals Board** *Respondent*

INDEXED AS: ALBERTA UNION OF PROVINCIAL  
EMPLOYEES v. UNIVERSITY HOSPITALS BOARD

File No.: 21775.

1991: June 10.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and  
Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Labour relations — Arbitration — Judicial review —  
Collective agreement — Reclassification — Whether  
arbitration board's interpretation of collective agree-  
ment patently unreasonable.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of  
Appeal (1989), 102 A.R. 62, affirming a judgment of  
the Court of Queen's Bench (1988), 91 A.R. 236,  
which dismissed appellants' application to set aside a  
decision of an arbitration board. Appeal dismissed.

*G. Brent Gawne and Janet Dixon*, for the appel-  
lant.

*Stephen D. Hillier*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We need not hear from you, Mr.  
Hillier. We are all of the view that this appeal fails.

At the outset it is to be remembered that the issue  
in an appeal of the exercise of judicial review is, as  
has been agreed upon by both parties, whether the  
Board's interpretation of the collective agreement  
and its decision were patently unreasonable.

**The Alberta Union of Provincial  
Employees** *Appelante*

c.

**The University Hospitals Board** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ALBERTA UNION OF PROVINCIAL  
EMPLOYEES c. UNIVERSITY HOSPITALS BOARD

N° du greffe: 21775.

1991: 10 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka,  
Gonthier, Cory et Iacobucci.

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

*Relations de travail — Arbitrage — Contrôle judi-  
ciaire — Convention collective — Reclassification —  
L'interprétation donnée à la convention collective par le  
conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonna-  
ble?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de  
l'Alberta (1989), 102 A.R. 62, qui a confirmé un  
jugement de la Cour du Banc de la Reine (1989), 91  
A.R. 236, qui avait rejeté la demande de l'appelante  
d'annuler une décision d'un conseil d'arbitrage.  
Pourvoi rejeté.

*G. Brent Gawne et Janet Dixon*, pour l'appelante.

*Stephen D. Hillier*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire  
de vous entendre M<sup>e</sup> Hillier. Nous sommes tous  
d'avis de ne pas faire droit au pourvoi.

D'entrée de jeu il faut se rappeler que la question  
en litige dans un appel contre l'exercice du contrôle  
judiciaire est, comme en sont convenues les deux par-  
ties, de savoir si l'interprétation donnée à la conven-  
tion collective par le Conseil et sa décision étaient  
manifestement déraisonnables.

We agree with Mr. Justice Gallant that, while there is another reasonable construction of s. 19.05 [of the collective agreement], even possibly a better one than that adopted by the Board, that which was in effect adopted by the Board is one that could arguably be adopted and, as such, cannot be said to be patently unreasonable. Nonetheless, unilateral reclassification of employees, where it is not expressly addressed in the collective agreement, with its potentially substantial effects not only on wages but also on seniority, is something that will ordinarily be undertaken only with great care and fairness and not as a routine matter.

The appeal is, therefore, dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

Nous sommes d'accord avec le juge Gallant que, bien qu'il y ait une autre interprétation raisonnable de l'art. 19.05 [de la convention collective], peut-être même meilleure que celle que le Conseil a adoptée, on pourrait soutenir que celle qu'il a en fait adoptée pouvait l'être et, comme telle, on ne peut pas dire qu'elle est manifestement déraisonnable. Quoi qu'il en soit, la reclassification unilatérale des employés, lorsqu'elle n'est pas traitée expressément dans la convention collective, demeure, avec les conséquences importantes qu'elle risque d'avoir non seulement sur les salaires mais aussi sur l'ancienneté, une question qu'il faut habituellement abordée avec beaucoup de soin et d'équité et non comme une affaire courante.

Le pourvoi est par conséquent rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: G. Brent Gawne & Associates, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,<sup>8</sup>  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1991 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 2**

**Cited as [1991] 2 S.C.R. 203-399**

**Renvoi [1991] 2 R.C.S. 203-399**

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel on appeals are advised that the Court requires copies of authorities to be relied upon by counsel in their argument, prior to the date of the hearing of the appeal. In addition to the requirements of Rule 37(2), the following guidelines must be observed:

1. The appellant(s) and the respondent(s) shall file a joint book of authorities. In addition, interveners shall file a joint book of authorities which shall not duplicate anything included in the joint book of authorities filed by the appellant and the respondent.
2. Counsel shall photocopy only those authorities which are reasonably necessary in the presentation of the appeal and reproduce only those parts of a case or other authority which are relevant. The books of authorities may be printed on both sides of the pages.
3. Each book must include an index of the authorities reproduced therein and each case should be marked with a tab (either numbered or lettered). Pages of the book of authorities do not have to be numbered if the page numbers of each authority are clearly shown.
4. The passages to be relied upon in each of the authorities should be indicated by page references and highlighted by underlining the relevant passage or by marking the passage along the margin of the text.
5. The appellant(s) and the respondent(s) shall file their book of authorities no later than two weeks, and the interveners no later than one week, before the hearing of the appeal.
6. In those appeals where there is disagreement as to the contents of the joint book(s) of authorities, all parties and interveners may attend before the Registrar or a Judge to settle the question of what is to be included.

The Registrar is authorized to refuse books of authorities that do not comply with this directive.

This Practice Notice replaces the Practice Notices of September, 1989 and April, 1991.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés que la Cour exige que soient déposées avant la date d'audition de l'appel les copies des arrêts et ouvrages sur lesquels ils se fondent. Outre les exigences du paragraphe 37(2) des Règles, les avocats doivent respecter les directives suivantes:

1. Les appelants et les intimés déposent un recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine. En outre, les intervenants déposent un recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine sans y reproduire les textes inclus dans le recueil déposé par l'appellant et l'intimé.
2. Les avocats photocopient seulement les arrêts et ouvrages qui seront normalement nécessaires à la présentation de l'appel et reproduisent uniquement les extraits pertinents de ces arrêts ou ouvrages. Les textes peuvent être photocopiés recto verso.
3. Chaque recueil comporte une table des matières et chaque texte est marqué d'un onglet portant une mention numérique ou alphabétique. La numérotation des pages du recueil n'est pas requise si la pagination de chaque texte est claire.
4. Les passages cités doivent être indiqués par des renvois aux pages et soulignés dans le texte ou marqués dans la marge.
5. Les appelants et les intimés déposent leur recueil de jurisprudence et de doctrine au plus tard deux semaines avant l'audition de l'appel et les intervenants au plus tard une semaine avant l'audition de l'appel.
6. Si les parties ou intervenants ne s'entendent pas sur le contenu des recueils conjoints, ils peuvent se présenter devant le registraire ou un juge qui tranchera la question.

Le registraire peut refuser les recueils de jurisprudence et de doctrine non conformes à cet avis.

Le présent avis remplace les avis de septembre 1989 et d'avril 1991.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretary  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

### **Geffen v. Goodman Estate..... 353**

Trusts and trustees — Undue influence — Woman placing property in trust — Step to create trust initiated by settlor's brothers — Settlor suffering mental problem and at times dependent on brothers — Trust directing how property to be disposed of on settlor's death — Settlor bequeathing property other than as provided by trust — Whether presumption of undue influence applicable.

Costs — Trustees — Action started to defend against allegation of fraud on part of trustees — Action successful — Whether trustees entitled to costs out of the trust property.

### **Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.. 211**

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether Charter applies — Colleges

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire  
LYNE RENAUD

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

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

---

## SOMMAIRE

### **Geffen c. Succession Goodman ..... 353**

Fiducies et fiduciaires — Abus d'influence — Bien mis en fiducie par une femme — Dispositions pour créer la fiducie prises à l'origine par les frères de la disposante — Disposante souffrant de problèmes mentaux et parfois à la charge de ses frères — Fiducie indiquant comment disposer du bien au décès de la disposante — La disposante a légué son bien d'une manière différente de celle prévue dans la fiducie — La présomption d'abus d'influence est-elle applicable?

Dépens — Fiduciaires — Action intentée pour répondre à une allégation de fraude de la part des fiduciaires — Réussite de l'action — Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?

### **Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario..... 211**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Demande — Convention collective intervenue entre un syndicat et un col-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, s. 53 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

### **R. v. A.S.U.**..... 204

Criminal law — Appeal — Trial judge's reasons silent as to evidence adduced on accused's behalf — Whether Court of Appeal erred in holding those reasons disclosed that all the evidence was considered and appreciated — Whether Court of Appeal had erred in law in inferring that the trial judge had assessed and rejected the credibility of the defence witnesses.

### **R. v. Desfossés**..... 207

Criminal law — Evidence — Possession of another person's credit card — Decision on voir dire disallowing evidence that credit card in another person's name found in appellant's residence — Trial judge not erring on question of law alone — Court of Appeal erring in allowing Crown's appeal.

### **R. v. Phillips; R. v. Easton**..... 209

Criminal law — Sentencing — Sequence of sentences — Sentences for escaping lawful custody made consecutive to newly imposed sentences — Certiorari sought to quash escape sentences — Court of Appeal reversing sequence to make new sentences consecutive to escape sentences — Appeals dismissed.

### **R. v. Sheridan**..... 205

Criminal law — Defences — Provocation — Accused charged with first degree murder but convicted of manslaughter on basis that defence of provocation had been made out — Majority of appeal court finding that subjective test for provocation not met and ordering new trial — Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

lège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — La Charte s'applique-t-elle? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 53 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

### **R. c. A.S.U.**..... 204

Droit criminel — Appel — Les motifs du juge du procès ne disent rien sur la preuve produite au nom de l'accusé — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que ces motifs révélaient que toute la preuve avait été examinée et évaluée? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en inférant que le juge du procès a évalué la crédibilité des témoins à décharge pour ensuite conclure qu'ils n'étaient pas dignes de foi?

### **R. c. Desfossés**..... 207

Droit criminel — Preuve — Possession de la carte de crédit d'une autre personne — Décision suite à un voir-dire d'écarter la preuve qu'une carte de crédit au nom d'une autre personne a été trouvée dans la résidence de l'appelant — Le juge du procès n'a pas erré sur une question de droit seulement — La Cour d'appel a eu tort d'accueillir l'appel du ministère public.

### **R. c. Phillips; R. c. Easton**..... 209

Droit criminel — Détermination de la peine — Ordre des sentences — Sentences pour s'être évadé d'une garde légale imposées consécutivement à des sentences nouvellement imposées — Demande de certiorari visant l'annulation des sentences relatives à l'évasion — La Cour d'appel a changé l'ordre des sentences de manière à rendre les nouvelles sentences consécutives à celles imposées pour évasion — Pourvois rejetés.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Vanier (City) v. Canac-Marquis Grenier Ltée ..... 203**

Expropriation — Municipal law — Partial expropriation of immovable property — Expropriated party seeking total expropriation — Interpretation of s. 65 of the Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Sheridan..... 205**

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Prévenu accusé de meurtre au premier degré mais déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au motif que la défense de provocation avait été établie — La Cour d'appel à la majorité a conclu qu'il n'avait pas été satisfait au critère subjectif de la provocation et a ordonné la tenue d'un nouveau procès — Pourvoi accueilli.

### **Vanier (Ville) c. Canac-Marquis Grenier Ltée..... 203**

Expropriation — Droit municipal — Expropriation partielle d'un immeuble — Expropriation totale demandée par l'expropriée — Interprétation de l'art. 65 de la Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24.

**Canac-Marquis Grenier Ltée** Appellant

v.

**City of Vanier** RespondentINDEXED AS: VANIER (CITY) v. CANAC-MARQUIS  
GRENIER LTÉE

File No.: 21982.

1991: June 17.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC*Expropriation — Municipal law — Partial expropria-  
tion of immovable property — Expropriated party seek-  
ing total expropriation — Interpretation of s. 65 of the  
Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24.*APPEAL from a judgment of the Quebec Court of  
Appeal, [1990] R.J.Q. 1201, [1990] R.D.I. 445,  
reversing an order of the Court of Quebec, Expropria-  
tion Division, J.E. 89-925. Appeal allowed.*Richard Laflamme*, for the appellant.*Jacques Tremblay* and *Catherine Stein*, for the  
respondent.English version of the judgment of the Court deliv-  
ered orally byLAMER C.J.—We are ready to render judgment  
forthwith.We are all of the view that the appeal should be  
allowed, the judgment of the Court of Appeal set  
aside and the decision of the Court of Quebec, Expropria-  
tion Division, restored, essentially for the reasons  
given therein, with costs throughout.*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Marquis, Huot & Asso-  
ciés, Québec.**Solicitors for the respondent: Pothier, Bégin, Ste-  
Foy.***Canac-Marquis Grenier Ltée** Appelante

c.

**a Ville de Vanier** IntiméeRÉPERTORIÉ: VANIER (VILLE) c. CANAC-MARQUIS  
GRENIER LTÉE

N° du greffe: 21982.

**b** 1991: 17 juin.Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et  
McLachlin.**c** EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC*Expropriation — Droit municipal — Expropriation  
partielle d'un immeuble — Expropriation totale deman-  
dée par l'expropriée — Interprétation de l'art. 65 de la  
Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24.*POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du  
Québec, [1990] R.J.Q. 1201, [1990] R.D.I. 445, qui a  
infirmé une ordonnance de la Chambre d'expropria-  
tion de la Cour du Québec, J.E. 89-925. Pourvoi  
accueilli.*Richard Laflamme*, pour l'appelante.**f** *Jacques Tremblay* et *Catherine Stein*, pour l'inti-  
mée.**g** Le jugement de la Cour a été rendu oralement parLE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes prêts à  
rendre jugement séance tenante.**h** Nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi,  
de casser le jugement de la Cour d'appel et de rétablir  
la décision de la Cour du Québec, Chambre de l'ex-  
propriation, pour l'essentiel des motifs y énoncés,  
avec dépens dans toutes les cours.**i** *Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appelante: Marquis, Huot & Asso-  
ciés, Québec.***j** *Procureurs de l'intimée: Pothier, Bégin, Ste-Foy.*

**A.S.U. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. A.S.U.

File No.: 22024.

1991: June 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Appeal — Trial judge's reasons silent as to evidence adduced on accused's behalf — Whether Court of Appeal erred in holding those reasons disclosed that all the evidence was considered and appreciated — Whether Court of Appeal had erred in law in inferring that the trial judge had assessed and rejected the credibility of the defence witnesses.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal dismissing an appeal against conviction by Rathgeber Prov. Ct. J. and allowing the Crown's appeal against the sentence imposed. Appeal dismissed.

*M. C. Shumiatcher, Q.C., and Warren Holmes, for the appellant.*

*Ken W. McKay, Q.C., for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. McKay. This is an appeal as of right. We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Shumiatcher-Alberts, Regina.*

*Solicitor for the respondent: Brian Barrington-Foote, Regina.*

**A.S.U. Appellant**

c.

**a Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. A.S.U.

N° du greffe: 22024.

b 1991: 18 juin.

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

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Appel — Les motifs du juge du procès ne disent rien sur la preuve produite au nom de l'accusé — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que ces motifs révélaient que toute la preuve avait été examinée et évaluée? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en inférant que le juge du procès a évalué la crédibilité des témoins à décharge pour ensuite conclure qu'ils n'étaient pas dignes de foi?*

e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Rathgeber de la Cour provinciale et qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre la sentence imposée. Pourvoi rejeté.

*M. C. Shumiatcher, c.r., et Warren Holmes, pour l'appellant.*

g *Ken W. McKay, c.r., pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

h LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> McKay. Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exprimés par la majorité en Cour d'appel.

i *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Shumiatcher-Alberts, Regina.*

j *Procureur de l'intimée: Brian Barrington-Foote, Regina.*

**Gordon Alexander Sheridan** *Appellant***Gordon Alexander Sheridan** *Appellant*

v.

c.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

INDEXED AS: R. v. SHERIDAN

RÉPERTORIÉ: R. c. SHERIDAN

File No.: 21912.

<sup>b</sup> N° du greffe: 21912.

1991: June 18.

1991: 18 juin.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

<sup>c</sup> Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

*Criminal law — Defences — Provocation — Accused charged with first degree murder but convicted of manslaughter on basis that defence of provocation had been made out — Majority of appeal court finding that subjective test for provocation not met and ordering new trial — Appeal allowed.*

<sup>d</sup> *Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Prévenu accusé de meurtre au premier degré mais déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au motif que la défense de provocation avait été établie — La Cour d'appel à la majorité a conclu qu'il n'avait pas été satisfait au critère subjectif de la provocation et a ordonné la tenue d'un nouveau procès — Pourvoi accueilli.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 105 A.R. 122, 55 C.C.C. (3d) 313, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal by Cooke J. on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 105 A.R. 122, 55 C.C.C. (3d) 313, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé d'une accusation de meurtre au premier degré prononcé par le juge Cooke et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Brian A. Beresh and Marvin R. Bloos, for the appellant.*

<sup>g</sup> *Brian A. Beresh et Marvin R. Bloos, pour l'appellant.*

*K. Tjosvold, for the respondent.*

<sup>h</sup> *K. Tjosvold, pour l'intimée.*

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal came to us as of right on account of a dissent on a point of law in the Court of Appeal.

<sup>i</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi nous est soumis de plein droit en raison d'une dissidence sur un point de droit en Cour d'appel.

We are all of the view to allow this appeal for the reasons of Mr. Justice Foisy, dissenting in the Court of Appeal.

<sup>j</sup> Nous sommes tous d'avis d'accueillir l'appel pour les motifs exprimés par le juge Foisy, dissident en Cour d'appel.



The appeal is accordingly allowed and the verdict of the trial judge is restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.*

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

Le pourvoi est en conséquence accueilli et le verdict du juge du procès rétabli.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.*

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

**Raymond Desfossés** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DESFOSSÉS

File No.: 21604.

1991: June 25.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Possession of another person's credit card — Decision on voir dire disallowing evidence that credit card in another person's name found in appellant's residence — Trial judge not erring on question of law alone — Court of Appeal erring in allowing Crown's appeal.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1991), 35 Q.A.C. 77, allowing an appeal from an acquittal found by Langlois J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

*J. Arthur Cogan and Jack Waissman*, for the appellant.

*Jacques Lacoursière and Jacques Trudel*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—We are ready to render judgment forthwith.

We do not believe that the trial judge erred on a question of law alone. For this reason, the Court of Appeal should have dismissed the Crown's appeal.

We would therefore allow the appeal, quash the order of the Court of Appeal, and restore the acquittal entered at trial.

**Raymond Desfossés** *Appellant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. DESFOSSÉS

N<sup>o</sup> du greffe: 21604.<sup>b</sup> 1991: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Stevenson et Iacobucci.

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

*Droit criminel — Preuve — Possession de la carte de crédit d'une autre personne — Décision suite à un voir-dire d'écarter la preuve qu'une carte de crédit au nom d'une autre personne a été trouvée dans la résidence de l'appelant — Le juge du procès n'a pas erré sur une question de droit seulement — La Cour d'appel a eu tort d'accueillir l'appel du ministère public.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1991), 35 Q.A.C. 77, qui a accueilli l'appel interjeté contre un verdict d'acquiescement prononcé par le juge Langlois et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*J. Arthur Cogan et Jack Waissman*, pour l'appelant.

*Jacques Lacoursière et Jacques Trudel*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes prêts à rendre jugement, séance tenante.

<sup>i</sup> Nous ne croyons pas que le juge de première instance a erré sur une question seulement de droit. Pour cette raison, la Cour d'appel aurait dû rejeter le pourvoi de la Couronne.

<sup>j</sup> Nous accueillons donc le pourvoi, cassons l'ordonnance de la Cour d'appel, et rétablissons le verdict d'acquiescement en première instance.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitor for the appellant: Jack Waissman,  
Montréal.*

*Procureur de l'appelant: Jack Waissman,  
Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Lacoursière,  
Trois-Rivières.*

<sup>a</sup>

*Procureur de l'intimée: Jacques Lacoursière,  
Trois-Rivières.*

**Ralph Wayne Phillips** *Appellant*

v.

**The Attorney General for Ontario** *Respondent*

and between

**Brent Alexander Easton** *Appellant*

v.

**The Attorney General for Ontario** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PHILLIPS; R. v. EASTON

File Nos.: 21868, 21869.

1991: June 28.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sentencing — Sequence of sentences — Sentences for escaping lawful custody made consecutive to newly imposed sentences — Certiorari sought to quash escape sentences — Court of Appeal reversing sequence to make new sentences consecutive to escape sentences — Appeals dismissed.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from an order of Sirois J. dismissing the appellant Phillips' application to quash a sentence imposed on him. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 8 W.C.B. (2d) 206, allowing an appeal from an order of Yates J. quashing a sentence imposed on the appellant Easton. Appeal dismissed.

*Fergus J. O'Connor and Peter McCullough*, for the appellants.

**Ralph Wayne Phillips** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Le procureur général de l'Ontario** *Intimé*

et entre

<sup>b</sup> **Brent Alexander Easton** *Appelant*

c.

<sup>c</sup> **Le procureur général de l'Ontario** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. PHILLIPS; R. c. EASTON

<sup>d</sup> Nos du greffe: 21868, 21869.

1991: 28 juin.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

<sup>f</sup> *Droit criminel — Détermination de la peine — Ordre des sentences — Sentences pour s'être évadé d'une garde légale imposées consécutivement à des sentences nouvellement imposées — Demande de certiorari visant l'annulation des sentences relatives à l'évasion — La Cour d'appel a changé l'ordre des sentences de manière à rendre les nouvelles sentences consécutives à celles imposées pour évasion — Pourvois rejetés.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel interjeté contre une ordonnance du juge Sirois qui avait rejeté la requête de l'appelant Phillips visant à faire annuler une sentence qui lui avait été imposée. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 8 W.C.B. (2d) 206, qui a accueilli l'appel interjeté contre une ordonnance du juge Yates qui avait annulé une sentence imposée à l'appelant Easton. Pourvoi rejeté.

<sup>j</sup> *Fergus J. O'Connor et Peter McCullough*, pour les appelants.

*Jocelyn Van Overbeek*, for the respondent.

*Jocelyn Van Overbeek*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LAMER C.J.—We need not hear from you, Ms. Van  
Overbeek. We are ready to hand down judgment now.

<sup>a</sup>

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire  
de vous entendre M<sup>e</sup> Van Overbeek. Nous sommes  
prêts à rendre jugement séance tenante.

We find no error in the majority judgments of the  
Court of Appeal and accordingly these two appeals  
are dismissed.

<sup>b</sup>

Il n'y a, à notre avis, aucune erreur dans les juge-  
ments de la Cour d'appel, rendus à la majorité, et les  
deux appels sont donc rejetés.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitor for the appellants: Fergus J. O'Connor,*  
*Kingston.*

<sup>c</sup>

*Procureur des appelants: Fergus J. O'Connor,*  
*Kingston.*

*Solicitor for the respondent: Jocelyn Van*  
*Overbeek, Toronto.*

<sup>d</sup>

*Procureur de l'intimé: Jocelyn Van Overbeek,*  
*Toronto.*

**Francis Edmund Mervyn Lavigne** *Appellant*

v.

**Ontario Public Service Employees Union and Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, Canadian Labour Congress, Ontario Federation of Labour, National Union of Provincial Government Employees, Confederation of National Trade Unions and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: LAVIGNE v. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION

File No.: 21378.

1990: June 18, 19; 1991: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether Charter applies — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, s. 53 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(d) of Canadian Charter of*

**Francis Edmund Mervyn Lavigne** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario et le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario** *Intimés*

<sup>b</sup>

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le Congrès du travail du Canada, la Fédération du travail de l'Ontario, le Syndicat national de la fonction publique provinciale, la** <sup>d</sup> **Confédération des syndicats nationaux et l'Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

<sup>e</sup> RÉPERTORIÉ: LAVIGNE c. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ONTARIO

N° du greffe: 21378.

<sup>f</sup> 1990: 18, 19 juin; 1991: 27 juin.

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

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

<sup>g</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Demande — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — La Charte s'applique-t-elle? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 53 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négocia-*

*Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.*

The appellant, a community college teacher, is required to pay dues to respondent Union under a mandatory check-off clause (art. 12) in the collective agreement between it and respondent Council of Regents, the bargaining agent for college employees. Such clauses, which incorporate the Rand formula, are permitted by s. 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*. The appellant objected to certain expenditures made by the Union such as contributions to the NDP and disarmament campaigns and applied for declaratory relief. The trial judge declared that ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act* and the provisions of the collective agreement were of no force and effect in so far as they compelled appellant to pay dues to the union for any purposes not directly related to collective bargaining. He found that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applied, that appellant's freedom of association guaranteed by s. 2(d) had been infringed and that the infringement was not justified under s. 1. There was no infringement of appellant's freedom of expression. The Court of Appeal reversed the judgment. It found that the use of the dues by the Union was a private activity by a private organization and hence beyond the reach of the *Charter*. In any event there had been no infringement of appellant's freedom of association, since he remained free to associate with others and oppose the Union. The court agreed with the trial judge's finding that appellant's freedom of expression was not infringed.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*tion collective — Y a-t-il violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.*

L'appellant, professeur dans un collège communautaire, est tenu de verser des cotisations au syndicat intimé en vertu d'une clause de précompte obligatoire (art. 12) de la convention collective intervenue entre le syndicat et le Conseil des gouverneurs, l'agent négociateur des employés du collège. Ces clauses, qui incorporent la formule Rand, sont permises par l'art. 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*. L'appellant s'est opposé à certaines dépenses faites par le syndicat, comme des contributions au NPD et à des campagnes pour le désarmement, et a présenté une demande de jugement déclaratoire. Le juge de première instance a déclaré que les art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* et les dispositions de la convention collective sont inopérants dans la mesure où ils obligent l'appellant à verser des cotisations au syndicat à l'une ou l'autre des fins qui ne sont pas directement liées à la négociation collective. Il a conclu que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquait, qu'il y avait eu violation de la liberté d'association que l'al. 2d) garantit à l'appellant, et que la violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Il n'y avait pas violation de la liberté d'expression de l'appellant. La Cour d'appel a infirmé le jugement. Elle a conclu que l'utilisation des cotisations par le syndicat était une activité privée d'une organisation privée et donc soustraite à l'application de la *Charte*. De toute façon, le droit de l'appellant à la liberté d'association n'a pas été violé puisqu'il restait libre de s'associer à autrui et de s'opposer au syndicat. La cour a approuvé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a pas eu de violation de la liberté d'expression de l'appellant.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Per La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: The Charter applies to this case since the obligation imposed on Lavigne to pay dues can be attributed to government. While it is the collective agreement, not the legislation, which compels appellant to make contributions to the Union, the Council of Regents is an emanation of government. The Minister exercises full control over all the Council's activities, including collective bargaining with college employees, who are Crown employees, and the Council is therefore a Crown agent. The government, through the Minister, has a power of routine or regular control, and the Council is thus simply part of the fabric of government. Further, the Council's agreement to the inclusion of art. 12 in the collective agreement is, by itself, government conduct. Even assuming that art. 12 was included solely at the Union's request, it is also the result of the Council's undertaking to deduct union dues at source, and the performance of that undertaking must surely qualify as government action. The Charter applies to government even when it engages in activities that are in form "private" or "commercial", and the provision and management of the labour force necessary for the provision of public education cannot in any event be considered commercial.*

The Rand formula violates s. 2(d) of the Charter because it interferes with the freedom from compelled association. The essence of the s. 2(d) guarantee is protection of the individual's interest in self-actualization and fulfillment that can be realized only through combination with others. The protection of this interest and the community interest in sustaining democracy requires that freedom from compelled association be recognized under s. 2(d). Forced association will stifle individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it, and society cannot expect meaningful contribution from groups or organizations that are not truly representative of their memberships' convictions and free choice. Recognition of the freedom of the individual to refrain from association is a necessary counterpart to meaningful association in keeping with democratic ideals. Thus, freedom from forced association and freedom to associate should not be viewed in opposition, one "negative" and the other "positive". They are not distinct rights, but two sides of a bilateral freedom which has as its unifying purpose the advancement of individual aspirations. Full meaning should be given to s. 2(d), even though some aspects of the freedom may be protected by other provisions of the Charter; individual rights and freedoms are overlapping

*Les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: La Charte s'applique en l'espèce puisque l'obligation imposée à Lavigne de verser des cotisations peut être attribuable au gouvernement. Bien que ce soit la convention collective, et non la loi, qui oblige l'appelant à verser des cotisations au syndicat, le Conseil des gouverneurs est une émanation du gouvernement. Le Ministre exerce le plein contrôle sur l'ensemble des activités du Conseil, y compris la négociation collective avec les employés du collège, qui sont des employés de l'État, et le Conseil est donc un mandataire de la Couronne. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, possède un pouvoir de contrôle routinier ou régulier, et le Conseil n'est ainsi qu'une partie de la structure gouvernementale. En outre, l'accord qu'a donné le Conseil à l'inclusion de l'art. 12 dans la convention collective est, en soi, une conduite gouvernementale. Même en supposant que l'art. 12 n'a été inclus qu'à la demande du syndicat, il résulte également de l'engagement du Conseil de percevoir les cotisations syndicales à la source, et l'exécution de cet engagement doit certainement être qualifiée d'action gouvernementale. La Charte s'applique au gouvernement même lorsqu'il exerce des activités qui sont de nature «privée» ou «commerciale», et la fourniture et la gestion de la main-d'œuvre indispensable à l'éducation publique ne peuvent pas de toute façon être considérées comme commerciales.*

La formule Rand viole l'al. 2d) de la Charte parce qu'elle entrave la liberté de ne pas s'associer avec autrui. L'essence de la garantie que comporte l'al. 2d) est la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels, laquelle ne peut être réalisée qu'en association avec autrui. La protection de cette aspiration et de l'intérêt collectif dans le maintien de la démocratie exige que la liberté de ne pas être forcé de s'associer soit reconnue en vertu de l'al. 2d). L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera, et la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre choix de leurs membres. La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques. Par conséquent, la liberté de ne pas être forcé de s'associer et la liberté de s'associer ne devraient pas être perçues comme opposées, l'une étant «négative» et l'autre «positive». Ce ne sont pas des droits distincts, mais les deux revers d'une liberté bilatérale qui a pour objet unificateur de promouvoir les aspirations individuelles. Il faut donner à



rather than discrete. Section 2(d) does not provide protection from all forms of involuntary association, however. It was certainly not intended to protect against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a modern democratic community.

The payment of dues, which is the extent of the appellant's association with the Union, is an associative act within the meaning of s. 2(d) of the *Charter*. Dues are used to further the objects of the Union, and are essential to the Union's right to "maintain" the association, an aspect of the freedom to associate recognized under s. 2(d) of the *Charter*. The freedom of association of an individual member of a bargaining unit will be violated when he or she is compelled to pay dues that are used to support causes, ideological or otherwise, that do not directly relate to collective bargaining. This is consistent with the generous approach to be applied in interpreting rights under the *Charter*, and derives logically from the premise that the forced association is permissible when the combining of efforts of a particular group of individuals with similar interests in a particular area is required to further the collective good. When that association extends into areas outside the realm of common interest that justified its creation, it interferes with the individual's right to refrain from association. In this case, certain of the Union's expenditures violate appellant's freedom of association as they are not sufficiently related to the concerns of the bargaining unit or to the Union's functions as exclusive bargaining representative.

The limitation on appellant's freedom of association is justified under s. 1 of the *Charter*. The state objectives in compelling the payment of union dues which can be used to assist causes unrelated to collective bargaining are to enable unions to participate in the broader political, economic and social debates in society, and to contribute to democracy in the workplace. These objectives are rationally connected to the means chosen to advance them, that is the requirement that all members of a unionized workplace contribute to union coffers without any guarantee as to how their contributions will be used. The minimal impairment test is also met. An opting-out formula could seriously undermine the unions' financial base and the spirit of solidarity so important to the emotional and symbolic underpinnings of unionism. The alternative of having the government draw up guidelines as to what would be deemed valid union expenditures could give rise to the implication

l'al. 2d) son plein sens même si certains aspects de la liberté peuvent être protégés par d'autres dispositions de la *Charte*; les droits et libertés individuels se chevauchent, ils ne sont pas distincts. L'alinéa 2d) ne protège cependant pas contre toute forme d'association involontaire. Il n'a sûrement pas été conçu pour nous protéger contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique moderne.

Le versement de cotisations, auquel se limite l'association de l'appelant avec le syndicat, est un acte d'association au sens de l'al. 2d) de la *Charte*. Les cotisations servent à promouvoir les objets du syndicat et elles sont essentielles à son droit de «maintenir» l'association, un aspect de la liberté d'association reconnue à l'al. 2d) de la *Charte*. Il y aura atteinte à la liberté d'association du membre d'une unité de négociation s'il est astreint à verser des cotisations qui sont utilisées pour appuyer des causes, idéologiques ou autres, qui ne sont pas directement liées à la négociation collective. Cela est conforme à la façon libérale d'aborder l'interprétation des droits garantis par la *Charte* et découle logiquement de la prémisse selon laquelle l'association forcée est acceptable lorsque la conjugaison des efforts d'un groupe particulier d'individus partageant des intérêts semblables dans un domaine donné est nécessaire au bien collectif. Lorsque cette association s'aventure dans des domaines extérieurs à celui de l'intérêt commun ayant justifié sa création, elle entrave le droit de l'individu de ne pas s'associer. En l'espèce, certaines des dépenses du syndicat violent la liberté d'association vu qu'elles ne sont pas suffisamment reliées aux préoccupations de l'unité de négociation ou aux fonctions du syndicat à titre d'agent négociateur exclusif.

La restriction imposée à la liberté d'association de l'appelant est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de l'État visant à exiger le paiement de cotisations syndicales qui peuvent être utilisées pour aider des causes non reliées à la négociation collective: permettre aux syndicats de participer aux grands débats politiques, sociaux et économiques, et promouvoir la démocratie en milieu de travail. Ces objectifs ont un lien rationnel avec les moyens choisis pour les atteindre, soit l'exigence que tous les membres d'un milieu de travail syndiqué cotisent à la caisse du syndicat sans aucune garantie quant à la manière dont leurs cotisations seront utilisées. Le critère de l'atteinte minimale est également respecté. Une formule de désengagement risquerait de miner sérieusement la base financière du syndicalisme et l'esprit de solidarité si essentiel au fondement émotionnel et symbolique du syndicalisme. L'autre solution qui permettrait au gouvernement de

that union members are incapable of controlling their institutions. Given the difficulty of determining whether a particular cause is or is not related to the collective bargaining process, the courts should not involve themselves in drawing such lines on a case-by-case basis.

The appellant's contribution to the Union cannot be said to be an attempt to convey meaning, and his freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* has therefore not been infringed.

*Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.*: Government action sufficient to attract *Charter* review is present in this case in so far as the adoption of the Rand formula is concerned. The *Charter* applies to acts of government entities broadly construed. An activity will also be subject to *Charter* review if it was subject to such significant government control that it may effectively be considered an act of government for *Charter* purposes. Here the Council of Regents is a Crown agent established, funded and heavily controlled by government. The provision of education at the community college level is also a function of modern government, discharged in the public interest. The college and the Council of Regents are thus part of government for purposes of s. 32(1) of the *Charter*. The fact that the impugned action is a product of the joint effort of government and a private entity, the union, does not make that action any less governmental, otherwise all government contracts would be immune from judicial review. Government action was also involved in this case since there was clear government control over the decision to apply the Rand formula to all members of the bargaining unit. Dues expenditure is not itself government action, and therefore the *Charter* does not apply to such expenditure.

Appellant's freedom of association has not been violated in this case. The purpose of s. 2(d) is to protect association for the collective pursuit of common goals. It should not be expanded to protect a right not to associate. The real harm produced by compelled association is not the fact of association but the enforced support of views, opinions or actions one does not share or approve. Sections 2(b) and 7 of the *Charter* are available to redress these harms in appropriate cases. Even if this Court were to recognize a right not to associate

concevoir des lignes directrices permettant de déterminer ce qui serait réputé constituer une dépense syndicale valide pourrait amener à conclure que les syndiqués sont incapables de gérer leurs institutions. Compte tenu de la difficulté de déterminer si une cause donnée est reliée ou non au processus de négociation collective, les tribunaux ne devraient pas s'aventurer à tracer de telles lignes de démarcation en fonction de chaque cas.

La cotisation de l'appelant au syndicat ne peut pas être considérée comme une tentative de transmettre une signification et il n'y a donc pas eu violation de la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*.

*Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé*: Il y a eu en l'espèce une action gouvernementale suffisante pour justifier un examen fondé sur la *Charte* en ce qui a trait à l'adoption de la formule Rand. La *Charte* s'applique aux actes des entités gouvernementales au sens large. Une activité fera également l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* si elle était assujettie à un contrôle si important de la part du gouvernement qu'elle peut en fait être considérée comme un acte gouvernemental aux fins de la *Charte*. En l'espèce, le Conseil des gouverneurs est un mandataire de l'État créé, financé et largement contrôlé par le gouvernement. L'enseignement offert dans les collèges communautaires est aussi une fonction du gouvernement contemporain, exercée dans l'intérêt public. Le collège et le Conseil des gouverneurs font donc partie du gouvernement aux fins du par. 32(1) de la *Charte*. Le fait que l'action contestée soit le produit de l'effort conjoint du gouvernement et d'une entité privée, le syndicat, n'enlève pas à l'action son caractère gouvernemental, autrement, tous les contrats du gouvernement échapperaient au contrôle judiciaire. Une action gouvernementale est en cause en l'espèce puisque le gouvernement a nettement exercé un contrôle sur la décision d'appliquer la formule Rand à tous les membres de l'unité de négociation. La dépense des cotisations ne constitue pas en soi une action gouvernementale et, par conséquent, la *Charte* ne s'applique pas à ces dépenses.

La liberté d'association de l'appelant n'a pas été violée en l'espèce. L'objet de l'al. 2d) est de protéger l'association visant la poursuite collective d'objectifs communs. Il n'y a pas lieu d'en élargir la portée de manière à protéger un droit de ne pas s'associer. Le véritable préjudice causé par l'association obligatoire n'est pas le fait de l'association, mais bien l'obligation d'appuyer des points de vue, des opinions ou des actions que l'on ne partage ou n'approuve pas. L'alinéa 2b) et l'art. 7 de la *Charte* peuvent être invoqués pour obtenir réparation

under s. 2(d), this right has not been infringed here since it cannot be broader in scope than the positive right to associate previously defined by this Court. Appellant's claim is inextricably connected to the association's objects which this Court has repeatedly said s. 2(d) does not protect.

Appellant's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* has not been infringed. The fact that appellant is denied the right to boycott the Union's causes prevents him from conveying a meaning which he wants to convey, and the activity in which he wishes to engage therefore falls within the sphere of conduct protected by s. 2(b). Volunteering financial support is expressive for some people, and a refusal to provide monetary assistance is equally expressive. The government's intention was not to control the conveyance of meaning, however. The purpose of the Rand formula is simply to promote industrial peace through the encouragement of collective bargaining. It does not purport to align those subject to its operation with the union or any of its activities, since it specifically provides for dissent by stipulating that no member of the bargaining unit is required to become a member of the union. Nor does the Rand formula have the effect of depriving appellant of his right to express himself freely. The compelled payment of dues does not publicly identify him with the Union's activities, and does not prevent him from expressing his own views. Compelled financial support does not necessarily violate freedom of expression. The fact that appellant is obliged to pay dues pursuant to the agency shop clause in the collective agreement does not inhibit him in any meaningful way from expressing a contrary view on the merits of the causes supported by the Union.

The Rand formula would in any event meet the requirements of s. 1 of the *Charter*. The objective of the impugned legislation, which is to promote industrial peace through the encouragement of free collective bargaining, is sufficiently pressing and substantial to warrant overriding a constitutional right. Union discretion in relation to dues expenditure forms part of the means by which the legislature sought to achieve its aim, and there is a rational connection between promoting collective bargaining and permitting unions to invest dues in ways they believe will best serve their constituencies. The minimal impairment test is also met. Placing restrictions on the way in which unions may spend their

de ces préjudices dans les cas qui s'y prêtent. Même si notre Cour devait reconnaître le droit de ne pas s'associer, sous le régime de l'al. 2d), ce droit n'a pas été violé en l'espèce, puisqu'il ne peut pas avoir une portée plus grande que celle du droit positif de s'associer que notre Cour a déjà défini. La demande de l'appelant est inextricablement liée aux objets de l'association, que notre Cour a affirmé à maintes reprises ne pas être protégés par l'al. 2d).

La liberté d'expression que l'al. 2b) de la *Charte* garantit à l'appelant n'a pas été violée. Le fait que l'appelant est privé du droit de boycotter les causes appuyées par le syndicat l'empêche de transmettre un message qu'il veut transmettre, et l'activité qu'il veut exercer fait donc partie du champ des activités protégées par l'al. 2b). Le soutien financier volontaire représente pour certaines gens une forme d'expression et le refus d'apporter une aide financière est tout aussi expressif. Le gouvernement n'a cependant pas eu l'intention de contrôler la transmission d'un message. La formule Rand vise simplement à favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la négociation collective. Elle n'a pas pour objet de contraindre ceux qui y sont soumis à s'aligner sur le syndicat ou sur l'une ou l'autre de ses activités puisqu'elle permet expressément la dissidence en stipulant qu'aucun membre de l'unité de négociation n'est tenu d'adhérer au syndicat. La formule Rand n'a pas pour effet non plus de priver l'appelant de son droit de s'exprimer librement. Le paiement forcé de cotisations n'a pas eu pour effet de l'identifier publiquement aux activités du syndicat ni de l'empêcher d'exprimer son propre point de vue. L'obligation de soutenir financièrement ne viole pas nécessairement la liberté d'expression. Le fait que l'appelant est tenu de verser des cotisations conformément à une clause de précompte syndical généralisé, contenue dans la convention collective, ne l'empêche d'aucune manière importante d'exprimer une opinion contraire sur le bien-fondé des causes que soutient le syndicat.

La formule Rand satisfait de toute façon aux exigences de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de la disposition contestée, qui est de favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la libre négociation collective, est suffisamment urgent et réel pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Le pouvoir discrétionnaire laissé au syndicat sur la dépense des cotisations fait partie des moyens par lesquels le législateur a cherché à réaliser son objectif et il existe un lien rationnel entre la promotion de la négociation collective et le fait de permettre aux syndicats d'investir les cotisations de la manière qu'ils estiment la plus avantageuse pour leurs commettants. Le critère de l'atteinte

dues will lead to interminable problems and jeopardize the important government objective at stake. While other means might have been available to the legislature to achieve its objective, none is clearly superior in terms of accomplishing the goal of promoting collective bargaining and respecting the rights of individual employees as far as possible. Here the violation of appellant's rights was minor. His identification, if any, with the causes supported by the Union was indirect and he was completely free to express himself on these causes as he saw fit. The impingement on appellant's *Charter* rights was thus not out of proportion to the legislature's objective in promoting collective bargaining.

*Per Cory J.:* The reasons of La Forest J. were agreed with on the question of what constitutes "government". In all other respects the reasons of Wilson J. were concurred with.

*Per McLachlin J.:* For the reasons given by La Forest J., the *Charter* applies to the activities in question in this case. There is no violation of s. 2(d), however, since the payments do not bring appellant into association with ideas and values to which he does not voluntarily subscribe. Assuming that a right not to associate exists, its purpose must be to protect the interest of individuals against enforced ideological conformity. The requirement that appellant make payments to the Union, which the Union may thereafter spend partly on causes he does not support, does not fall within this interest. Under the Rand formula, there is no link between mandatory dues payment and conformity with the ideas and values to which appellant objects. By declining to become a member of the union, the individual dissociates himself from the union's activities. Forced payments in return for services thus entail no imposition of ideological conformity. Practicality and policy support this approach, since extending s. 2(d) to cover compelled financial contributions *per se* would recognize the *prima facie* validity of a plethora of claims and put the courts into the business of assessing the justifiability of many government actions in circumstances where there may be no threat to any constitutional interest.

minimale est également respecté. Apporter des restrictions à la manière dont les syndicats peuvent dépenser les cotisations qu'ils perçoivent causera des problèmes sans fin et compromettra l'important objectif gouvernemental en jeu. Si le législateur disposait d'autres moyens pour atteindre son objectif, aucun n'était nettement supérieur pour ce qui était de réaliser le double objectif de promouvoir la négociation collective et de respecter autant que possible les droits des employés pris individuellement. En l'espèce, l'atteinte portée aux droits de l'appelant est mineure. Ce n'est qu'indirectement, à supposer que ce soit le cas, qu'il a été identifié aux causes que le syndicat appuyait et il était tout à fait libre d'exprimer son avis sur ces causes. L'atteinte portée aux droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant n'était donc pas disproportionnée à l'objectif du législateur de promouvoir la négociation collective.

*Le juge Cory:* Il y a accord avec les motifs du juge La Forest quant à savoir ce qui constitue le «gouvernement». À tous les autres égards, il y a accord avec les motifs du juge Wilson.

*Le juge McLachlin:* Pour les motifs donnés par le juge La Forest, la *Charte* s'applique aux activités en cause. Cependant, il n'y a pas violation de l'al. 2d) puisque les paiements n'ont pas pour effet d'associer l'appelant à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Si l'on présume qu'il existe un droit de ne pas s'associer, son objet doit être la protection de l'intérêt qu'ont les individus à ne pas se voir imposer la conformité idéologique. L'obligation pour l'intimé de verser des cotisations au syndicat, dont ce dernier peut ensuite se servir en partie pour soutenir des causes qu'il réprouve ne relève pas de cet intérêt. Selon la formule Rand, il n'existe aucun lien entre le versement obligatoire et la conformité à des idées et à des valeurs auxquelles l'appelant s'oppose. En refusant de faire partie du syndicat, l'individu se dissocie des activités du syndicat. L'obligation de payer pour des services n'entraîne pas l'imposition de la conformité idéologique. Des considérations pratiques et de principe militent en faveur de ce point de vue puisque interpréter l'al. 2d) de manière à viser les contributions financières forcées, elles-mêmes, serait reconnaître la validité à première vue d'une multitude de revendications et contraindre les tribunaux à apprécier le caractère justifiable d'un grand nombre d'actions gouvernementales dans des circonstances où il peut n'exister aucune menace pour un droit constitutionnel.

The payments at issue do not constitute expression under s. 2(b) of the *Charter*.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

By Wilson J.

**Applied:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **disapproved:** *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386; *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301; **distinguished:** *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584; *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829; *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario (Minister of Labour)* (1988), 67 O.R. (2d) 225; *Re*

Les versements contestés ne constituent pas un acte d'expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte*.

### Jurisprudence

<sup>a</sup> Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

Citée par le juge Wilson

<sup>f</sup> **Arrêt appliqué:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts critiqués:** *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386; *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301; **distinction d'avec les arrêts:** *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584; *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829; *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario*

*Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544; *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326; *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, reprinted in 1 C.L.L.R. (CCH, 1989) (looseleaf), para. 2150; *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By Cory J.

**Applied:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers*

(*Minister of Labour*) (1988), 67 O.R. (2d) 225; *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544; *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326; *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, réimprimé dans 1 C.L.L.R. (CCH, 1989) (feuilles mobiles), par. 2150; *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Thomson News-*

*Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961).

### Statutes and Regulations Cited

American Constitution, First Amendment.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 24(1), 32(1).  
*Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 1(g), 2(3), 51, 52, 53, 59(2), 68, 71, 76.  
*Department of Education Amendment Act 1965*, S.O. 1965, c. 28 [amending the *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, c. 94].  
*Employment Equity Act*, S.C. 1986, c. 31.  
*Industrial Relations Act*, S.P.E.I. 1962, c. 18, s. 48.  
*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 9(1).  
*Labour Code of British Columbia*, S.B.C. 1973, c. 122, s. 151.  
*Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34.  
*Labour Relations Act Amendment Act, 1961*, S.B.C. 1961, c. 31, s. 5.  
*Legislature of Ontario Proceedings*, 2nd sess., 23rd Leg., March 8, 1950.  
*Ministry of Colleges and Universities Act*, R.S.O. 1980, c. 272, ss. 4, 5.  
O. Reg. 403/69.  
*Prince Edward Island Labour Act*, S.P.E.I. 1971, c. 35, s. 76(1)(a).  
R.R.O. 1970, Reg. 749, s. 45.  
R.R.O. 1980, Reg. 640, s. 6(1).  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 20.

### Authors Cited

Aaron, Benjamin. "Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation" (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39.  
Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.  
Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.  
Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on*

*papers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961).

### b Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(a), (b), (d), 7, 24(1), 32(1).  
Constitution des États-Unis, Premier amendement.  
*Déclaration universelle des droits de l'Homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 20.  
*Department of Education Amendment Act 1965*, S.O. 1965, ch. 28 [modifiant la *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, ch. 94].  
*Industrial Relations Act*, S.P.E.I. 1962, ch. 18, art. 48.  
*Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 9(1).  
*Labour Code of British Columbia*, S.B.C. 1973, ch. 122, art. 151.  
*Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34.  
*Labour Relations Act Amendment Act, 1961*, S.B.C. 1961, ch. 31, art. 5.  
*Legislature of Ontario Proceedings*, 2nd sess., 23rd Leg., March 8, 1950.  
*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1986, ch. 31.  
*Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 1(g), 2(3), 51, 52, 53, 59(2), 68, 71, 76.  
*Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272, art. 4, 5.  
O. Reg. 403/69.  
*Prince Edward Island Labour Act*, S.P.E.I. 1971, ch. 35, art. 76(1)a).  
R.R.O. 1970, Reg. 749, art. 45.  
R.R.O. 1980, Reg. 640, art. 6(1).

### Doctrines citées

Aaron, Benjamin. «Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation» (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39.  
Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.  
Beatty, David M. «Labour is not a Commodity». In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.  
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. Les relations du travail au Canada. Rapport de l'Équipe

- Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.
- Cantor, Norman L. "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13 *Queen's L.J.* 267.
- Cox, Archibald. *Law and the National Labor Policy*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983.
- Emerson, Thomas I. "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1.
- Horn, Robert. *Groups and the Constitution*. New York: AMS Press, 1971.
- Kahn-Freund, Otto. "On Uses and Misuses of Comparative Law" (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1.
- Little, Walter. *Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report*. Toronto: s.n., 1969.
- Raggi, Reena. "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.
- Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1982.
- Tocqueville, Alexis de. *Democracy in America*, vol. I. Edited by Philips Bradley. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1945.
- Tribe, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Weiler, Paul C. "The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law" (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.
- spécialisée en relations de travail. Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968.
- Cantor, Norman L. «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Cavalluzzo, Paul J. J. «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13 *Queen's L.J.* 267.
- Cox, Archibald. *Law and the National Labor Policy*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983.
- Emerson, Thomas I. «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Etherington, Brian. «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *Rev. Ottawa* 1.
- Horn, Robert. *Groups and the Constitution*. New York: AMS Press, 1971.
- Kahn-Freund, Otto. «On Uses and Misuses of Comparative Law» (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1.
- Little, Walter. *Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report*. Toronto: s.n., 1969.
- Raggi, Reena. «An Independent Right to Freedom of Association» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.
- Swinton, Katherine. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés». Dans Beaudoin et Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson & Lafleur, 1982.
- Tocqueville, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*, t. I, Paris: Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médicis, 1951.
- Tribe, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Weiler, Paul C. «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th) 474, 31 O.A.C. 40, 37 C.R.R. 193, 89 C.L.L.C. ¶14,011, setting aside White J.'s judgments (1986), 55 O.R. (2d) 449, 29 D.L.R. (4th) 321, 86 C.L.L.C. ¶14,039 and (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86, 87 C.L.L.C. ¶14,044 declaring that appellant's Charter rights had been violated. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th) 474, 31 O.A.C. 40, 37 C.R.R. 193, 89 C.L.L.C. ¶14,011, qui a infirmé des jugements du juge White (1986), 55 O.R. (2d) 449, 29 D.L.R. (4th) 321, 86 C.L.L.C. ¶14,039 et (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86, 87 C.L.L.C. ¶14,044 qui concluaient à la violation de droits reconnus à l'appelant par la Charte. Pourvoi rejeté.



*Dennis O'Connor, Q.C., Ronald Foerster and Diane Oleskiw, for the appellant.*

*Dennis O'Connor, c.r., Ronald Foerster et Diane Oleskiw, pour l'appelant.*

*S. T. Goudge, Q.C., and Ian McGilp, for the respondent the Ontario Public Service Employees Union.*

*S. T. Goudge, c.r., et Ian McGilp, pour l'intimé le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario.*

*Brenda J. Bowlby and Stephen J. Shamie, for the respondent the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology.*

*Brenda J. Bowlby et Stephen J. Shamie, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario.*

*E. R. Sojonky, Q.C., and M. Kinnear, for the intervener the Attorney General of Canada.*

*E. R. Sojonky, c.r., et M. Kinnear, pour l'intervenant le procureur général du Canada.*

*Robert E. Charney and S. A. Kennett, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*Robert E. Charney et S. A. Kennett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*J. Sack, Q.C., S. M. Barrett and E. Poskanzer, for the interveners the Canadian Labour Congress and the Ontario Federation of Labour.*

*J. Sack, c.r., S. M. Barrett et E. Poskanzer, pour les intervenants le Congrès du travail du Canada et la Fédération du travail de l'Ontario.*

*J. Cameron Nelson and John McNamee, for the intervener the National Union of Provincial Government Employees.*

*J. Cameron Nelson et John McNamee, pour l'intervenant le Syndicat national de la fonction publique provinciale.*

*Guylaine Henri, for the intervener the Confederation of National Trade Unions.*

*Guylaine Henri, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.*

No one appeared for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Personne n'a comparu pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

WILSON J.—This is an appeal from the judgment of the Ontario Court of Appeal holding that the expenditure by a union of union dues extracted from non-members pursuant to a mandatory check-off clause in a collective agreement on union-related causes did not violate either s. 2(d) or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE WILSON—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a décidé que l'utilisation par un syndicat des cotisations perçues auprès d'employés non syndiqués, conformément à une clause de la convention collective établissant le précompte obligatoire, pour appuyer des causes syndicalistes, ne violait ni l'al. 2d) ni l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## I. The Facts

Since 1974 the appellant has been a teaching master at the Haileybury School of Mines. He is a

## I. Les faits

L'appelant enseigne, depuis 1974, à l'École des mines de Haileybury. Il fait partie de l'unité de négo-

member of the academic staff bargaining unit represented by the respondent Union, OPSEU. He has never become a member of the respondent Union, nor has he been required to become a member. He has, however, been required to pay dues to the respondent Union. The dues are deducted from his pay cheque under the terms of the collective agreement between the respondent Council of Regents and OPSEU. The dues are paid into the general revenues of the Union and may be used for any purpose contemplated by the Union's constitution.

Article 4 of OPSEU's constitution sets out the aims and purposes of the organization. Specifically, the Union is required to regulate labour relations between its members and their employers, including such things as collective bargaining. General objectives of the Union include the advancement of the "common interests, economic, social and political, of the members and of all public employees, wherever possible, by all appropriate means".

Mr. Lavigne is opposed to the use of his dues to support causes which come within the broader aims of the Union's constitution. OPSEU made several contributions out of its general revenues to which the appellant objected. It is not necessary to list these contributions in any detail. Suffice it to say that donations were made to disarmament campaigns including the campaign against cruise missile testing, to a campaign opposing the expenditure of municipal funds for the SkyDome stadium in Toronto, to the National Union of Mine Workers in the United Kingdom in support of their strike, to a health care workers' union in Nicaragua, and tickets were purchased for events sponsored by the New Democratic Party. Mr. Lavigne has also drawn attention to the fact that OPSEU passed a resolution in favour of free choice with respect to abortion.

Under OPSEU's constitution certain percentages of the dues paid are paid to another organization, the National Union of Provincial Government Employees (NUPGE), which in turn pays dues to the Canadian Labour Congress (CLC). The respondent Union is also a member of the Ontario Federation of Labour

ciation du corps professoral représentée par le syndicat intimé, le SEFPO. Il n'a jamais adhéré au syndicat intimé et n'a jamais été tenu d'y adhérer. Il a cependant été obligé de verser des cotisations au syndicat intimé. Ces cotisations sont déduites de son chèque de paie en conformité avec la convention collective conclue entre le Conseil des gouverneurs intimé et le SEFPO. Elles sont versées dans les recettes générales du syndicat et peuvent être affectées à n'importe quel usage prévu dans la constitution du syndicat.

On trouve, à l'article 4 de la constitution du SEFPO, les objets de l'organisation. Le syndicat a pour mandat précis de s'occuper des relations de travail entre ses membres et leurs employeurs, et notamment de la négociation collective. Parmi les objectifs généraux du syndicat, il y a la promotion des [TRADUCTION] «intérêts communs des membres et de tous les employés de la fonction publique, sur les plans économique, social et politique, partout où cela est possible, et par tous les moyens appropriés».

Monsieur Lavigne s'oppose à ce que ses cotisations soient utilisées pour appuyer des causes qui relèvent des objectifs plus généraux énoncés dans la constitution du syndicat. Le SEFPO a versé, à même ses recettes générales, plusieurs contributions auxquelles l'appellant s'est opposé. Il n'est pas nécessaire d'énumérer en détail ces contributions. Qu'il suffise de dire que des dons ont été faits au profit de campagnes pour le désarmement, dont celle contre les essais de missiles de croisière, d'une campagne contre l'affectation de fonds municipaux au stade SkyDome de Toronto, du syndicat national des mineurs du Royaume-Uni en grève, et d'un syndicat de travailleurs de la santé du Nicaragua; de plus, des billets ont été achetés à l'occasion d'événements parrainés par le Nouveau Parti démocratique. Monsieur Lavigne a également signalé que le SEFPO s'était prononcé, par voie de résolution, en faveur du libre choix en matière d'avortement.

Conformément à la constitution du SEFPO, un certain pourcentage des cotisations retenues sont versées à une autre organisation, le Syndicat national de la fonction publique provinciale (SNFPP) qui, à son tour, verse des cotisations au Congrès du travail du Canada (CTC). Le syndicat intimé fait aussi partie de

(OFL). Each of these organizations, like the respondent Union, uses its dues to support union-related causes.

The appellant brought an application for declaratory relief against the respondents. He sought a declaration that, in so far as ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74, result in compulsory payment of dues which in turn may be expended on any of the above listed purposes, they violate ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*. In addition, the appellant sought declaratory relief that would require the respondent Union to account for money spent on listed purposes that he maintained did not relate to collective bargaining.

White J. held at trial in reasons delivered July 4, 1986 that the appellant's right to freedom of association was infringed and indicated that he was prepared to grant declaratory relief in regard to the compulsory payment of dues. White J. then asked for further submissions as to the form the remedy should take and on July 7, 1987, made specific orders as to the form of the declaratory relief. The respondents appealed to the Court of Appeal for Ontario which allowed the appeal and set aside the orders of the trial judge.

## II. The Courts Below

*Supreme Court of Ontario* ((1986), 55 O.R. (2d) 449)

The trial judge first dealt with the issue of whether the *Charter* applied to the activity complained of by the appellant. He noted that the *Charter* does not apply to private activity but by s. 32 applies to, *inter alia*, "the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". It was his opinion that the *Charter* applies to actions of Crown agencies in certain cases. After examining the provisions of the relevant legislation and case law involving com-

la Fédération du travail de l'Ontario (FTO). Chacune de ces organisations, comme le syndicat intimé, utilise ses cotisations pour appuyer des causes syndicalistes.

a

L'appelant a présenté une demande de jugement déclaratoire contre les intimés. Il cherchait à faire déclarer que, dans la mesure où les art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74, emportent le versement obligatoire de cotisations qui peuvent être utilisées à l'une ou l'autre des fins énumérées ci-dessus, ils violent les al. 2b) et 2d) de la *Charte*. En outre, l'appelant a demandé un jugement déclaratoire obligeant le syndicat intimé à rendre compte des sommes dépensées pour les fins énumérées qui, a-t-il soutenu, n'avaient pas trait à la négociation collective.

b

c

d

Dans ses motifs prononcés le 4 juillet 1986, à l'issue du procès, le juge White a décidé que le droit de l'appelant à la liberté d'association avait été violé et il a indiqué qu'il était disposé à accorder le jugement déclaratoire touchant le versement obligatoire de cotisations. Le juge White a ensuite demandé qu'on lui présente des observations additionnelles sur la forme que devrait revêtir la réparation et, le 7 juillet 1987, il a rendu des ordonnances précises quant à la forme du jugement déclaratoire. Les intimés ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui l'a accueilli et a annulé les ordonnances du juge de première instance.

e

f

## g II. Les tribunaux d'instance inférieure

*Cour suprême de l'Ontario* ((1986), 55 O.R. (2d) 449)

h

Le juge de première instance a d'abord étudié la question de savoir si la *Charte* s'appliquait à l'activité dont l'appelant s'était plaint. Il a fait remarquer que la *Charte* ne vise pas l'activité privée, mais qu'en vertu de l'art. 32, elle s'applique notamment «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». Il s'est dit d'avis que la *Charte* s'applique, dans certains cas, aux actions des mandataires de l'État. Après avoir examiné les dispositions législatives et la jurisprudence pertinentes concernant les collèges communautaires, le juge White a conclu que le Con-

i

j

munity colleges White J. held that the respondent Council of Regents was a Crown agency.

However, White J. noted that merely deciding that the respondent Council of Regents was a governmental actor did not dispose of the question whether the *Charter* reaches the activities complained of in this case. He held at p. 479 that:

... governmental action does include the entering into of a contract by a Crown agency pursuant to powers granted by statute in the context of the facts at bar. To hold otherwise would be to permit "government", as identified in s. 32(1) of the *Charter*, to impose terms in a contract that it could not impose by statute or regulation because they breach the *Charter*. Such an arrangement would defeat the purpose of the *Charter*.

White J. thus found that the alleged violations of the *Charter* flowed from the decision of the Council of Regents to agree to the inclusion of the Rand formula in the collective agreement. Because the Council could have rejected the Union's demand that the clause be included, and because it made this agreement as a government agent, government action within the meaning of the *Charter* was involved.

In response to the Union's argument that no government action was involved because s. 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act* (upon which the applicant was relying) was permissive and not mandatory, White J. held at p. 481:

The applicant does not rely solely on s. 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, however, and possibly this enabling section of the statute alone would not have been enough to justify *Charter* review of a clause contained in a collective agreement had a Crown agency not negotiated the contract. Absent a governmental actor in the contract negotiations, there would be a strong argument against the application of the *Charter* on the basis that the statutory provision left the decision of whether or not to include an agency shop clause in the collective agreement to the parties; the effect of the legislative provision would not be the forced payment of dues.

seil des gouverneurs intimé était un mandataire de l'État.

Toutefois, le juge White a fait observer qu'il ne suffisait pas de décider que le Conseil des gouverneurs intimé était acteur gouvernemental pour trancher sur la question de savoir si la *Charte* vise les activités reprochées en l'espèce. Il déclare, à la p. 479, que:

[TRADUCTION] ... l'action gouvernementale inclut la conclusion d'un contrat par un mandataire de l'État conformément aux pouvoirs attribués par la loi dans le contexte des faits de l'espèce. Décider autrement reviendrait à permettre au «gouvernement», tel que désigné au par. 32(1) de la *Charte*, d'imposer des clauses contractuelles qu'il ne pourrait pas imposer par des lois ou des règlements, parce qu'elles violent la *Charte*. Pareille solution contrecarrerait l'objet de la *Charte*.

Le juge White a donc conclu que les violations alléguées de la *Charte* découlaient de la décision du Conseil des gouverneurs de consentir à l'insertion de la formule Rand dans la convention collective. Parce que le Conseil aurait pu rejeter la demande du syndicat visant à faire inclure la clause et qu'il a conclu cette convention à titre de mandataire de l'État, une action gouvernementale au sens de la *Charte* était en cause.

En réponse à l'argument du syndicat, selon lequel aucune action gouvernementale n'était en cause parce que l'art. 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* (invoqué par l'appelant) était facultatif et non impératif, le juge White dit, à la p. 481:

[TRADUCTION] Toutefois, le requérant ne se fonde pas seulement sur l'art. 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, et cette disposition habilitante de la *Loi* n'aurait peut-être pas été suffisante en soi pour justifier l'examen, fondé sur la *Charte*, d'une clause d'une convention collective si ce n'était pas un mandataire de l'État qui avait négocié le contrat. En l'absence d'un acteur gouvernemental dans les négociations contractuelles, il y aurait de bonnes raisons de ne pas conclure à l'application de la *Charte*, car la disposition législative laissait aux parties le choix d'insérer ou non une clause de précompte syndical généralisé dans la convention collective; la disposition législative n'avait pas pour effet de forcer le versement de cotisations.

Turning to the application of s. 2(d) of the *Charter*, White J. found that the guarantee of freedom of association included the right not to associate. He reviewed the case law in Canada and in the United States and concluded at p. 508 that “[i]f a governmental agent acts so as to force an individual to financially support a union when he opposes the union, its objects, and its methods, then his freedom of association has been abridged.” It was his view that the combined operation of ss. 51 through 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act* brought Mr. Lavigne into association with the Union. To White J., it was sufficient that the appellant had to contribute financially to the Union and it was not necessary in order to establish a violation of s. 2(d) to show that he was forced to become a member of OPSEU.

With respect to s. 2(b), however, the trial judge found that there was no infringement of the appellant’s freedom of expression because the evidence did not establish that the ideology of the group was attributed to the appellant, nor did it establish that the appellant’s freedom to express himself was restricted in any way as a result of paying the dues.

White J. then reviewed the legislation to see if the infringement of the appellant’s s. 2(d) right was justified under s. 1 of the *Charter*. He concluded that the infringement was sufficiently serious that it required the government to use the least intrusive means possible to achieve the legislative purpose. He concluded that dues paid under compulsion could only be used for the purpose which justified their imposition and not for other purposes. He reserved on the question of the appropriate remedy.

*Supreme Court of Ontario* ((1987), 60 O.R. (2d) 486)

After his decision holding that the appellant’s s. 2(d) right had been infringed, White J. issued his remedial order and his reasons therefor. He noted that the enforcement provisions of the *Constitution Act, 1982* are contained in ss. 52 and 24. He held that both

Au sujet de l’application de l’al. 2d) de la *Charte*, le juge White a déclaré que la garantie de liberté d’association incluait le droit de ne pas s’associer. Il a étudié la jurisprudence canadienne et américaine et il a conclu, à la p. 508, que [TRADUCTION] «[s]i un mandataire du gouvernement agit de manière à forcer une personne à soutenir financièrement un syndicat, alors qu’elle s’oppose à ce syndicat, à ses objets et à ses méthodes, elle est alors privée de sa liberté d’association». À son avis, les art. 51 à 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* avaient pour effet conjugué de créer une association entre M. Lavigne et le syndicat. Pour le juge White, il suffisait que l’appelant soit obligé de contribuer au financement du syndicat et il n’était pas nécessaire, pour établir la violation de l’al. 2d), de montrer qu’il était forcé d’adhérer au SEFPO.

Quant à l’al. 2b), cependant, le juge de première instance a estimé qu’aucune atteinte n’avait été portée à la liberté d’expression de l’appelant, parce que la preuve n’établissait pas que l’idéologie du groupe était attribuée à l’appelant, ni que la liberté de celui-ci de s’exprimer était restreinte de quelque façon que ce soit en raison du paiement des cotisations.

Le juge White a étudié ensuite la législation afin de voir si l’atteinte portée au droit conféré à l’appelant par l’al. 2d) était justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*. Il a conclu que l’atteinte était assez grave pour obliger le gouvernement à employer les moyens les moins envahissants possible pour réaliser l’objectif législatif. Il a conclu que les cotisations forcées ne pouvaient être utilisées que pour l’objet qui justifiait leur imposition et non à d’autres fins. Il a différé son jugement sur la question de la réparation appropriée.

*Cour suprême de l’Ontario* ((1987), 60 O.R. (2d) 486)

Après avoir décidé qu’il y avait eu violation du droit conféré à l’appelant par l’al. 2d), le juge White a rendu son ordonnance réparatrice, accompagnée des motifs à l’appui. Il a fait remarquer que les dispositions d’application de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont contenues aux art. 52 et 24. Il a décidé que ces deux dispositions obligeaient le tribunal à prendre en

of these sections require the court to consider s. 1 of the *Charter* in awarding an appropriate remedy.

Under s. 52 any law inconsistent with the Constitution is of no force and effect to the extent of the inconsistency. White J. held that the appellant was entitled to have ss. 51, 52 and 53(1) and (2) of the *Colleges Collective Bargaining Act*, which enabled the respondent Council to enter into the collective agreement, declared of no force and effect so far as they affected him.

With respect to s. 24(1) White J. noted that a court of competent jurisdiction may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. He concluded that the declaratory relief was most appropriate in the circumstances. In considering the impact of s. 1 on his order White J. noted that the purpose of the impugned legislation was to promote industrial peace and avoid "free riders". He recognized that the compulsory payment of union dues, "the Rand formula", has generally achieved this purpose and is an accepted principle of labour law in Canada. Another factor to be taken into account in fashioning a remedy is that the invasion of the rights of the appellant should be minimized as much as possible. White J. stated at p. 506:

... I prefer to give what I consider to be due weight to the historical experience of the Rand formula in Canada; to choose an opt-out factor for inclusion in the declaratory remedy that I shall grant; and to seek to apply the *Oakes* case to minimize the invasion of the applicant's freedom of association in structuring the remedy.

White J. concluded that the appellant was entitled to a declaration that the impugned sections of the *Colleges Collective Bargaining Act* and the provisions of any collective agreement authorized thereby are of no force and effect in so far as they compel him to pay dues to the Union for any of the purposes not directly related to collective bargaining. He found that most of the expenditures to which Mr. Lavigne had objected were impermissible, except for the contributions made to other unions. He approved of these expenditures on the basis that they were related to collective bargaining in that they promoted union

considération l'article premier de la *Charte* pour accorder la réparation appropriée.

Aux termes de l'art. 52, la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Le juge White a conclu que l'appelant avait droit à une déclaration portant que les art. 51, 52 et les par. 53(1) et (2) de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, qui habilitaient le Conseil des gouverneurs intimé à conclure la convention collective, sont inopérants dans la mesure où ils le touchent.

Au sujet du par. 24(1), le juge White a fait observer qu'un tribunal compétent peut accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Il a conclu que, eu égard aux circonstances, le jugement déclaratoire était des plus convenables. Étudiant l'effet de l'article premier sur son ordonnance, le juge White a souligné que la loi contestée avait pour objet de promouvoir la paix industrielle et d'éliminer les resquilleurs. Il a reconnu que le versement obligatoire de cotisations syndicales, la «formule Rand», a permis d'atteindre cet objectif dans l'ensemble et constitue un principe accepté en droit canadien du travail. Il y a également lieu de tenir compte d'un autre facteur en concevant une réparation, soit l'atteinte minimale aux droits de l'appelant. Le juge White dit, à la p. 506:

[TRADUCTION] ... je préfère reconnaître à sa juste valeur selon moi l'expérience de l'application de la formule Rand au Canada; intégrer au jugement déclaratoire que je vais prononcer une faculté de désengagement, et chercher, en structurant la réparation, à appliquer l'arrêt *Oakes* afin de réduire au minimum l'atteinte portée à la liberté d'association du requérant.

Le juge White a conclu que l'appelant avait droit à une déclaration que les articles attaqués de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* et les dispositions de toute convention collective autorisée par ces articles sont inopérants dans la mesure où ils l'obligent à verser des cotisations au syndicat à l'une ou l'autre des fins qui ne sont pas directement liées à la négociation collective. Il a estimé que la plupart des dépenses auxquelles M. Lavigne s'était opposé étaient inacceptables, sauf les contributions versées à d'autres syndicats. Il a approuvé ces dépenses pour le motif qu'elles se rapportaient à la négociation collec-

solidarity. White J. also found it necessary, in order to prevent compulsory subsidization of political causes, that the Union keep detailed records of its expenditures and that these records be available to all members of the bargaining unit. He ordered the Union to establish an opt-out mechanism for fees for dissenting employees.

There was substantial argument as to the question of costs before White J. The appellant's costs were underwritten by a group known as the National Citizens' Coalition (referred to as the NCC). The appellant had agreed to pay any costs awarded to him to the NCC and the NCC had agreed to discharge any award of costs against the appellant so far as it was able. White J. rejected the respondent Union's argument that the appellant was not entitled to costs because he had not suffered any pecuniary loss. He was of the opinion that "[t]o the extent that the N.C.C. or any other specific interest group puts responsible Charter litigation within the reach of the individual Canadian, they should not, even indirectly, be deterred" (p. 527). He did not consider this to be a case of divided success, but considered that the appellant was not entirely successful in his application. He awarded the appellant 60 per cent of his costs to be paid by the respondent Union and the interveners NUPGE, the CLC and the OFL.

*Court of Appeal* ((1989), 67 O.R. (2d) 536)

Referring to *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the court noted that the *Charter* only applies to an exercise of or reliance upon government action. The court noted that, in order to determine whether or not there is "governmental action" such as to bring the *Charter* into play, it is first necessary to determine the status of the parties. The court agreed with the trial judge's finding that the respondent Council of Regents was a Crown agency. The court also considered it beyond serious dispute that OPSEU is a private entity. The court continued at p. 552:

tive en ce sens qu'elles favorisaient la solidarité syndicale. En outre, pour empêcher le soutien obligatoire de causes politiques par voie de subventions, le juge White a estimé nécessaire que le syndicat tienne des registres détaillés de ses dépenses, que tous les membres de l'unité de négociation pourront consulter. Il a ordonné au syndicat d'établir au regard des cotisations un mécanisme de désengagement au profit des employés dissidents.

La question des dépens a été vivement débattue devant le juge White. Les frais de l'appellant avaient été garantis par un groupe connu sous le nom de National Citizens' Coalition (ci-après appelée la NCC). L'appellant avait accepté de verser à la NCC tous les dépens qui lui seraient accordés et cette dernière avait accepté de payer, dans la mesure de ses moyens, tous dépens que l'appellant pourrait être condamné à payer. Le juge White a repoussé l'argument du syndicat intimé selon lequel l'appellant n'avait pas droit à des dépens parce qu'il n'avait pas subi de perte pécuniaire. À son avis, [TRADUCTION] «[d]ans la mesure où la NCC ou tout autre groupe d'intérêts met à la portée de chaque Canadien la possibilité d'engager un recours sérieux fondé sur la Charte, il ne faut pas, même indirectement, les dissuader de le faire» (p. 527). Il n'a pas estimé qu'en l'espèce les deux parties avaient eu gain de cause, mais il a considéré que l'appellant n'avait pas eu entièrement gain de cause. Il a condamné le syndicat intimé et les intervenants le SNFPP, le CTC et la FTO à payer à l'appellant 60 p. 100 de ses dépens.

*Cour d'appel* ((1989), 67 O.R. (2d) 536)

Se référant à l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, la cour a fait observer que la *Charte* s'appliquait seulement à l'acte gouvernemental lui-même ou à l'action fondée sur celui-ci. La cour a noté que, pour décider s'il y a un «acte gouvernemental» de nature à entraîner l'application de la *Charte*, il faut d'abord déterminer le statut des parties. La cour a approuvé la conclusion du juge de première instance selon laquelle le Conseil des gouverneurs intimé était un mandataire de l'État. La cour a également estimé qu'il n'était pas possible de contester sérieusement le fait que le SEFPO est une entité privée. La cour ajoute, à la p. 552:

As White J. pointed out, finding that the Council of Regents is a government body does not dispose of the question of whether the Charter reaches the activities complained of in this case; it is necessary to find governmental action inconsistent with the rights and freedoms set out in the Charter.

In determining whether or not there was "governmental action" that would bring the *Charter* into play the court found that the fact that the appellant sought declarations relating to the expenditure of funds rather than seeking to have the legislation itself declared unconstitutional was significant. The court held at pp. 556-57:

There was no evidence that the Council of Regents was in any way involved in decisions relating to the expenditure of the funds received by O.P.S.E.U. pursuant to the mandatory check-off clause. The mere making of the funds available to the union by the Council without direction of any kind as to use does not convert the union's expenditures into governmental action. The use of the dues by O.P.S.E.U. was a private activity by a private organization and hence beyond the reach of the Charter.

Nonetheless, the court briefly outlined its views on whether or not there was an infringement of the appellant's rights under the *Charter*. In its opinion, there is no infringement of the appellant's right to freedom of association in this context. The court noted at p. 562 that freedom of association "safeguards the right of individuals to associate with each other for the purpose of protecting common interests and pursuing common goals." Requiring that dues be paid to the Union does not restrict this right because the employee remains free to associate with others and is free to oppose the Union. At most, the provisions create a financial bond.

The court refused to rule on whether the *Charter* includes freedom to "refrain from association", although it noted that this "negative" interpretation of the right to freedom of association runs counter to the Supreme Court of Canada rulings that the purpose of s. 2(d) of the *Charter* is to foster and protect the ability of a person to join with others to engage in activities toward a common purpose or goal. Even if such a

[TRADUCTION] Comme l'a souligné le juge White, il ne suffit pas de conclure que le Conseil des gouverneurs est un organisme gouvernemental pour régler la question de savoir si la Charte vise les activités reprochées en l'espèce; il est nécessaire de conclure qu'il y a eu acte gouvernemental incompatible avec les droits et libertés garantis par la Charte.

En décidant s'il y avait un «acte gouvernemental» susceptible d'entraîner l'application de la *Charte*, la cour a jugé important le fait que l'appelant demandait des jugements déclaratoires relatifs à l'utilisation des fonds, plutôt qu'une déclaration d'inconstitutionnalité du texte législatif lui-même. La cour conclut, aux pp. 556 et 557:

[TRADUCTION] Il n'y avait aucune preuve que le Conseil des gouverneurs a joué un rôle quelconque dans les décisions concernant l'utilisation des fonds perçus par le S.E.F.P.O. conformément à la clause de précompte obligatoire. Le simple fait pour le Conseil de mettre les sommes à la disposition du syndicat, sans donner d'instructions quant à leur utilisation, ne transformait pas les dépenses du syndicat en acte gouvernemental. L'utilisation des cotisations par le S.E.F.P.O. était une activité privée d'une organisation privée et donc soustraite à l'application de la Charte.

Néanmoins, la cour a exposé brièvement son point de vue sur la question de savoir s'il y avait eu violation des droits de l'appelant garantis par la *Charte*. À son avis, le droit de l'appelant à la liberté d'association n'a pas été violé dans ce contexte. À la page 562, la cour fait observer que la liberté d'association [TRADUCTION] «sauvegarde le droit des particuliers de s'associer dans le but de protéger des intérêts communs et de poursuivre des objectifs communs». L'obligation de verser des cotisations au syndicat ne limite pas ce droit parce que l'employé reste libre de s'associer à autrui et est libre de s'opposer au syndicat. Tout au plus, ces dispositions créent un lien financier.

La cour a refusé de décider si la *Charte* inclut la liberté de [TRADUCTION] «s'abstenir de s'associer», quoiqu'elle ait fait remarquer que cette interprétation «négative» du droit à la liberté d'association va à l'encontre des arrêts de la Cour suprême du Canada selon lesquels l'al. 2d) de la *Charte* a pour objet de favoriser et de protéger la capacité de chacun de s'associer à autrui pour exercer des activités visant la réa-



negative freedom is constitutionally protected, the appellant's rights would not be infringed by the compulsion to pay union dues. The court stated at p. 565 that "[a] right to refrain from association does not, in our opinion, necessarily include a right not to be required to support an organization financially." Any restriction on how a union might spend its dues is a legislative matter rather than a matter for the courts. The court agreed with the trial judge's finding that the appellant's freedom of expression was not infringed.

On the issue of costs, the court agreed that there was nothing improper in obtaining backing to fund *Charter* litigation which could be prohibitively expensive for ordinary citizens. The court held that there was no reason why costs should not follow the event. The interveners, NUPGE, the CLC and the OFL, were seriously affected by the appellant's application and were entitled to their costs on appeal and at the trial level. Due to the limited involvement of the respondent Council of Regents at the appellate level, there was no order as to costs with respect to it.

### III. The Relevant Legislation

#### *The Colleges Collective Bargaining Act:*

51. An agreement is binding upon the Council, the employers and the employee organization that is a party to it and upon the employees in the bargaining unit covered by the agreement.

52. Every agreement shall be deemed to provide that the employee organization that is a party thereto is recognized as the exclusive bargaining agent for the bargaining unit to which the agreement applies.

53. — (1) The parties to an agreement may provide for the payment by the employees of dues or contributions to the employee organization.

#### The collective agreement:

12.01 There shall be an automatic deduction of an amount equivalent to the regular monthly membership

lisation d'un but ou d'un objectif commun. Même si une telle liberté négative était protégée par la Constitution, l'obligation de payer les cotisations syndicales ne violerait pas les droits de l'appelant. La cour déclare, à la p. 565, que [TRADUCTION] «[l]e droit de s'abstenir de s'associer ne comprend pas nécessairement, à notre avis, le droit de ne pas être tenu de soutenir financièrement une organisation». Toute restriction apportée à la manière dont un syndicat peut dépenser les cotisations qu'il perçoit est une question qui relève du législateur et non des tribunaux judiciaires. La cour a approuvé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a pas eu de violation de la liberté d'expression de l'appelant.

Quant aux dépens, la cour a convenu qu'il était tout à fait légitime d'obtenir un appui financier pour engager un recours fondé sur la *Charte* que les citoyens ordinaires n'auraient pas les moyens de défrayer. La cour a décidé qu'il n'y avait aucune raison pour que les dépens ne suivent pas l'issue de la cause. Les intervenants, le SNFPP, le CTC et la FTO, ont été touchés sérieusement par la requête de l'appelant et avaient droit à leurs dépens en appel et en première instance. Comme le Conseil des gouverneurs intimé a peu participé à l'appel, aucuns dépens n'ont été accordés à son égard.

### III. La législation pertinente

#### *La Loi sur la négociation collective dans les collèges:*

51 La convention lie le Conseil, les employeurs et l'association d'employés qui y est partie, ainsi que les employés compris dans l'unité de négociation visée par la convention.

52 Chaque convention est réputée prévoir que l'association d'employés qui est partie à la convention est reconnue comme agent négociateur exclusif de l'unité de négociation visée par la convention.

53 (1) Les parties à la convention peuvent prévoir le paiement de cotisations à l'association d'employés par les employés.

#### La convention collective:

[TRADUCTION] 12.01 Une somme équivalant à la cotisation mensuelle ordinaire est déduite automatiquement

dues from the salaries of all employees in the bargaining unit covered hereby.

*The Canadian Charter of Rights and Freedoms:*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(d) freedom of association.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

IV. The Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on August 21, 1989:

1. Did the Ontario Court of Appeal correctly hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the circumstances of this case, on the basis that the substance of the application concerns the expenditure of funds by the respondent Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), and not the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to OPSEU?

2. If the answer to question 1 is in the negative, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU, as provided for in article 12.01 of the collective agreement between the respondent Ontario Council of Regents and the respondent OPSEU pursuant to

du salaire de chaque employé faisant partie de l'unité de négociation visée par les présentes.

*La Charte canadienne des droits et libertés:*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

d) liberté d'association.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

IV. Les questions en litige

Le 21 août 1989, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas dans les circonstances de la présente affaire, pour le motif que la requête porte essentiellement sur les dépenses effectuées par l'intimé le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario (SEFPO) et non sur l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales du SEFPO?

2. Si la réponse à la première question est négative, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO, tel que prévu à l'article 12.01 de la convention collective intervenue entre l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Ontario et l'intimé le SEFPO con-

ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74?

3. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

5. If the answer to either of questions 3 or 4 is affirmative, is the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU justified in whole or in part by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

#### V. Analysis

##### 1. *Does the Charter Apply?*

Section 32(1) 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 including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

The parties are fundamentally divided over the substance of Mr. Lavigne's complaint in this appeal. The respondent Union maintains that Mr. Lavigne is really taking issue with its spending decisions and not with the compelled contribution of dues *simpliciter*. OPSEU and the interveners all argue that the question of how the Union spends its dues is beyond *Charter* review. They say that the Union is a private entity and that the *Charter* does not apply to private

formément aux art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74?

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

5. Si la réponse à l'une ou l'autre des troisième ou quatrième questions est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO est-elle justifiée en totalité ou en partie par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

#### V. Analyse

##### 1. *La Charte s'applique-t-elle?*

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* est ainsi conçu:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Les parties défendent un point de vue radicalement opposé sur le fond de la plainte de M. Lavigne dans ce pourvoi. Le syndicat soutient que M. Lavigne conteste vraiment ses décisions de dépenser et non l'obligation de cotiser en soi. Le SEFPO et les intervenants affirment tous que la question de la façon dont le syndicat dépense ses cotisations échappe à l'examen fondé sur la *Charte*. Selon eux, le syndicat est une entité privée et la *Charte* ne s'applique pas aux

entities. Accordingly, how the Union spends its dues is not a decision susceptible of constitutional attack.

Mr. Lavigne, on the other hand, maintains that the focus of his complaint is on the fact that he is compelled to contribute to the Union. He says that whether or not he might be willing to contribute to OPSEU for some purposes rather than others is a matter to be considered under s. 1 of the *Charter* and not under s. 32.

It should perhaps be noted that it was precisely this issue, the proper characterization of the appellant's dispute, that drove White J. and the Court of Appeal to different conclusions respecting the applicability of the *Charter* in this case. The trial judge saw the case as raising the issue of the compelled contribution of union dues irrespective of the use to which these dues were put. He distinguished opposing case law on this basis. Contrariwise, the Court of Appeal saw in Mr. Lavigne's action an attack on union spending plain and simple.

It is true that other courts have treated the issue of the real focus of challenges mounted against various forms of union security as virtually determinative of the question of the applicability of the *Charter*. In *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386 (B.C.S.C.), a group of employees sought to challenge an article in a collective agreement between the union and Famous Players Ltd. which provided for a "union shop", i.e., the employer agreed to hire only those projectionists supplied by the union. The petitioners were unable to find full-time work because the respondent Union would not admit them to membership. They sought to challenge this article on the basis that it infringed their *Charter* rights.

In dealing with the question of the application of the *Charter* the petitioners argued that the Constitution did apply to the collective agreement (and therefore the impugned article) because the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, expressly

entités privées. Par conséquent, la façon dont le syndicat dépense ses cotisations n'est pas une décision attaquant sur le plan constitutionnel.

En revanche, M. Lavigne soutient que sa plainte porte essentiellement sur le fait qu'il est forcé de verser des cotisations au syndicat. Il dit que la question de savoir s'il pourrait être disposé à verser des cotisations au SEFPO pour certaines fins et non pour d'autres doit être tranchée à la lumière de l'article premier de la *Charte* et non de l'art. 32.

Il y aurait peut-être lieu de souligner que c'est précisément cette question, la façon dont il convient de qualifier la contestation de l'appelant, qui a amené le juge White et la Cour d'appel à tirer des conclusions différentes quant à l'applicabilité de la *Charte* en l'espèce. Le juge de première instance a estimé que l'affaire soulevait la question de l'obligation de verser des cotisations syndicales, peu importe l'utilisation qui en était faite. C'est cet aspect qui l'a conduit à faire la distinction d'avec la jurisprudence contraire. Pour la Cour d'appel, par contre, l'action de M. Lavigne est purement et simplement une attaque contre les dépenses du syndicat.

Il est vrai que d'autres tribunaux ont estimé que la question de la cible véritable des attaques contre diverses formules de sécurité syndicale était pratiquement décisive quant à la question de l'applicabilité de la *Charte*. Dans *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386 (C.S.C.-B.), un groupe d'employés ont contesté un article d'une convention collective entre le syndicat et Famous Players Ltd., qui prescrivait un «atelier syndical», c'est-à-dire que l'employeur s'engageait à n'embaucher que les projectionnistes fournis par le syndicat. Les requérants n'avaient pu obtenir de travail à plein temps parce que le syndicat intimé n'avait pas accepté leur adhésion. Ils ont contesté cet article pour le motif qu'il violait leurs droits garantis par la *Charte*.

Au sujet de l'application de la *Charte*, les requérants ont soutenu que la Constitution s'appliquait à la convention collective (et par conséquent à l'article attaqué) parce que le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212, permettait

permitted such provisions. Section 9(1) of that Act provided:

9. (1) This Act shall not be construed as precluding the parties to a collective agreement from inserting in it a provision

- (a) requiring membership in a specified trade union as a condition of employment;
- (b) granting preference in employment to members of a specified trade union; or
- (c) precluding the carrying out of such provisions.

Gibb J. found, however, that the petitioners did not wish to impeach the statute but only the article in the collective agreement. At page 396 of his reasons he said:

It is important to note, in considering this ground, that the petitioners do not seek to impeach these, or any other, provisions of the *Labour Code* as being inconsistent with the Charter under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Their challenge is to the closed-shop clause of the collective agreement, and it was the unanimous request of all parties that I limit these reasons to answering the question posed. Given what I have already said about the intent and meaning and purpose of the Charter, it seems to me that a considerable feat of mental gymnastics is required to find that a clause in a contract is void and of no effect because inconsistent with the Charter, without preceding it by a finding that the law which gives it life is void and of no effect because inconsistent.

In *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301 (B.C.S.C.), the petitioner was employed as a correctional officer by the provincial government. He was a member of the bargaining unit represented by the respondent, B.C.G.E.U., but was not a member of the union. Section 14 of the *Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 346*, provided that every collective agreement was to contain a compulsory dues check-off provision. Mr. Baldwin objected to the dues which he was compelled by statute to pay being put to certain political, social and economic causes. Mackoff J. dismissed the application. He found unpersuasive counsel's argument that constitutional

expressément de telles dispositions. Le paragraphe 9(1) de cette loi est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 9. (1) La présente loi ne doit pas être interprétée comme empêchant les parties à une convention collective d'y insérer une disposition

- a) prescrivant l'adhésion à un syndicat précis comme condition d'emploi;
- b) accordant la préférence en matière d'embauchage aux membres d'un syndicat précis; ou
- c) empêchant l'application de telles dispositions.

Le juge Gibb a toutefois conclu que les requérants ne voulaient pas faire invalider la Loi mais seulement l'article de la convention collective. À la page 396 de ses motifs, il dit:

[TRADUCTION] En examinant ce moyen, il importe de souligner que les requérants ne cherchent pas à faire invalider ces dispositions, ou d'autres, du *Labour Code*, pour le motif qu'elles sont incompatibles avec la Charte au sens de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils contestent la clause d'exclusivité syndicale de la convention collective, et c'est à l'unanimité que les parties m'ont demandé de me contenter, dans ces motifs, de répondre à la question posée. Étant donné ce que j'ai déjà dit au sujet de l'intention, du sens et de l'objet de la Charte, il me semble que, pour conclure qu'une disposition d'un contrat est nulle et sans effet parce qu'elle est incompatible avec la Charte, sans avoir d'abord conclu que la loi qui l'autorise est elle-même nulle et sans effet en raison de son incompatibilité, l'on doit se livrer à une gymnastique intellectuelle hors du commun.

Dans *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301 (C.S.C.-B.), le requérant était un agent de correction au service du gouvernement provincial. Il faisait partie de l'unité de négociation représentée par l'intimé, le B.C.G.E.U., mais n'avait pas adhéré au syndicat. L'article 14 de la *Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 346*, disposait que chaque convention collective devait comporter une clause de précompte obligatoire des cotisations syndicales. Monsieur Baldwin s'est opposé à ce que les cotisations que la Loi l'obligeait à verser servent à soutenir certaines causes politiques, sociales et économiques. Le juge Mackoff a rejeté sa requête. Il a jugé non convaincant l'argument de l'avocat selon lequel il fallait considérer l'article en cause comme incluant

limitation should be read into the section. At pages 304-5 he stated:

Unlike the statute in the *Hoogbruin* case, which gave a right and by failing to do something took that right away, s. 14 neither gives to the petitioner nor takes away from him any entitlement to say as to how the union is to spend its dues money. Nor does the statute regulate the union in the expenditure of these funds. Such expenditures are made by the union executive, democratically elected by the members and in accordance with the B.C.G.E.U. constitution.

In my view, neither *Re Bhindi* nor *Re Baldwin* adequately addresses the issue of the *Charter's* application to collective agreements and union security provisions in particular. To my mind, it is insufficient to attempt to deal with the applicability issue by narrowly or broadly construing the character of a claim. This is not to say that the Court ought not to pay heed to the way in which such complaints are framed. Indeed, in this case, the fact that the appellant has focused on compelled contributions and not on union expenditures will have important ramifications for the disposition of this appeal. However, I do not think the matter can be dealt with in a satisfactory way simply by framing the issue as to whether the *Charter* applies in terms of whether the appellant's claim is "about" union spending specifically or the Rand formula generally. Fortunately, this Court has recently had several opportunities to consider the scope and meaning of s. 32(1) of the *Charter* and these decisions provide helpful guidance for determining this difficult issue.

In *Dolphin Delivery, supra*, the appellant union (RWDSU) was the federally certified bargaining agent for a group of employees who had been locked out during an industrial dispute by their employer Purolator, a courier company. The union threatened to picket the premises unless Dolphin Delivery ceased to do business with Purolator and its related companies. Relying on common law torts governing industrial disputes, the respondent delivery company applied for and was granted a *quia timet* injunction restraining the "secondary" picketing from proceeding before it had begun. On appeal of that order RWDSU invoked s. 2(b) of the *Charter* arguing that the common law rules supporting the injunction

une restriction constitutionnelle. Il dit, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] Contrairement à la loi en cause dans l'affaire *Hoogbruin*, qui attribuait un droit et qui, en omettant d'accomplir quelque chose, retirait ce droit, l'art. 14 ne confère au requérant aucun droit de dire son mot quant à la manière dont le syndicat doit dépenser ses cotisations et ni ne le lui retire. La Loi ne réglemente pas non plus l'utilisation que fait le syndicat de ces fonds. C'est le bureau, élu démocratiquement par les membres, qui engage ces dépenses, conformément à la constitution du B.C.G.E.U.

À mon avis, ni *Re Bhindi* ni *Re Baldwin* n'abordent de façon adéquate la question de l'application de la *Charte* aux conventions collectives et aux clauses de sécurité syndicale, en particulier. À mon sens, il ne suffit pas de tenter de régler la question de l'applicabilité par une interprétation stricte ou large de la nature d'une demande. Cela ne veut pas dire que la cour ne doit pas tenir compte de la formulation de la plainte. En réalité, le fait, en l'espèce, que l'appelant a mis l'accent sur l'obligation de cotiser et non sur les dépenses du syndicat aura d'importantes répercussions sur l'issue de ce pourvoi. Toutefois, je ne pense pas que l'on puisse statuer de manière satisfaisante sur la question de l'applicabilité de la *Charte* simplement en se demandant si la demande de l'appelant «porte» précisément sur les dépenses du syndicat ou, de façon générale, sur la formule Rand. Heureusement, notre Cour a récemment eu plusieurs occasions d'examiner la portée et le sens du par. 32(1) de la *Charte* et ces décisions constituent un guide utile pour trancher cette question difficile.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, le syndicat appelant (SDGMR) était accrédité en vertu de la loi fédérale comme agent négociateur d'un groupe d'employés lock-outés au cours d'un conflit de travail par leur employeur Purolator, une entreprise de messageries. Le syndicat avait menacé de faire du piquetage à l'établissement de Dolphin Delivery à moins qu'elle ne cesse de faire affaires avec Purolator et ses sociétés connexes. Invoquant des délits civils de common law relatifs aux conflits du travail, la société de messageries intimée a demandé et obtenu une injonction *quia timet* interdisant le piquetage «secondaire» avant qu'il n'ait commencé. Interjetant appel contre cette ordonnance, le SDGMR a invoqué

unreasonably infringed the union's freedom of expression. One of the issues this Court had to decide was whether in the circumstances the union could invoke the protection of the *Charter*.

McIntyre J., writing for the majority, was thus faced with two questions: (1) whether the *Charter* applies to the common law; and (2) whether the *Charter* applies to private litigation. Relying on s. 52, McIntyre J. noted that it would be "wholly unrealistic" to hold that the *Charter* did not apply to the common law. The real problem, in his view, was whether the *Charter* applied to the common law in the context of private litigation divorced completely from any connection with government. McIntyre J. saw as an essential feature of the *Charter* its primary focus on government and not private citizens. Hence, it was his view that the *Charter* applied only to government and not to private actors. At pages 598-99 he said:

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority.

As to the scope of what was meant by the term "legislation" McIntyre J. said at p. 602:

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures. It is not suggested that this list is exhaustive.

*Dolphin Delivery* thus established that the *Charter* at least applies to traditional government bodies and to the quintessential fruits of government action, legislation.

In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the next case to deal with this

l'al. 2b) de la *Charte*, faisant valoir que les principes de common law qui justifiaient l'injonction portaient atteinte déraisonnablement à la liberté d'expression du syndicat. Notre Cour devait notamment décider si, dans les circonstances, le syndicat pouvait invoquer la protection de la *Charte*.

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, a donc dû répondre à deux questions: (1) la *Charte* s'applique-t-elle à la common law, et (2) s'applique-t-elle aux litiges privés? S'appuyant sur l'art. 52, le juge McIntyre a fait observer qu'il serait «totalement irréaliste» d'affirmer que la *Charte* ne s'applique pas à la common law. Le vrai problème, selon lui, est de savoir si elle s'applique à la common law dans le contexte de litiges privés qui n'ont absolument rien à voir avec le gouvernement. Pour le juge McIntyre, la *Charte* est essentiellement axée sur le gouvernement et non sur les simples citoyens. Voilà pourquoi il est d'avis que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement et non aux acteurs privés. Aux pages 598 et 599, il dit:

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif.

Quant à la portée du terme «législation», le juge McIntyre dit, aux pp. 602 et 603:

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Cette liste n'est certes pas exhaustive.

L'arrêt *Dolphin Delivery* a donc établi que la *Charte* s'applique à tout le moins aux organes traditionnels de gouvernement et aux fruits qui sont la quintessence de l'action gouvernementale, c'est-à-dire la législation.

Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, l'affaire suivante qui a traité de

issue, a different question faced the Court, namely whether the *Charter* applied to an order of an adjudicator appointed by statute. In that case an employee who had been dismissed from his employment without just cause grieved his discharge under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. The arbitrator who heard the grievance found the dismissal to be unlawful and ordered the employer to respond to requests for references concerning the dismissed employee in certain circumscribed ways. Slight Communications objected to the order on the ground that it infringed its freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

Lamer J. [as he then was], writing for a unanimous Court on this issue, held that the *Charter* applies to an adjudicator such as the one who made the impugned order. At pages 1077-78 he explained:

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. [Emphasis in original.]

*Slight Communications* thus established that an entity need not be part of "government" in the strict sense adopted by McIntyre J. in *Dolphin Delivery* in order to attract constitutional review.

The true reach of this expanded notion of government came before the Court for authoritative examination in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. At issue in *McKinney* was the constitutionality of the policy of mandatory retirement in force at several of Ontario's universities. As the universities clearly were neither "government" in the sense contemplated in *Dolphin Delivery* nor were exclusively creatures of statute similar to the statutorily appointed labour arbitrator in *Slight Communications*, the Court was required to consider the scope of the application of the *Charter* in relation to such bodies. I proposed a comprehensive test for deter-

cette question, la Cour devait répondre à une question différente: la *Charte* s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un arbitre nommé en vertu d'une loi? Dans cette affaire, un employé qui avait été congédié sans motif valable avait porté plainte en vertu du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1. L'arbitre qui a entendu le grief a jugé le congédiement illégal et a ordonné à l'employeur de donner certaines réponses précises aux demandes de renseignements concernant l'employé renvoyé. Slight Communications s'est opposée à l'ordonnance pour le motif qu'elle violait sa liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

S'exprimant au nom de la Cour, qui était unanime sur cette question, le juge Lamer [maintenant Juge en chef] a décidé que la *Charte* s'applique à un arbitre comme celui qui a rendu l'ordonnance attaquée. À la page 1077, il explique:

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. [Souligné dans l'original.]

L'arrêt *Slight Communications* a donc établi qu'il n'est pas nécessaire qu'une entité fasse partie du «gouvernement» au sens strict, tel que défini par le juge McIntyre dans *Dolphin Delivery*, pour qu'elle puisse faire l'objet d'un examen fondé sur la Constitution.

La Cour s'est prononcée sur la portée véritable de cette notion élargie du gouvernement dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Dans *McKinney*, la question en litige était la constitutionnalité de la politique de retraite obligatoire en vigueur dans plusieurs universités ontariennes. Comme les universités ne faisaient évidemment pas partie du «gouvernement» au sens prévu dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, et qu'elles n'étaient pas non plus exclusivement des créatures de la loi, comme l'arbitre en matière de relations de travail nommé en vertu d'une loi dans *Slight Communications*, la Cour devait déterminer dans quelle mesure la *Charte* s'appliquait à pareils organismes. J'ai pro-



mining *Charter* applicability to so-called “non-governmental” bodies. At page 370 I said:

... I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?
2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?
3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

One of the questions that arose in *McKinney* was whether the *Charter* could only be invoked against a government actor, broadly construed, or whether it could also apply to what would otherwise be a non-government actor when it engaged in government action. I noted that the “control test” embraces both of these possibilities in that it asks whether the government controls in a general way an entity that is not part of the legislative, executive or administrative branches of government, or whether there is a clear nexus between government and the particular activity under attack. It was my view that an exclusive focus on whether such a specific and defined nexus existed between government and the impugned act was problematic. At pages 360-61 I said:

More problematic, in my view, is the second limb of the control test: namely, the search for a specific nexus between government and the impugned act. In many instances, it may be that the relevant branch of government does not exercise control over the entity’s activities in as direct a way as in the *Douglas College* case, but that the entity is nonetheless a governmental actor. One need only think of those bodies that are created by statute, that depend heavily on government funding and that receive broad policy directives concerning their overall mandate from one of the branches of government, but that are deliberately placed at arm’s length and given the freedom to make a wide range of choices

posé un critère large pour déterminer l’applicabilité de la *Charte* aux organismes dits «non gouvernementaux». À la page 370, je dis:

... je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n’est pas évident en soi qu’elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l’entité en question?
2. L’entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l’État?
3. L’entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d’atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

L’une des questions soulevées dans *McKinney* était de savoir si la *Charte* pouvait être invoquée seulement à l’encontre d’un acteur gouvernemental, au sens large, ou si elle pouvait aussi s’appliquer à ce qui, par ailleurs, constituait un acteur non gouvernemental au moment d’accomplir un acte gouvernemental. J’ai souligné que le «critère de contrôle» englobait ces deux possibilités, car il exige que l’on vérifie si le gouvernement exerce un contrôle général sur une entité qui ne fait pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, ou s’il y a un lien clair entre le gouvernement et l’activité particulière contestée. J’ai émis l’opinion que le fait de se demander seulement s’il y a un lien précis et défini entre le gouvernement et l’action contestée posait des problèmes. Aux pages 360 et 361, je dis:

À mon avis, le deuxième volet du critère de contrôle pose plus de problèmes: c’est-à-dire, la recherche d’un lien précis entre le gouvernement et l’action contestée. Dans plusieurs cas, il est possible que la branche pertinente du gouvernement n’exerce pas de contrôle sur les activités de l’entité d’une manière aussi directe que dans l’affaire *Douglas College*, mais que l’entité demeure néanmoins un acteur gouvernemental. Il suffit de penser à ces organismes qui sont créés par des lois, qui dépendent considérablement des subventions du gouvernement et qui sont avisés par l’une des branches du gouvernement des grandes lignes directrices de leur mandat général, mais que l’on garde délibérément à distance, et

about how to implement particular policies. This kind of arrangement is hardly novel, particularly in areas where ministers and government departments do not wish to be involved in complex and politically sensitive decisions concerning the allocation of government funds or the specific application of particular policies. Decisions of these kinds often require choosing between irreconcilable demands, and governments have therefore frequently found it prudent to create agencies or tribunals that can make these decisions free from political pressure. Thus, even although such arm's length organizations have often been created with a view to performing tasks that a government department had previously performed or might otherwise have performed, one cannot necessarily point to a nexus between the government and the arm's length organization's day-to-day activities.

I fully appreciate that in *McKinney* and the appeals which were heard along with it only two of my colleagues endorsed my test for determining whether or not a body is a government actor for purposes of s. 32(1) of the *Charter*. On the other hand, I am unable to find a different test of general application enunciated in the reasons of the majority. Those reasons appear to me to reflect an *ad hoc* approach to the status of each entity brought before the Court in order to determine whether or not it forms "part of the apparatus of government" so as to be subject to *Charter* review. This being so, I do not feel as constrained by precedent as I otherwise might. Indeed, I am unchastened in the view that this Court has a duty to take a structured approach to this issue and establish appropriate criteria if at all possible for distinguishing those bodies which are subject to *Charter* constraint from those which are not. In any event, whether I am right or wrong on this, I believe that the *ad hoc* approach would yield the same result in this particular case.

What then is to be gleaned from the case law to date? It seems to me that the decisions of the Court establish that there are two ways in which the *Charter* may be invoked. First, the *Charter* applies to acts of "government". What constitutes "government" for this purpose includes not only the legislative, execu-

qui ont une vaste marge de manœuvre quant à la mise à exécution de politiques particulières. Ce genre d'arrangement n'est guère nouveau, particulièrement dans les domaines où les ministres et ministères ne veulent pas s'immiscer dans des décisions complexes et politiquement délicates concernant la répartition des fonds publics ou l'application précise de politiques particulières. Ce genre de décisions oblige souvent à faire un choix entre des demandes irréconciliables et les gouvernements ont donc souvent jugé prudent de créer des organismes ou des tribunaux administratifs qui peuvent prendre ces décisions en l'absence de pression politique. Ainsi, même si ces organismes qui n'ont pas de lien de dépendance ont souvent été créés en vue de remplir des fonctions qu'un ministère remplissait auparavant ou qu'il aurait pu autrement remplir, on ne peut forcément déceler de rapport entre le gouvernement et les activités quotidiennes de cette organisation qui n'a pas de lien de dépendance.

Je suis parfaitement consciente que, dans le pourvoi *McKinney* et les autres pourvois qui ont été entendus en même temps que lui, seuls deux de mes collègues ont approuvé le critère que je proposais pour déterminer si un organisme est un acteur gouvernemental aux fins du par. 32(1) de la *Charte*. En revanche, je suis incapable de trouver un critère d'application générale différent dans les motifs de la majorité. Ces motifs me semblent refléter une façon ponctuelle d'aborder le statut de chaque entité en cause devant la Cour afin de déterminer si elle fait «partie de l'appareil gouvernemental» et peut ainsi faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Cela étant, je ne me sens pas aussi liée par les précédents que je pourrais l'être autrement. En fait, je continue de penser que notre Cour a le devoir d'aborder de façon structurée cette question et d'établir des critères appropriés, dans la mesure du possible, qui permettront de distinguer les organismes qui sont soumis à la contrainte de la *Charte* de ceux qui ne le sont pas. En tout état de cause, peu importe que j'aie raison ou non sur ce point, je crois que la méthode ponctuelle conduirait au même résultat en l'espèce.

Que nous enseigne donc la jurisprudence jusqu'à maintenant? Il me semble que les arrêts de la Cour établissent qu'il y a deux façons dont la *Charte* peut être invoquée. Premièrement, elle s'applique aux actes du «gouvernement». Ce qui constitue le «gouvernement» à cette fin comprend non seulement les

tive or administrative branches of government in the sense contemplated by McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, but also other non-traditional government bodies such as those contemplated in *Slaight Communications* and *McKinney*. In other words, the *Charter* applies to “government” entities broadly construed. Second, an activity will be subject to *Charter* review if, even although the act was not performed by “government”, it was subject to such significant government control that it may effectively be considered an act of government for *Charter* purposes.

Applying these principles from the case law to the present appeal, it can readily be seen that the application of s. 32 in this case is complex indeed. There are two entities involved, the Union and the School of Mines acting through the Council of Regents, and two particular acts, the enactment of a permissive provision in the legislation and the collection of dues pursuant to it. I turn then to consider whether any of these bodies or acts are sufficiently “governmental” to invite application of the *Charter*.

#### (a) Government Actors

It goes without saying that unions are not, even on the broad test suggested in *McKinney*, governmental entities. Indeed, part of the *raison d'être* of unions, especially public sector unions, is to challenge and work in opposition to government. This is not to say that no union could ever be considered to be part of “government” for the purposes of s. 32. It may well be that some unions are so intimately connected with government that their actions will be subject to constitutional scrutiny. In this case, however, it is clear that OPSEU is not in such a symbiotic relationship with government and consequently its actions standing by themselves do not fall within the scope of s. 32.

What is the effect of finding that the Union is not a governmental entity? OPSEU argues that if the *Charter* does not apply to the Union the manner in which

branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, au sens que le juge McIntyre a donné à ce mot dans *Dolphin Delivery*, mais encore d'autres organismes gouvernementaux non traditionnels, comme ceux dont il a été question dans les arrêts *Slaight Communications* et *McKinney*. Autrement dit, la *Charte* s'applique aux entités «gouvernementales» au sens large. Deuxièmement, une activité fera l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* si, bien que l'acte n'ait pas été accompli par le «gouvernement», il était assujéti à un contrôle si important de la part du gouvernement qu'il peut en fait être considéré comme un acte gouvernemental aux fins de la *Charte*.

Si l'on applique au présent pourvoi ces principes tirés de la jurisprudence, l'on peut constater sans peine que l'application de l'art. 32 est vraiment complexe. D'une part, deux entités sont en cause, soit le syndicat et l'École des mines qui agit par l'intermédiaire du Conseil des gouverneurs, et d'autre part, deux actes particuliers sont visés, soit l'adoption d'une disposition législative facultative et la perception de cotisations en conformité avec celle-ci. Je vais alors examiner la question de savoir si l'un ou l'autre de ces organismes ou de ces actes est suffisamment «gouvernemental» pour que la *Charte* lui soit applicable.

#### *f* a) Acteurs gouvernementaux

Il va sans dire que les syndicats ne sont pas, même suivant le critère général proposé dans *McKinney*, des entités gouvernementales. En fait, les syndicats ont notamment pour raison d'être, surtout ceux du secteur public, de contester l'action du gouvernement, de s'y opposer. Cela ne veut pas dire qu'aucun syndicat ne pourrait jamais être considéré comme faisant partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32. Il se peut bien que certains syndicats soient si intimement liés avec le gouvernement que leurs actions soient sujettes à un examen fondé sur la Constitution. Il ne fait cependant aucun doute, en l'espèce, que le SEFPO et le gouvernement ne sont pas en symbiose et que, par conséquent, les actions du syndicat sont, en soi, soustraites à l'application de l'art. 32.

Quel est l'effet de la conclusion que le syndicat n'est pas une entité gouvernementale? Le SEFPO soutient que, si la *Charte* ne s'applique pas à lui, la

it spends its dues is completely protected from constitutional review. I do not believe this follows. If the collection of union dues pursuant to the Rand formula is somehow governmental in nature, and one of the effects of this governmental action is that dues are spent in constitutionally offensive ways, then it seems to me that union spending may well factor into the constitutional analysis. This would flow from the fact that government activity may violate guaranteed rights and freedoms under the *Charter* either through its purpose or its effect: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. However, I would quickly add that because government action may have this effect and thus bring the issue of union spending into the constitutional equation does not mean that a remedy for the infringement of *Charter* rights and freedoms will necessarily lie against the Union or that the government may thereby regulate how the Union chooses to spend its money. Because the *Charter* only applies to government, the issues of liability and relief can only be determined in relation to government and not private actors.

We must look, therefore, to the other actor involved in the collection and expenditure of union dues. It is my view that the application of the three-part test advanced in *McKinney* leads to the conclusion that the School of Mines acting through the Council of Regents is a government entity and that the *Charter* applies to it.

#### *The "Control Test"*

There is no question but that the School of Mines is a governmental entity. Community colleges are established and governed by the Minister of Colleges and Universities. The Minister, on behalf of the provincial government, determines the activities engaged in by the colleges. Legislation authorizes the Minister to make regulations governing their administration, college curricula, admission requirements, tuition fees and teaching qualifications. A substantial portion of the costs of establishment and maintenance of the colleges is paid out of government funds, both

manière dont il dépense les cotisations qu'il perçoit échappe complètement à un examen fondé sur la Constitution. Je ne crois pas que cela s'ensuive. Si la perception de cotisations syndicales conformément à la formule Rand est en quelque sorte de nature gouvernementale et que cette action gouvernementale fait notamment en sorte que l'utilisation des cotisations est inconstitutionnelle, il me semble alors qu'il y a peut-être lieu de tenir compte des dépenses du syndicat comme facteur dans l'analyse constitutionnelle. Il en est ainsi du fait que l'activité du gouvernement peut porter atteinte à des droits et à des libertés garantis par la *Charte*, en raison soit de son objet, soit de ses effets: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Toutefois, je m'empresse d'ajouter que, parce que l'action gouvernementale peut avoir cet effet et ainsi faire en sorte que la question des dépenses du syndicat soit pertinente à l'analyse constitutionnelle, cela ne signifie pas qu'un recours pour atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte* sera nécessairement disponible contre le syndicat ou que le gouvernement peut ainsi régler la façon dont le syndicat choisit de dépenser ses fonds. Puisque la *Charte* s'applique seulement au gouvernement, les questions de responsabilité et de réparation ne peuvent être tranchées que par rapport au gouvernement et non aux acteurs privés.

Nous devons donc tenir compte de l'autre acteur qui participe à la perception et à l'utilisation des cotisations syndicales. À mon avis, l'application du critère à trois volets énoncé dans *McKinney* nous amène à conclure que l'École des mines, qui agit par l'intermédiaire du Conseil des gouverneurs, est une entité gouvernementale et que la *Charte* s'y applique.

#### *Le «critère du contrôle»*

Il ne fait aucun doute que l'École des mines est une entité gouvernementale. Les collèges communautaires sont établis et régis par le ministre des Collèges et Universités. Au nom du gouvernement provincial, le Ministre détermine le champ d'activité des collèges. La Loi l'autorise à prendre des règlements touchant leur administration, les programmes, les conditions d'admission, les frais de scolarité et les qualifications requises pour enseigner. Une partie importante des frais d'établissement et d'entretien des collèges est financée à même les fonds du gou-

provincial and federal, earmarked for education. The Minister also exercises a substantial degree of control over the capital expenditures and financing of the colleges: see *Ministry of Colleges and Universities Act*, R.S.O. 1980, c. 272, ss. 4 and 5.

It is also clear that the Council of Regents is controlled by government. The Council is a statutory body designated by the legislation as a Crown agent and entirely composed of members appointed by the Lieutenant Governor in Council. The purpose of the Council is to "assist" the Minister in the planning, establishment and coordination of programmes of instruction and services for the colleges. Under the Regulations the Boards of Governors of the colleges are subject to the control of the Council which in turn is subject to the control of the Minister: see *Ministry of Colleges and Universities Act*, s. 5(2) and R.R.O. 1980, Reg. 640. The Council is responsible for collective bargaining under s. 6(1) of the Regulations. As well, under s. 2(3) of the *Colleges Collective Bargaining Act* the Council has exclusive responsibility for all negotiations on behalf of employers covered by the Act.

In my view, the government controls the School of Mines and the Council of Regents so that these entities should be viewed as part of government for purposes of s. 32. I find, therefore, that the application of the control test provides a strong indication that the compelled payment of dues to the union through the joint action of the Council and OPSEU is government action for purposes of the *Charter*.

#### *The Government Function Test*

In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, the role of government in the creation of Canadian community colleges was examined, revealing that these educational institutions are creatures of government and always have been. This is no less true for Ontario community colleges including the Haileybury School of Mines. The community college system in Ontario was created in 1965 with the passage of the *Department of Educa-*

vement, tant provincial que fédéral, réservés à l'éducation. Le Ministre exerce en outre un contrôle important sur les dépenses en capital et le financement des collèges: voir les art. 4 et 5 de la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272.

Il est également clair que le Conseil des gouverneurs est contrôlé par le gouvernement. Le Conseil est un organisme créé par une loi qui en fait un mandataire de l'État et dont tous les membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. L'objet du Conseil est de prêter son «assistance» au Ministre pour la planification, l'établissement et la coordination des programmes et des services des collèges. Aux termes du Règlement, les conseils d'administration des collèges sont assujettis au contrôle du Conseil, qui lui est soumis au contrôle du Ministre: voir par. 5(2) de la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités* et le règlement 640, R.R.O. 1980. En vertu du par. 6(1) du Règlement, la négociation collective ressortit à la compétence du Conseil. De la même façon, conformément au par. 2(3) de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, le Conseil a compétence exclusive à l'égard de toutes les négociations menées au nom des employeurs visés par la Loi.

À mon avis, le gouvernement contrôle l'École des mines et le Conseil des gouverneurs, de sorte que ces entités devraient être considérées comme faisant partie du gouvernement aux fins de l'art. 32. Je conclus donc que l'application du critère de contrôle laisse fortement à penser que le paiement forcé de cotisations au syndicat, en raison de l'action conjointe du Conseil et du SEFPO, constitue une action gouvernementale aux fins de la *Charte*.

#### *Le critère de la «fonction gouvernementale»*

Dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, la Cour a examiné le rôle joué par le gouvernement dans la création des collèges communautaires au Canada; il en est ressorti que ces établissements scolaires sont des créatures du gouvernement et qu'il en a toujours été ainsi. Cela est tout aussi vrai pour les collèges communautaires de l'Ontario, y compris l'École des mines de Haileybury. Le système des collèges com-

*tion Amendment Act 1965*, S.O. 1965, c. 28 (amending the *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, c. 94). Under that Act the Minister of Education was authorized to create colleges of applied arts and technology. Twenty-two colleges were established across the province. I conclude, therefore, that the provision of education at the community college level is a function of modern government.

#### *Statutory Authority and the Public Interest Test*

In *Douglas College*, *supra*, I applied this branch of the s. 32 test and found that it too had been met. The reasons I gave for so holding are equally applicable to the present appeal. At page 612 I said:

It has already been established that the College is an agent of the Crown and is empowered to conduct its affairs through its enabling statute. It has also been shown that the provision of technical education at the community college level is a matter for which the government has assumed responsibility. Government involvement in this area is easily justified. In brief, the availability of adequately trained technical support staff is essential to the successful growth and expansion of the economy. Technological advancement is thwarted without a sophisticated labour force ready to work in these fields. It has thus been in the public interest that educational services be provided in technical areas.

In my view, the School (including the Council of Regents) is an agent of the Crown. Certainly this has been the view of the Ontario Labour Relations Board for well over 20 years: see *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829. This view has recently been affirmed by the Board in *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293. In that case, OPSEU applied to the Board to be certified as the exclusive bargaining agent under the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. The Union argued that changes in the governing legislation — the repeal of the *Department of Education Act*, *supra*, and its replacement with the *Ministry of Colleges and Uni-*

munautaires ontariens a été mis sur pied en 1965 par suite de l'adoption de la *Department of Education Amendment Act 1965*, S.O. 1965, ch. 28 (modifiant la *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, ch. 94).

<sup>a</sup> Aux termes de cette loi, le ministre de l'Éducation était autorisé à créer des collèges d'arts appliqués et de technologie. Vingt-deux collèges ont été établis dans les diverses régions de la province. Je conclus que l'enseignement offert dans les collèges communautaires est une fonction du gouvernement contemporain.

#### *Le pouvoir conféré par la loi et le critère de l'intérêt public*

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *Douglas College*, précité, j'ai appliqué ce volet du critère de l'art. 32 et conclu qu'on y avait également satisfait. Les raisons que j'ai données à l'appui de cette conclusion sont également applicables au présent pourvoi. À la page 612, je dis:

Il a déjà été établi que le collège est un mandataire de la Couronne et qu'il a le pouvoir de diriger ses affaires en vertu de sa loi habilitante. J'ai également déjà indiqué que les programmes de formation technique offerts dans les collèges communautaires relèvent de la responsabilité du gouvernement. La participation du gouvernement dans ce domaine se justifie facilement. Brièvement, il est essentiel à l'évolution et au développement de l'économie de disposer d'un personnel de soutien technique ayant reçu une formation adéquate. Sans une main-d'œuvre évoluée prête à travailler dans ces domaines, le développement technologique est compromis. C'est donc dans l'intérêt public que des services d'éducation sont offerts dans les domaines techniques.

À mon avis, l'École (y compris le Conseil des gouverneurs) est un mandataire de l'État. C'est là certainement le point de vue qu'a retenu la Commission des relations de travail de l'Ontario depuis plus de 20 ans: voir *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829. La Commission a récemment confirmé ce point de vue dans *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293. Dans cette affaire, le SEFPO avait demandé à la Commission d'être accrédité comme agent négociateur exclusif en vertu de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228. Le syndicat a soutenu qu'étant donné les modifications apportées à la loi applicable — l'abrogation de la

*versities Act, supra* — suggested that the college was no longer an agent of the Crown and that therefore the *Labour Relations Act* applied to the employees seeking to be represented by the Union. The Board disagreed, holding that the labour relations of Sault College remained governed by public sector labour relations legislation. I agree with this decision and find that the Haileybury School of Mines is an agent of the Crown as is the Council of Regents.

As in *Douglas College*, the fact that the Council of Regents is a Crown agent established, funded and heavily controlled by government, together with the fact that the School of Mines is discharging a government function in the public interest, leads me to conclude that the School of Mines and the Council of Regents are part of government for purposes of s. 32(1) of the *Charter*.

Because this appeal was heard before the release of this Court's decision in *McKinney*, some of the issues raised by the parties have already been dealt with. Be that as it may, it would be helpful if some of these issues were specifically addressed and clarified in this appeal. Of particular interest is the submission of the Union that because what is at issue in this case is a term of employment jointly agreed upon by the bargaining agent and the Council of Regents, the *Charter* does not apply. To my mind, the fact that the impugned action is a product of the joint effort of government and a private entity does not make that action any less governmental for purposes of s. 32(1). Were it otherwise, all government contracts would be immune from judicial review. I cannot accept that government should be able to avoid its constitutional obligations simply by electing to govern its affairs through the vehicle of contract.

The Union also argues that the *Charter* should only apply to actions which are part of government's function and not to all acts performed by a government actor. Some support in the academic literature for this position may be found in Swinton, "Applica-

*Department of Education Act*, précitée, et son remplacement par la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, précitée — le collège n'était plus un mandataire de l'État et que, par conséquent, la *Loi sur les relations de travail* s'appliquait aux employés qui demandaient au syndicat de les représenter. La Commission a repoussé cet argument et a décidé que les relations de travail à Sault College continuaient d'être régies par la législation applicable aux relations du travail dans le secteur public. Je souscris à cette décision et je conclus que l'École des mines de Haileybury et le Conseil des gouverneurs sont des mandataires de l'État.

Comme c'était le cas dans *Douglas College*, le fait que le Conseil des gouverneurs soit un mandataire de l'État créé, financé et largement contrôlé par le gouvernement, conjugué au fait que l'École des mines exerce une fonction gouvernementale dans l'intérêt public, m'amène à conclure que l'École des mines et le Conseil des gouverneurs font partie du gouvernement aux fins du par. 32(1) de la *Charte*.

Comme ce pourvoi a été entendu avant que soit rendu l'arrêt *McKinney* de notre Cour, certaines questions soulevées par les parties ont déjà été tranchées. Quoiqu'il en soit, il serait utile d'aborder et de clarifier certaines de ces questions dans ce pourvoi. Le syndicat avance un argument qui présente beaucoup d'intérêt: il soutient que parce que la question en litige dans ce pourvoi porte sur une condition d'emploi arrêtée d'un commun accord par l'agent négociateur et le Conseil des gouverneurs, la *Charte* ne s'y applique pas. À mon sens, le fait que l'action contestée soit le produit de l'effort conjoint du gouvernement et d'une entité privée n'enlève pas à l'action son caractère gouvernemental aux fins du par. 32(1). Autrement, tous les contrats du gouvernement échapperaient au contrôle judiciaire. Je ne puis accepter que le gouvernement devrait être en mesure de se soustraire à ses obligations constitutionnelles en choisissant simplement de mener ses affaires au moyen d'un contrat.

Le syndicat affirme en outre que la *Charte* ne s'applique qu'aux actions qui font partie de la fonction du gouvernement et non à tous les actes accomplis par un acteur gouvernemental. Cette position reçoit un certain appui dans la doctrine: voir Swinton, «Appli-

tion of the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, in Tarnopolsky and Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), at p. 41. Professor Swinton does not appear to have taken a firm position that the *Charter* does not apply to government actions which are essentially of a private, commercial or contractual nature. As I perceive her argument, government contracting practices should be subject to the *Charter* so as to prevent government from using the contractual device to avoid judicial review: see p. 51. On the other hand, when one is dealing with Crown corporations, it may be stretching matters too far, in her view, to characterize their business activities as governmental functions. At pages 57-58 she states:

More difficulty lies with the range of subordinate agencies and Crown corporations subject to the Charter. One method for defining which of these fall within “government” would be to use a test of Crown agency, assuming one rejects an argument that government establishment or ownership *per se* brings them within the Charter, even if they have a corporate identity separate from the Crown. I do not believe that such a bright line test is helpful. A company such as Air Canada is similar in operation to private carriers like Canadian Pacific. It is regulated by the same government entity, the Canadian Transport Commission, and competes for routes and passengers. Its shareholders may be the people of Canada, but otherwise it is similar to any commercial airline. Why should the Charter be applied to its fare or hiring policies?

It is not necessary in this appeal to decide whether Crown corporations are government entities or, if not, whether the purely business activities of such corporations constitute government action for the purposes of s. 32(1) of the *Charter*, and I would not want my reference to Professor Swinton’s words to be taken as disapproving. It is sufficient in this case, however, to say that one of the parties to the collective agreement containing the impugned provision is a government entity and that therefore the provision is subject to the *Charter*. There are very good reasons for holding that the *Charter* applies to all activities of governmental entities and not merely those we might

cation de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Beaudoin et Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 51. Le professeur Swinton ne semble pas affirmer catégoriquement que la *Charte* ne s’applique pas aux actions gouvernementales qui sont essentiellement de nature privée, commerciale ou contractuelle. Ce qu’elle soutient, à mon sens, c’est que les pratiques du gouvernement en matière contractuelle devraient être soumises à la *Charte*, de façon à empêcher le gouvernement d’utiliser un contrat pour échapper au contrôle judiciaire: voir p. 63. En revanche, dans le cas des sociétés d’État, il peut être exagéré, selon elle, d’assimiler leurs activités commerciales à des fonctions gouvernementales. Aux pages 71 et 72, elle écrit:

D’autres difficultés surgissent lorsqu’il s’agit d’établir l’éventail des organismes subordonnés et des sociétés de la Couronne soumis à la *Charte*. Ainsi, pour établir lesquels de ces organismes sont visés par le terme «gouvernement», on pourrait utiliser le critère de mandat de la Couronne, en supposant que l’on rejette l’argument voulant que le fait que ces organismes aient été mis sur pied par le gouvernement ou que celui-ci en soit le propriétaire les amène en soi sous l’empire de la *Charte*, même s’il s’agit d’une personne morale distincte de la Couronne. À notre avis, un critère aussi nettement tranché n’est pas utile. Une entreprise comme Air Canada a un fonctionnement semblable à celui des transporteurs privés comme le Canadien Pacifique. Elle est régie par la même entité gouvernementale, la Commission canadienne des transports, et leur fait concurrence. Ses actionnaires sont peut-être le peuple du Canada, mais à tous autres égards elle est similaire à n’importe quelle ligne aérienne. Pourquoi la *Charte* devrait-elle s’appliquer à ses politiques en matière de tarifs ou d’embauchage?

Dans le présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de décider si les sociétés d’État sont des entités gouvernementales ni, dans la négative, de décider si les activités de nature purement commerciale de ces sociétés constituent une action gouvernementale aux fins du par. 32(1) de la *Charte*, et je ne voudrais pas que l’on croie que je désapprouve les propos du professeur Swinton que j’ai cités. Il suffit de dire en l’espèce, toutefois, que l’une des parties à la convention collective contenant la clause contestée est une entité gouvernementale et que, par conséquent, la *Charte* s’applique à cette clause. Il y a de très bonnes raisons de conclure que la *Charte* s’applique à toutes les acti-



characterize as falling within its proper governmental domain. In many respects the way in which government conducts its affairs serves as a model for organization in the private sphere. In the past government has imposed restrictions upon itself in its dealing with its employees, presumably in the hope that private employers would follow suit: see *Employment Equity Act*, S.C. 1986, c. 31. And in so far as the *Charter* is concerned there is no reason why a duty to comply with the Constitution in all its dealings should not be imposed upon those entities found to be governmental.

I am prepared to find that the *Charter* applies to the provision in the collective agreement on the sole ground that one of the parties to it was a government entity. However, since the parties and the interveners have directed much argument to the question whether government action was involved in this appeal, it might be helpful to deal with those submissions.

(b) Government Action

Two "acts" involved in the circumstances of this appeal have been cited as providing sufficient government action to attract the application of the *Charter*. The appellant argues that the collection of mandatory dues occurred pursuant to statute. He also maintains that government action was involved when the government exercised specific and substantial control over the decision of the Council of Regents to agree to the Rand formula. I propose to deal with these arguments in turn.

The appellant argues that ss. 51 through 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act* bind him to the collective agreement entered into between the School and OPSEU, mandate the Union as his representative, and in this context permit an agency shop. This combination, he asserts, is government legislative action sufficient to trigger the application of the *Charter*. The Union, on the other hand, argues that the legislation does not compel Mr. Lavigne in the way he contends. It argues that the legislation is permissive and only "compels" majority rule. OPSEU says that it is incorrect to suggest that, but for the *Colleges Collec-*

vités des entités gouvernementales et non pas seulement à celles que nous pourrions rattacher à leur champ d'activité intrinsèque. À bien des égards, le mode de fonctionnement qu'adopte le gouvernement sert de modèle d'organisation au secteur privé. Dans le passé, le gouvernement a assorti de restrictions ses propres rapports avec ses employés, vraisemblablement dans l'espoir que les employeurs privés en fassent autant: voir la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1986, ch. 31. Et en matière de *Charte*, il n'y a aucune raison de ne pas astreindre les entités jugées gouvernementales à l'obligation de respecter la Constitution dans toutes leurs opérations.

Je suis disposée à conclure que la *Charte* s'applique à la clause de la convention collective pour l'unique raison que l'une des parties est une entité gouvernementale. Toutefois, comme les parties et les intervenants ont avancé maints arguments relatifs à la question de savoir si, dans ce pourvoi, une action gouvernementale était en cause, il serait peut-être utile d'examiner ces arguments.

e) b) Action gouvernementale

D'après les arguments entendus, deux «actes» en cause dans les circonstances de la présente affaire participeraient suffisamment de l'action gouvernementale pour justifier l'application de la *Charte*. L'appelant soutient que le précompte obligatoire de cotisations syndicales reposait sur un texte de loi. Il affirme de plus qu'il y a eu action gouvernementale lorsque le gouvernement a exercé un contrôle précis et important sur la décision du Conseil des gouverneurs d'accepter la formule Rand. Je vais étudier ces arguments à tour de rôle.

L'appelant soutient que c'est en vertu des art. 51 à 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* qu'il est lié par la convention collective signée par l'École et le SEFPO, que le syndicat est son représentant mandaté et que, dans ce contexte, le précompte syndical généralisé est autorisé. Cette combinaison d'éléments représente, selon lui, une action législative gouvernementale suffisante pour déclencher l'application de la *Charte*. Par contre, le syndicat affirme que la Loi ne force pas M. Lavigne comme il le prétend. Selon l'argument du syndicat, il s'agit d'un texte facultatif qui n'«impose» que la

*tive Bargaining Act*, the appellant would not be compelled to pay dues. Rather, any obligation in that regard is determined as a matter of bargaining strength of the parties. In this case the legislative provisions which the appellant seeks to challenge are merely permissive, they only confer rights and obligations on private parties, and therefore they are not subject to *Charter* scrutiny.

In *Dolphin Delivery*, *supra*, McIntyre J. held that the *Charter* applies to *inter alia* the legislative branch of government and consequently to the fruits of its efforts, namely legislation. Superficially, therefore, it would appear that compelled dues contribution is a matter subject to constitutional review since the statute in issue here explicitly permits this practice. McIntyre J. also said, however, that the *Charter* does not apply to private action. Would this principle not be violated if the *Charter* were held to apply to permissive legislation? In my opinion, the answer to this question must be yes. It is trite knowledge that what is essentially regulatory legislation governing private parties' dealings among themselves constitutes much of the work of Parliament and the Legislatures. Such statutes serve to set the boundaries of private action but are in general unconcerned with how citizens choose to conduct themselves within those boundaries. Thus, in a great many instances "permissive legislation" does not connote governmental approval of what is permitted but connotes at most governmental acquiescence in it.

On the other hand, it must be recognized that if this Court were to hold without qualification that the *Charter* does not apply to permissive legislation, the door would surely be open to widespread abuse at the hands of government. This Court has already acknowledged that technical avoidance of the application of the *Charter* is to be discouraged. Thus, for instance, in *McKinney* the Court remained unconvinced that the word "law" in s. 15 should be read restrictively so as to exclude contracts. Foreseeing

règle de la majorité. Le SEFPO dit qu'il est faux d'affirmer que, n'eût été la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, l'appelant ne serait pas tenu de payer des cotisations. Toute obligation à cet égard est plutôt fonction du pouvoir de négociation des parties. En l'occurrence, les dispositions législatives que l'appelant cherche à contester sont simplement facultatives, ne font que conférer des droits et des obligations à des parties privées et échappent donc à l'examen fondé sur la *Charte*.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, le juge McIntyre a décidé que la *Charte* s'applique notamment à la branche législative du gouvernement et, par conséquent, aux fruits de ses efforts, savoir la législation. Il semblerait donc, superficiellement, que l'obligation de cotiser est une question assujettie à l'examen fondé sur la Constitution puisque la loi en cause en l'espèce permet expressément cette pratique. Le juge McIntyre a toutefois ajouté que la *Charte* ne s'applique pas aux actions privées. Ce principe ne serait-il pas violé si l'on décidait que la *Charte* s'applique à une loi facultative? À mon avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative. Tout le monde sait qu'une partie importante des travaux du Parlement et des assemblées législatives est consacrée à ce qui constitue essentiellement des lois de réglementation qui régissent les rapports entre parties privées. Ces lois fixent les limites des actions privées, mais ne touchent pas, en règle générale, à la façon dont les citoyens choisissent de se comporter à l'intérieur de ces limites. C'est ainsi que, dans bien des cas, la «législation facultative» n'implique pas que le gouvernement donne son approbation à ce qui est permis, mais suppose tout au plus qu'il donne son assentiment.

Par ailleurs, il faut reconnaître que, si notre Cour devait décider sans réserve que la *Charte* ne s'applique pas à la législation facultative, la porte serait sûrement ouverte à des abus généralisés de la part du gouvernement. Notre Cour a déjà reconnu qu'il y a lieu de décourager les moyens formels d'éviter l'application de la *Charte*. Ainsi, dans *McKinney*, la Cour n'a pas été convaincue qu'une interprétation stricte doit être donnée au mot «loi» employé à l'art. 15 de manière à exclure les contrats. Présageant l'usage

the misuse to which such a finding could be put, La Forest J. commented at p. 277:

It would be easy for the legislatures and governments to evade the restrictions of the *Charter* by simply voting money for the promotion of certain schemes.

By analogy, it is easy to envision that government may avoid its duty to respect the guarantees embodied in the *Charter* through the vehicle of permissive legislation. This, of course, is a result which this Court should seek to avoid. What qualifications therefore need to be added to the general principle that permissive statutory provisions standing alone are insufficient to call the *Charter* into play?

As a general observation, I would think that in each case all the circumstances would have to be carefully examined to determine whether government had significantly encouraged or supported the act which is called into question. Depending upon the context, the enactment of a permissive provision may indeed support a finding of governmental approval or encouragement of a particular activity sufficient to invoke the protective guarantees of the *Charter*.

In the present case, it is unnecessary to deal conclusively with this issue since, in my view, there has been clear government control over the decision to apply the Rand formula to all members of the bargaining unit. Here, the provincial government exercised substantial control over the terms of employment at the School of Mines. As I have already demonstrated, collective bargaining at the School is the responsibility of the Council of Regents. The Council is a Crown agent mandated to act as the representative of the Minister. Further, under the Regulations its decisions are subject to Ministerial approval. On the basis of these facts, I believe that government has had a strong hand in orchestrating the particular action now being challenged.

In summary, therefore, I find that government action sufficient to attract *Charter* review is present in this case in so far as the adoption of the Rand formula is concerned. This result flows from the fact that it was a government entity which participated in

abusif qui pourrait être fait de pareille conclusion, le juge La Forest fait observer, à la p. 277:

Il serait facile pour les législatures et les gouvernements de contourner les restrictions de la *Charte* en procédant simplement à des affectations de crédits pour promouvoir certaines initiatives.

Par analogie, il est facile d'imaginer que le gouvernement puisse se soustraire à son obligation de respecter les garanties de la *Charte* au moyen de lois facultatives. Il s'agit là bien sûr d'un résultat que notre Cour devrait s'efforcer d'éviter. De quelles réserves y a-t-il donc lieu d'assortir le principe général selon lequel les dispositions législatives facultatives sont insuffisantes en soi pour déclencher l'application de la *Charte*?

D'une façon générale, je croirais qu'il faudrait examiner attentivement toutes les circonstances de chaque cas pour déterminer si le gouvernement a encouragé ou appuyé de manière importante l'acte qui est en cause. Selon le contexte, l'adoption d'une disposition facultative peut en effet justifier la conclusion que le gouvernement a approuvé ou encouragé une activité particulière d'une façon suffisante pour pouvoir invoquer les garanties formulées dans la *Charte*.

En l'espèce, il est inutile de se prononcer définitivement sur cette question car, à mon sens, le gouvernement a nettement exercé un contrôle sur la décision d'appliquer la formule Rand à tous les membres de l'unité de négociation. En l'occurrence, le gouvernement provincial a exercé un contrôle important sur les conditions d'emploi à l'École des mines. Comme je l'ai expliqué précédemment, la négociation collective à l'École relève de la compétence du Conseil des gouverneurs. Le Conseil est un mandataire de l'État chargé de représenter le Ministre. Par surcroît, le Règlement assujettit ses décisions à l'approbation du Ministre. Vu ces faits, je crois que le gouvernement y a été pour beaucoup dans l'organisation de l'acte contesté en l'espèce.

En résumé, je conclus donc qu'en l'espèce, il y a eu une action gouvernementale suffisante pour justifier un examen fondé sur la *Charte* en ce qui a trait à l'adoption de la formule Rand. Ce résultat découle du fait que c'est une entité gouvernementale qui a parti-

agreeing to this form of union security. Also, while it is not necessary to our conclusion, it is also the fact that government exercised particular and substantial control over this act thereby bringing it into the category of government action. With respect to the issue of how the dues are spent, I have found that dues expenditure is not itself government action, and therefore the *Charter* does not apply to such expenditure. I turn now to the substance of the appellant's challenge.

## 2. Freedom of Association

Section 2(d) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The appellant argues that because he is compelled to contribute financially to the Union, he is thereby brought into association with OPSEU against his wishes. Mr. Lavigne maintains that it is this mandatory payment of dues alone which gives rise to a violation of s. 2(d) and that the manner in which the Union spends his dues is irrelevant as far as his associational rights are concerned. The respondent Union, on the other hand, argues that the scheme of mandatory dues deduction does not infringe s. 2(d). It maintains that s. 2(d) does not include a freedom not to associate, but guarantees only a freedom to associate, i.e., to join together collectively. OPSEU also contends that even if s. 2(d) does in fact protect the right of individuals not to associate, such a right has not been infringed in the present case. The principal issue raised by this ground of appeal is therefore whether s. 2(d) of the *Charter* only protects freedom to associate or whether it also safeguards the right of individuals to refuse to associate.

This Court has already had occasion to review the scope of the freedom guaranteed by s. 2(d) and those decisions may prove of some assistance in answering this question. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the *Alberta Reference*), a challenge was launched against the constitutionality of certain legislative provisions prohibiting strikes and providing for compul-

cé à l'acceptation de cette formule de sécurité syndicale. En outre, bien que cela ne soit pas nécessaire pour arriver à notre conclusion, il y a également le fait que le gouvernement a exercé un contrôle particulier et important sur cette action, de sorte qu'elle participe de l'action gouvernementale. Quant à la question de l'utilisation des cotisations, j'ai conclu que leur dépense ne constitue pas en soi une action gouvernementale et que, par conséquent, la *Charte* ne s'y applique pas. J'arrive maintenant au fond de la contestation de l'appelant.

## 2. Liberté d'association

L'alinéa 2d) de la *Charte* est ainsi conçu:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

d) liberté d'association.

L'appelant soutient que, parce qu'il est obligé de cotiser au syndicat, il est de ce fait associé avec le SEFPO contre son gré. Monsieur Lavigne affirme que c'est cette obligation de cotiser en soi qui donne lieu à une violation de l'al. 2d) et que la façon dont le syndicat dépense les cotisations qu'il perçoit n'est pas pertinente relativement à ses droits d'association. Le syndicat intimé soutient pour sa part que le système de précompte obligatoire des cotisations ne porte pas atteinte à l'al. 2d). Il affirme que l'al. 2d) ne comprend pas la liberté de ne pas s'associer, mais ne garantit que la liberté de s'associer, c'est-à-dire la liberté de s'unir. Le SEFPO soutient également que, même si l'al. 2d) protégeait vraiment le droit des individus de ne pas s'associer, ce droit n'a pas été violé en l'espèce. La question principale soulevée par ce moyen d'appel est donc de savoir si l'al. 2d) de la *Charte* ne protège que la liberté de s'associer ou s'il garantit aussi le droit des individus de refuser de s'associer.

Notre Cour a déjà eu l'occasion d'étudier la portée de la liberté garantie par l'al. 2d) et il peut être utile de s'inspirer de ces décisions pour répondre à cette question. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le *Renvoi relatif à l'Alberta*), le litige portait sur la constitutionnalité de certaines dispositions législatives interdisant la grève et prévoyant l'arbitrage obli-

sory arbitration of labour disputes in the Alberta public sector. It was claimed that these provisions violated the union's right to strike which, it was said, formed an integral part of freedom of association under s. 2(d). The union's claim for the constitutional entrenchment of the right to strike was rejected by the majority. While the members of the Court varied in their opinions as to whether and why the right to strike was or was not constitutionally entrenched, they were in agreement as to the general purpose behind the guarantee of freedom of association. At page 334 Dickson C.J. explained the role of freedom of association in the following terms:

Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes. It is one of the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter*, a *sine qua non* of any free and democratic society, protecting individuals from the vulnerability of isolation and ensuring the potential of effective participation in society. In every area of human endeavour and throughout history individuals have formed associations for the pursuit of common interests and aspirations. Through association individuals are able to ensure that they have a voice in shaping the circumstances integral to their needs, rights and freedoms.

At pages 365-66 he continued:

The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends.

As social beings, our freedom to act with others is a primary condition of community life, human progress and civilized society.

Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more

gatoire pour résoudre les conflits de travail dans le secteur public de l'Alberta. On a fait valoir que ces dispositions violaient le droit de grève du syndicat, qui, a-t-on affirmé, faisait partie intégrante de la liberté d'association prévue à l'al. 2d). La Cour, à la majorité, a repoussé l'argument du syndicat selon lequel le droit de grève était consacré dans la Constitution. Certes, les juges ont exprimé des opinions divergentes sur la question de savoir si le droit de grève a été constitutionnalisé et pourquoi il l'a été ou ne l'a pas été, mais ils sont tombés d'accord sur la nature de l'objectif général qui sous-tend la garantie de la liberté d'association. À la page 334, le juge en chef Dickson explique le rôle de la liberté d'association en ces termes:

La liberté d'association, c'est la liberté de s'unir dans la poursuite d'un objectif commun ou pour promouvoir une cause commune. C'est l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, une condition essentielle de toute société libre et démocratique, qui protège les individus de la vulnérabilité résultant de l'isolement et qui assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société. Dans toutes les sphères de l'activité humaine et tout au long de l'histoire, des individus ont formé des associations vouées à la poursuite d'intérêts et d'aspirations communs. En s'associant, les individus parviennent à faire entendre leur voix pour façonner ce qui permet de répondre à leurs besoins, à leurs droits et à leurs libertés.

Aux pages 365 et 366, il ajoute:

À mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d'association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins.

En tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée.

L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces

equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

Even although the Chief Justice wrote in dissent, his view that s. 2(d) was intended to protect the right of individuals to form collectivities was endorsed by all his colleagues. For example, Le Dain J. commented on the significance of the freedom at p. 391:

Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion. These afford a wide scope for protected activity in association. Moreover, the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted.

McIntyre J. too accepted Dickson C.J.'s conclusion as to the purpose behind s. 2(d). He stated at pp. 393 and 395 respectively:

The value of freedom of association as a unifying and liberating force can be seen in the fact that historically the conqueror, seeking to control foreign peoples, invariably strikes first at freedom of association in order to eliminate effective opposition. Meetings are forbidden, curfews are enforced, trade and commerce is suppressed, and rigid controls are imposed to isolate and thus debilitate the individual. Conversely, with the restoration of national sovereignty the democratic state moves at once to remove restrictions on freedom of association.

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. "Man, as Aristotle observed, is a 'social animal, formed by nature for living with others', associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes." (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.)

de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit.

Bien que le Juge en chef ait été dissident, tous ses collègues ont souscrit à son point de vue selon lequel l'al. 2d) vise à protéger le droit des individus de former des associations. Par exemple, le juge Le Dain fait, à la p. 391, les remarques qui suivent au sujet de l'importance de cette liberté:

La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion. Celles-ci présentent un large champ de protection d'activités collectives. De plus, la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise.

Le juge McIntyre a accepté lui aussi la conclusion du juge en chef Dickson relativement à l'objectif qui sous-tend l'al. 2d). Il déclare, aux pp. 393 et 395:

La valeur de la liberté d'association, en tant que force unificatrice et libératrice, ressort du fait que, historiquement, le conquérant qui veut dominer des peuples étrangers s'attaque d'abord inmanquablement à la liberté d'association afin d'éliminer toute forme d'opposition efficace. Les assemblées sont interdites, des couvre-feux sont imposés, le commerce est supprimé et des contrôles rigides sont institués pour isoler et ainsi débilitier l'individu. Inversement, en rétablissant la souveraineté nationale, l'État démocratique entreprend aussitôt de supprimer les restrictions apportées à la liberté d'association.

Bien que, à l'instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d'association n'ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple: pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui. [TRADUCTION] «L'homme, comme l'a fait observer Aristote, est un «animal social façonné par la nature pour vivre en groupe», qui s'associe à ses semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes.» (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), à la p. 82.)

Thus, in construing the purpose behind s. 2(d) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals. This reading of the purpose behind the guarantee of freedom of association has been confirmed in more recent cases. For instance, s. 2(d) was considered again in the labour relations context in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*P.I.P.S.*”). Here a challenge was launched against a statutory scheme which provided for certification of bargaining agents in the complete discretion of the government. The majority of the Court held that the statute did not infringe s. 2(d), finding that the issue had been effectively determined in the *Alberta Reference*. At pages 401-2 Sopinka J. summarized the findings of the various members of the Court in the *Alberta Reference* as follows:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

Cory J., in dissent, agreed that the social purpose of the s. 2(d) freedom had been established by the *Alberta Reference*, saying at p. 379 that “[f]reedom of association is the freedom to join together for the purpose of achieving common goals.”

The law as laid down in the *Alberta Reference* has also been accepted outside the collective bargaining context. In *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, for instance, the soliciting provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was challenged *inter alia* on the basis that it infringed s. 2(d) of the *Charter*. Dickson C.J., writing for the majority, held that the target of s. 195.1(1)(c) was expression rather than association and that the protection afforded by s. 2(d)

Ainsi, notre Cour, en interprétant l’objectif qui sous-tend l’al. 2d), a conclu unanimement que la liberté d’association vise à protéger la poursuite collective d’objectifs communs. Cette interprétation de l’objet de la garantie de la liberté d’association a été confirmée dans des arrêts plus récents. Par exemple, l’al. 2d) a encore fait l’objet d’un examen dans le contexte des relations de travail dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 («*I.P.F.P.*»). Dans cette affaire, on contestait un texte de loi qui laissait l’accréditation d’agents négociateurs à l’entière discrétion du gouvernement. La Cour, à la majorité, a décidé que la loi ne violait pas l’al. 2d), concluant que la question avait été tranchée dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*. Aux pages 401 et 402, le juge Sopinka résume les conclusions des divers juges dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*:

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, j’arrive à la conclusion qu’il se dégage quatre propositions différentes quant à l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d): premièrement, l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir; deuxièmement, l’al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association; troisièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus.

Le juge Cory, dissident, a convenu que l’objectif social de la liberté garantie par l’al. 2d) avait été énoncé dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, affirmant, à la p. 379, que «[l]a liberté d’association est la liberté de se joindre à d’autres personnes dans le but de réaliser des objectifs communs».

Le principe énoncé dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* a aussi été accepté dans d’autres contextes que celui de la négociation collective. Dans *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, par exemple, la disposition du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, interdisant la sollicitation a été contestée notamment pour la raison qu’elle violait l’al. 2d) de la *Charte*. S’exprimant au nom de la majorité, le juge en chef Dickson a décidé que l’al. 195.1(1)c) visait l’expression plutôt que l’as-

was accordingly not engaged by that section of the *Code*. Even although the Chief Justice ultimately held that s. 2(d) was not applicable in the circumstances, in the course of making that determination he commented on the import of the decision in the *Alberta Reference* at p. 1243 as follows:

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, this Court undertook a full review of the historical origins and constitutional scope of freedom of association. I find it unnecessary to repeat here the purposes and meaning of the s. 2(d) *Charter* guarantee explored in the judgments in that case.

I disagreed with the Chief Justice that s. 2(d) was not applicable to the activity targeted by s. 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, i.e., the sale of sex. I fully agreed, however, that the purpose of the guarantee of freedom of association was to protect the coming together of individuals to pursue common goals.

Hence, it would appear that this Court has been unanimous in finding on more than one occasion and in a variety of contexts that the purpose which s. 2(d) is meant to advance is the collective action of individuals in pursuit of their common goals. The lower courts have interpreted this Court's position as being that the *Charter* does not guarantee a freedom not to associate: see *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario (Minister of Labour)* (1988), 67 O.R. (2d) 225 (H.C.), and *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (Alta. Q.B.).

The appellant seeks, however, to limit the scope of what was said in the *Alberta Reference* and its progeny. Mr. Lavigne argues that this Court's conclusion as to the scope of s. 2(d) was reached in the context of governmental intrusion upon collective action and that the question whether s. 2(d) includes a freedom not to associate has never actually been before the Court. The appellant urges the Court to expand the reach of s. 2(d) to include the right not to associate and cites a number of authorities in support of this position.

sociation et que, par conséquent, il ne touchait pas à la protection reconnue par l'al. 2d). Quoiqu'il ait fini par conclure que l'al. 2d) ne s'appliquait pas dans les circonstances, le Juge en chef, en rendant sa décision, fait les observations suivantes sur le sens du jugement rendu dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 1243:

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, notre Cour a fait un examen complet des origines historiques et de la portée constitutionnelle de la liberté d'association. J'estime inutile de revenir ici sur les objets et le sens de la garantie reconnue par l'al. 2d) de la *Charte* qui ont été examinés dans les motifs de cet arrêt.

Je n'ai pas souscrit à la conclusion du Juge en chef selon laquelle l'al. 2d) n'était pas applicable à l'activité visée par l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, c'est-à-dire la vente de services sexuels. J'étais toutefois absolument d'accord avec lui pour dire que la garantie de la liberté d'association a pour objet de protéger le droit d'une personne de se joindre à autrui pour poursuivre des objectifs communs.

Il semblerait donc que notre Cour a conclu à l'unanimité à maintes reprises et dans divers contextes que l'al. 2d) a pour objet de favoriser l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs. Suivant l'interprétation donnée au point de vue de notre Cour par les tribunaux d'instance inférieure, la *Charte* ne garantit pas la liberté de ne pas s'associer: voir *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario (Minister of Labour)* (1988), 67 O.R. (2d) 225 (H.C.), et *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (B.R. Alb.).

L'appellant cherche cependant à limiter la portée de ce qui a été dit dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans les décisions qui ont suivi. Monsieur Lavigne soutient que notre Cour est arrivée à sa conclusion quant à la portée de l'al. 2d) dans le contexte de l'ingérence gouvernementale dans une action collective et qu'en réalité, elle n'a jamais été saisie de la question de savoir si l'al. 2d) inclut la liberté de ne pas s'associer. L'appellant exhorte la Cour à étendre la portée de l'al. 2d) pour y englober le droit de ne pas s'associer et il cite un certain nombre de précédents à l'appui de cette thèse.



Mr. Lavigne relies on the decision of this Court in *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584. In that case, provincial law prohibited unions from making any contribution to political parties or political candidates out of the moneys they acquired through dues check-off schemes and required them to issue a declaration indicating their compliance with the legislation in this regard. Mandatory dues deduction and mandatory union membership were agreed upon between the employer and the union and a provision to that effect was incorporated into the collective agreement. When the union failed to make the statutory declaration, Imperial Oil refused to continue to make the deductions. The union then sued the company for the funds. In seeking to justify its actions the union argued that the legislation was *ultra vires* the province of British Columbia because it purported to regulate matters relating to federal elections and fundamental rights both of which were matters of federal rather than provincial jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

In the course of finding that the legislation was in pith and substance in relation to property and civil rights and therefore within the jurisdiction of the provincial legislature, Martland J. remarked at p. 593:

*The Labour Relations Act* has materially affected the civil rights of individual employees by conferring upon certified trade unions the power to bind them by agreement and the power to make agreements which will compel membership in a union. Such legislation falls within the powers of the Legislature . . . The legislation which is under attack in the present proceedings, in my opinion, does nothing more than to provide that the fee paid as a condition of membership in such an entity by each individual employee cannot be expended for a political object which may not command his support. That individual has been brought into association with the trade union by statutory requirement. [Emphasis added.]

While this comment seems on its face to support Mr. Lavigne's argument, its significance in terms of the present appeal is diminished by the following

Monsieur Lavigne s'appuie sur l'arrêt de notre Cour *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584. Dans cette affaire, la loi provinciale interdisait aux syndicats de verser des contributions aux partis politiques et aux candidats aux élections en puisant à même les sommes obtenues grâce à des systèmes de précompte de cotisations et les obligeait à remettre une déclaration attestant qu'ils s'étaient conformés à la Loi à cet égard. L'employeur et le syndicat s'étaient entendus sur le précompte obligatoire de cotisations et sur l'adhésion obligatoire au syndicat et avaient inséré une clause en ce sens dans la convention collective. Comme le syndicat n'avait pas remis la déclaration exigée par la Loi, Imperial Oil a refusé de continuer de faire les déductions. Le syndicat a alors poursuivi la société en recouvrement. Pour justifier ses actions, le syndicat a fait valoir que la Loi excédait la compétence de la province de la Colombie-Britannique parce qu'elle avait pour objet de réglementer des questions touchant les élections fédérales et les droits fondamentaux qui relèvent, dans les deux cas, de la compétence fédérale et non pas de celle des provinces en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Avant de conclure que la Loi, de par son caractère véritable, se rapporte à la propriété et aux droits civils et que, par conséquent, elle relève de la compétence de la législature provinciale, le juge Martland fait cette remarque, à la p. 593:

[TRADUCTION] La *Labour Relations Act* a une incidence importante sur les droits civils de chaque employé du fait qu'elle accorde aux syndicats accrédités le pouvoir de lier les employés par une convention, ainsi que le pouvoir de conclure des conventions qui les obligent à adhérer à un syndicat. Une loi de cette nature relève des pouvoirs de la législature [. . .] À mon sens, la loi attaquée en l'espèce ne fait que prévoir que la cotisation versée par chaque employé pour adhérer à un tel organisme ne peut pas être dépensée à des fins politiques que cet employé n'approuverait pas. L'association de cette personne et du syndicat résulte d'une prescription de la loi. [Je souligne.]

Certes, cette observation semble, à première vue, étayer l'argument de M. Lavigne, mais les considérations suivantes en réduisent l'importance par rapport

considerations. Most importantly, the process of characterizing a law for the purposes of division of powers determinations is quite a different exercise from construing a law for purposes of the *Charter*. This point is made unequivocally clear by the decision of this Court in *Big M Drug Mart*, *supra*, and more recently in *Douglas College*, *supra*. Second, it is clear that what was at issue in *Oil, Chemical* was a “closed shop” rather than an “agency shop” provision. That is to say, the article negotiated between the union and the employer and incorporated into the collective agreement in that case made it a condition of employment that employees actually join the union rather than simply pay the equivalent of union dues. To the extent that this fact influenced the thinking of Martland J., that situation is clearly distinguishable from the present. Mr. Lavigne has not been compelled to become a member of the Union and, indeed, has exercised his prerogative to refrain from doing so.

The appellant also relies on the decision of the European Human Rights Commission in *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20. In that case a complaint was lodged that a closed shop clause negotiated into a collective agreement violated associational rights as guaranteed by Article 11 of the European Convention on Human Rights. The complainants were dismissed from their employment with British Rail after, the agreement having been ratified by the employer and the bargaining agent, they refused to join the union. The Commission agreed that a violation of the Convention had been established. It is my opinion, however, that *Young, James and Webster* actually provides scanty support for the appellant’s position. As was the case in *Oil, Chemical* and unlike the present case, the impugned article of the collective agreement provided for a “closed shop”. More crucial is the fact that the Commission expressly refused to base its decision on a right not to associate, a point which is made clear by the Commission’s statement at pp. 26-27 that it did “not have to discuss the more general question whether or not the positive freedom guaranteed by Article 11 (1) implies also a negative free-

à ce pourvoi. Qui plus est, la qualification d’une loi aux fins d’une décision se rapportant au partage des pouvoirs diffère complètement de l’interprétation d’une loi aux fins de l’application de la *Charte*. Cette proposition se dégage sans équivoque du jugement rendu par notre Cour dans l’affaire *Big M Drug Mart*, précitée, et de l’arrêt plus récent *Douglas College*, précité. En second lieu, l’affaire *Oil, Chemical* portait à l’évidence sur une clause d’«atelier fermé» et non sur une clause de précompte syndical généralisé. C’est-à-dire que l’article négocié entre le syndicat et l’employeur et incorporé dans la convention collective dans cette affaire établissait, comme condition d’emploi, que les employés adhèrent vraiment au syndicat plutôt que d’être simplement tenus de verser des sommes équivalant aux cotisations syndicales. Dans la mesure où ce fait a influencé le raisonnement du juge Martland, il y a indubitablement lieu d’établir une distinction entre cette situation et la présente affaire. Monsieur Lavigne n’était pas obligé d’adhérer au syndicat et, de fait, il a choisi de s’en abstenir, comme il en avait le privilège.

L’appelant invoque aussi la décision de la Commission européenne des Droits de l’Homme dans *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20. Cette affaire portait sur une plainte selon laquelle une clause d’atelier fermé, qui avait été négociée et insérée dans la convention collective, violait les droits d’association garantis par l’article 11 de la Convention européenne des Droits de l’Homme. Les plaignants avaient été renvoyés par British Rail parce qu’ils avaient refusé d’adhérer au syndicat, après que l’employeur et l’agent négociateur eurent ratifié la convention. La Commission a conclu à la violation de la Convention. Néanmoins, je suis d’avis que la décision *Young, James and Webster* n’apporte que peu d’appui à la thèse de l’appelant. Comme dans l’affaire *Oil, Chemical* et contrairement au cas qui nous occupe, l’article contesté de la convention collective prescrivait un «atelier fermé». Fait plus décisif, la Commission a refusé expressément de fonder sa décision sur un droit de ne pas s’associer, ce qui ressort nettement du passage suivant, tiré des pp. 26 et 27, où elle déclare qu’elle [TRADUCTION] «n’a pas à examiner la question plus générale de savoir si la liberté positive garantie par l’article 11(1)

dom". Indeed, the gist of the decision is that the complainants' positive associational rights were violated because they were prohibited from joining a union of their choosing. That the heart of the decision rested on this footing is made abundantly clear by the following remarks of the Commission at p. 26:

As regards the individual to whom the rights mentioned in Article 11 are guaranteed, these words imply that a worker must be able to choose the union which in his opinion best protects his interests, and if he considers that none of the existing trade unions does so effectively, to form together with others a new one. This is particularly important since unions, as these cases show, may have political affiliations. [Emphasis added.]

Finally, Mr. Lavigne relies heavily on American authority in support of his submission as to the reach of s. 2(d), and in particular, the decision of the Supreme Court of the United States in *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977). At issue there was the constitutionality of an agency shop provision negotiated in a collective agreement. Like Mr. Lavigne, the appellants in that case contended that the partial expenditure of their money by the union on political causes which they did not support infringed their constitutional rights under the First Amendment. The United States Supreme Court agreed and ordered the union to refund those portions of the dues which were earmarked for political causes.

Unlike the other sources upon which the appellant draws for support it is clear that the Supreme Court in *Abood* did indeed recognize a right not to associate. But while *Abood* is by far the strongest authority for the constitutional protection of such a right, this Court must exercise caution in adopting any decision, however compelling, of a foreign jurisdiction. This Court has consistently stated that even although it may undoubtedly benefit from the experience of American and other courts in adjudicating constitutional issues, it is by no means bound by that experi-

implique aussi une liberté négative». \* En effet, l'essentiel de la décision est que les droits de s'associer des plaignants ont été violés parce qu'il leur a été interdit d'adhérer au syndicat de leur choix. Il est tout à fait clair que c'était là le cœur de la décision, comme en font foi les observations suivantes de la Commission, à la p. 26:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'individu auquel les droits mentionnés à l'article 11 sont garantis, ces termes impliquent qu'un travailleur doit pouvoir choisir le syndicat le mieux à même, selon lui, de protéger ses intérêts, et s'il estime qu'aucun des syndicats existants ne peut le faire effectivement, de fonder avec d'autres un nouveau syndicat. Ceci est particulièrement important vu que, comme le montrent les présentes affaires, les syndicats peuvent avoir des affiliations politiques.\*\* [Je souligne.]

Pour terminer, M. Lavigne invoque abondamment la jurisprudence américaine pour étayer son argument relatif à la portée de l'al. 2d) et, en particulier, l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977). Cette affaire portait sur la constitutionnalité d'une clause d'une convention collective touchant le précompte syndical généralisé. Comme M. Lavigne, les appelants dans cette affaire ont prétendu qu'en dépensant une partie de leurs cotisations pour des causes politiques qu'ils ne soutenaient pas, le syndicat violait leurs droits constitutionnels garantis par le Premier amendement. La Cour suprême des États-Unis leur a donné raison et elle a ordonné au syndicat de rembourser la partie des cotisations affectée à des causes politiques.

Contrairement aux autres sources sur lesquelles l'appellant s'appuie, la Cour suprême a, de toute évidence, dans l'arrêt *Abood*, reconnu le droit de ne pas s'associer. Mais si *Abood* constitue de loin le précédent qui fait le plus autorité quant à la protection constitutionnelle de ce droit, notre Cour doit faire preuve de prudence en adoptant une décision, si convaincante soit-elle, d'un tribunal étranger. Notre Cour a constamment affirmé que, quand bien même elle peut sans aucun doute tirer profit de l'expérience des tribunaux américains et d'autres tribunaux étrangers

\* Traduction tirée de Cour Eur. D. H., série B n° 39, affaire *Young, James et Webster*, à la p. 46.

\*\* *Idem*, à la p. 45.

ence or the jurisprudence it generated. The uniqueness of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* flows not only from the distinctive structure of the *Charter* as compared to the American Bill of Rights but also from the special features of the Canadian cultural, historical, social and political tradition. Thus in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. stressed the pre-eminent role of s. 1 of our *Charter* which differentiates our constitution from that of our American neighbours. And in *McKinney*, *supra*, the concept of government was examined from a peculiarly Canadian perspective in order to construe what was meant by the word "government" in s. 32 of the *Charter*.

These observations are particularly apposite in this appeal since, as regards freedom of association, our *Charter* stands in marked contrast to the American Bill of Rights. A freedom to associate is not explicitly recognized in the Constitution of the United States. Protection of this freedom has been made possible only through its judicial recognition as a derivative of the First Amendment guarantee of freedom of speech. The constitutional interlocking of freedom of speech and freedom of association in the United States emerges clearly from the various opinions rendered in *Abood*. For instance, Stewart J. wrote at p. 233: "Our decisions establish with unmistakable clarity that the freedom of an individual to associate for the purpose of advancing beliefs and ideas is protected by the First and Fourteenth Amendments." In the view of the majority it was the compelled expression of political views which formed the essence of the violation. At pages 234-35 Stewart J. said:

[The appellants] specifically argue that they may constitutionally prevent the Union's spending a part of their required service fees to contribute to political candidates and to express political views unrelated to its duties as exclusive bargaining representative. We have concluded that this argument is a meritorious one.

en matière constitutionnelle, elle n'est pas du tout liée par cette expérience ni par la jurisprudence en découlant. Le caractère unique de la *Charte canadienne des droits et libertés* tient non seulement à la structure distincte de la *Charte*, comparativement au *Bill of Rights* américain, mais encore aux particularités de la tradition culturelle, historique, sociale et politique du Canada. C'est ainsi que le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, a souligné le rôle prééminent de l'article premier de notre *Charte*, qui distingue notre constitution de celle de nos voisins les Américains. Et dans l'arrêt *McKinney*, précité, la notion de gouvernement a été examinée dans la perspective particulière du Canada afin de déterminer le sens du mot «gouvernement» employé à l'art. 32 de la *Charte*.

Ces observations sont particulièrement à propos dans ce pourvoi car, en ce qui concerne la liberté d'association, notre *Charte* contraste d'une façon frappante avec le *Bill of Rights* américain. Dans la Constitution des États-Unis, la liberté d'association n'est pas reconnue explicitement. C'est seulement parce que les tribunaux ont reconnu qu'elle pouvait être inférée de la liberté de parole garantie par le Premier amendement que la protection de cette liberté est devenue possible. L'imbrication constitutionnelle de la liberté de parole et de la liberté d'association aux États-Unis ressort nettement des diverses opinions exprimées dans *Abood*. Par exemple, le juge Stewart dit, à la p. 233: [TRADUCTION] «Nos décisions établissent clairement et indubitablement que la liberté de s'associer dans le but de défendre des croyances et des idées est protégée par le Premier et le Quatorzième amendements». De l'avis de la majorité, c'est dans l'imposition de l'expression d'opinions politiques que réside l'essence de la violation. Aux pages 234 et 235, le juge Stewart dit:

[TRADUCTION] [Les appelants] soutiennent précisément qu'ils peuvent constitutionnellement empêcher le syndicat de dépenser une partie de leurs cotisations pour contribuer à la caisse de candidats aux élections et d'exprimer des opinions politiques sans rapport avec ses fonctions d'agent négociateur exclusif. Nous avons conclu que cet argument est bien fondé.

The fact that the appellants are compelled to make, rather than prohibited from making, contributions for political purposes works no less an infringement of their constitutional rights. For at the heart of the First Amendment is the notion that an individual should be free to believe as he will, and that in a free society one's beliefs should be shaped by his mind and his conscience rather than coerced by the State. [Emphasis added.]

See also: Reena Raggi, "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.

Under the *Charter*, in contrast, there is no necessary connection between association and speech in order to engage s. 2(d). This distinction was noted by Dickson C.J. in the *Alberta Reference* at p. 364 where he said:

I am unable, however, to accept that freedom of association should be interpreted so restrictively. Section 2(d) of the *Charter* provides an explicit and independent guarantee of freedom of association. In this respect it stands in marked contrast to the First Amendment to the American Constitution. The derivative approach [employed by the American courts] would, in my view, largely make surplusage of s. 2(d).

In *R. v. Skinner*, *supra*, it was likewise made clear that, while *Charter* guaranteed freedoms are mutually reinforcing, they remain separate and distinct. For Dickson C.J. it was implicit that the application of s. 2(d) was not triggered where it was evident that the legislation was primarily aimed at human activity covered by another *Charter* guarantee, in that case the expressive activity protected by s. 2(b). It was my view, on the other hand, that both s. 2(b) and s. 2(d) could be invoked so long as the activities involved were the kind these provisions were meant to safeguard against legislative intrusion. In spite of these differences of opinion it was accepted by all in *Skinner* that freedom of association serves a very different function from freedom of expression.

In summary, none of the authorities cited by the appellant provide unequivocal support for his position that a right not to associate should be recognized as encompassed by s. 2(d). Precedent aside, the appellant suggests that if s. 2(d) protects the right to associate, it should also as a matter of simple logic

Qu'il soit fait obligation, et non défense, aux appelants de verser des contributions politiques, il n'en résulte pas moins une violation de leurs droits constitutionnels. En effet, au cœur du Premier amendement, il y a l'idée qu'une personne doit être libre de croire ce qu'elle veut et que, dans une société libre, les croyances de chacun doivent se former dans son esprit et sa conscience et non être imposées par l'État. [Je souligne.]

Voir aussi: Reena Raggi, «An Independent Right To Freedom of Association» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.

Par contre, sous le régime de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'établir de lien entre l'association et l'expression pour que l'al. 2d) s'applique. Le juge en chef Dickson fait ressortir cette distinction dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 364:

Je ne saurais cependant accepter que la liberté d'association doit être interprétée de manière aussi restrictive. L'alinéa 2d) de la *Charte* garantit de manière expresse et indépendante la liberté d'association. À cet égard, il contraste vivement avec le Premier amendement de la Constitution américaine. La démarche déductive [employée par les tribunaux américains] rendrait, à mon avis, largement superfluateur l'al. 2d).

L'arrêt *R. c. Skinner*, précité, a de même nettement établi que, si les libertés garanties par la *Charte* se renforcent mutuellement, elles restent séparées et distinctes. Pour le juge en chef Dickson, l'application de l'al. 2d) est implicitement exclue lorsqu'il est manifeste que la loi en cause vise avant tout une activité humaine protégée par une autre garantie de la *Charte*, en l'occurrence l'activité d'expression protégée par l'al. 2b). J'ai émis l'opinion, par contre, qu'il était possible d'invoquer l'al. 2b) et l'al. 2d) dans la mesure où les activités visées étaient du genre de celles que ces dispositions étaient destinées à protéger contre toute atteinte du législateur. Malgré ces divergences de vues, tous ont convenu dans *Skinner* que la liberté d'association a une fonction très différente de celle de la liberté d'expression.

En résumé, aucun des précédents cités par l'appellant n'appuie sans équivoque sa thèse selon laquelle il y a lieu de reconnaître que l'al. 2d) comprend le droit de ne pas s'associer. La jurisprudence mise à part, l'appelant affirme que, si l'al. 2d) protège le droit de s'associer, il doit en toute logique protéger

protect the converse, i.e., the right not to associate. This Court rejected reasoning like this in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, where it was argued that if s. 11(f) of the *Charter* guaranteed the right to be tried by a jury and an accused could waive that right, then the section must necessarily also guarantee him the right to be tried by a judge alone. This argument was met with the following response at p. 1321:

There is no constitutional right to a non-jury trial. There is a constitutional right to a jury trial and there may be a "right", using that term loosely, in an accused to waive the right to a jury trial. An accused may repudiate his or her s. 11(f) right but such repudiation does not, in my view, transform the constitutional right to a jury trial into a constitutional right to a non-jury trial so as to overcome the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code*.

To my mind, the appellant has not advanced sufficiently compelling reasons to justify extending freedom of association, having regard to its purpose, to include a freedom not to associate. In the words of Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, this would be "to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question". The purpose behind s. 2(d) has already been fully and fairly discussed and there seem to me to be good reasons for affirming the interpretation given to the provision. For instance, Mr. Goudge argued that to include a negative freedom of association within the compass of s. 2(d) would set the scene for contests between the positive associational rights of union members and the negative associational rights of non-members. To construe the section in this way would place the Court in the impossible position of having to choose whose s. 2(d) rights should prevail. I agree with counsel for the respondent that an interpretation leading to such a result should be avoided if at all possible.

I should add that restricting the reach of s. 2(d) to positive associational rights best accords with a serious and non-trivial approach to *Charter* guarantees. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court rejected the "mere distinction" approach to construing the meaning of

a aussi l'inverse, soit le droit de ne pas s'associer. Notre Cour a repoussé ce genre de raisonnement dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, où l'on a soutenu que, si l'al. 11f) de la *Charte* garantissait le droit de subir un procès avec jury et le droit de l'accusé d'y renoncer, cette disposition devait aussi nécessairement lui garantir le droit d'être jugé devant un juge seul. Voici la réponse qui est donnée à cet argument, à la p. 1321:

b Il n'existe pas de droit constitutionnel à un procès sans jury. Il existe un droit constitutionnel à un procès avec jury et il existe peut-être un «droit», au sens large de ce terme, pour l'accusé de renoncer au droit à un procès avec jury. Un accusé peut rejeter le droit que lui confère l'al. 11f), mais ce rejet ne transforme pas, à mon avis, le droit constitutionnel à un procès avec jury en un droit constitutionnel à un procès sans jury, de manière à écarter l'application des dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury.

À mon sens, l'appelant n'a pas fait valoir de raisons suffisamment sérieuses pour justifier l'élargissement du concept de la liberté d'association, en fonction de l'objet qu'il vise, de manière à inclure la liberté de ne pas s'associer. Pour reprendre les termes du juge Dickson, dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, cela reviendrait à «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question». L'objet de l'al. 2d) a déjà été soumis à un examen complet et équitable et il me semble qu'il y a de bonnes raisons de confirmer l'interprétation donnée à cette disposition. Par exemple, M<sup>e</sup> Goudge a soutenu qu'élargir la portée de l'al. 2d) afin d'y englober une liberté d'association négative ouvrirait la porte à des conflits entre les droits de s'associer des syndiqués et les droits de ne pas s'associer des non-syndiqués. Interpréter ainsi cette disposition placerait la Cour dans la situation impossible où elle aurait à choisir quels droits garantis par l'al. 2d) devraient l'emporter. Je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé pour dire qu'il faut autant que possible éviter toute interprétation produisant ce résultat.

i j J'ajouterais que restreindre la portée de l'al. 2d) aux droits de s'associer s'accorde mieux avec une conception sérieuse des garanties reconnues par la *Charte* qui évite de les banaliser. Dans *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a rejeté le critère de la «sim-

“discrimination” in s. 15 of the *Charter* because to do so would trivialize the very important promise of equality embodied in that section. If every difference in treatment gave rise to a violation of s. 15, the real value of the guarantee of equality would be lost. A similar approach may be taken toward s. 2(d). It is a fact of our civilization as human beings that we are of necessity involved in associations not of our own choosing. That being so it is naive to suggest that the Constitution can or should enable us to extricate ourselves from all the associations we deem undesirable. Such extrication would be impossible and even to attempt it would make a mockery of the right contained in s. 2(d).

Several examples were cited in oral argument which demonstrate how a right not to associate would lead to absurd results. The most compelling of these was the analogy drawn to the mandatory payment of taxes. Following the line of logic which the negative freedom analysis commands, our system of taxation arguably brings all taxpayers into forced association with the political party in power, its policies and the uses to which our tax money is put. If it were the case that s. 2(d) protected such compelled associations, all taxpayers with a grievance to air would theoretically be able to come before the courts and insist that each tax expenditure be subjected to analysis under s. 1.

The appellant sought to distinguish this situation on the footing that citizens subject to taxation agree to be bound by such a system when they choose to be “members” of a community governed by democratically elected representatives. To my mind, there is no distinction in principle between our overall system of government and the role of taxation within it and the mini-democracy of the workplace. Under our labour relations regime all members of the bargaining unit have an equal opportunity to participate in choosing who is to represent them and to join the ranks of the union or not as they see fit. Further, as in our system of representative democracy, members of a bargaining unit may also decide to oust their bargaining

ple distinction» pour l’interprétation du terme «discrimination» utilisé à l’art. 15 de la *Charte*, parce que cela aurait pour effet de banaliser la promesse d’égalité très importante que reconnaît cette disposition. Si toute différence de traitement entraînait une violation de l’art. 15, la valeur réelle de la garantie d’égalité serait anéantie. Un point de vue semblable peut être adopté à l’égard de l’al. 2d). C’est un fait que, dans notre civilisation, nous sommes, en tant qu’êtres humains, nécessairement engagés dans des associations que nous n’avons pas choisies. Dans ces conditions, il faut être naïf pour affirmer que la Constitution peut ou devrait nous permettre de nous soustraire à toutes les associations que nous ne jugeons pas souhaitables. Ce serait impossible et la simple tentative de le faire serait tourner en dérision le droit énoncé à l’al. 2d).

Au cours des plaidoiries, on a donné plusieurs exemples qui démontrent à quels résultats absurdes aboutirait le droit de ne pas s’associer. Le meilleur exemple est l’analogie faite avec l’obligation de payer des impôts. Selon la logique que commande l’analyse fondée sur la liberté négative, on pourrait soutenir que notre système fiscal oblige tous les contribuables à s’associer au parti politique au pouvoir, à ses politiques et aux utilisations qui sont faites des recettes fiscales. S’il était exact que l’al. 2d) protège de telles associations forcées, tous les contribuables ayant quelque chose à redire pourraient théoriquement recourir aux tribunaux et insister pour que chaque dépense de recettes fiscales soit soumise à une analyse fondée sur l’article premier.

L’appelant a cherché à distinguer cette situation de la présente affaire pour le motif que les citoyens assujettis à l’impôt acceptent de se soumettre à ce régime quand ils choisissent d’appartenir à une collectivité dirigée par des représentants élus démocratiquement. À mon sens, aucune distinction ne saurait être faite en principe entre notre système global de gouvernement et le rôle qu’y joue la taxation, et la mini-démocratie du lieu de travail. Suivant notre régime de relations de travail, tous les membres de l’unité de négociation ont une chance égale de participer au choix de leurs représentants et de joindre les rangs du syndicat, à leur gré. Au surplus, à l’instar de notre système de démocratie représentative, les membres

agent if dissatisfied with its performance. Hence, the system of compulsory dues check-off is no different in principle from the system of taxation in a democracy and Mr. O'Connor's attempt to differentiate between these two regimes is without merit.

I think it clear that even if it were the business of the courts in upholding the Constitution to scrutinize tax expenditures, a proposition with which I have some considerable difficulty, it would be unwise to devote our limited judicial resources to such endeavours. Indeed, this is precisely the difficulty which has arisen since the decision in *Abood, supra*. In that case the United States Supreme Court expressly refrained from deciding which expenditures were or were not made for "legitimate" collective bargaining purposes, leaving it up to the courts below to determine these matters. As a consequence litigation of this kind has been going on for years: see, e.g., *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984). In short, the recognition of compelled contributions as constitutionally impermissible has given rise to an endless train of disputes in the United States.

In Canada, by contrast, the courts have thus far sought to deal with the practical problems to which the recognition of negative associational claims gives rise in a very different fashion. To avoid the "flood-gates" problem Canadian courts have attempted to differentiate between serious and trivial violations of s. 2(d). For instance, in *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221 (Q.B.), provincial law required all licensed medical practitioners to contribute annual dues to the Association regardless of their membership status. Merry, a licensed medical doctor who was not a member of the Association, applied for a declaration that the legislation violated his s. 2(d) rights. He objected to having to pay dues to the Association because it supported certain causes to which Dr. Merry was vehemently opposed. Rather than accepting that a violation of s. 2(d) had been established and proceeding to analyze the justiciability of

de l'unité de négociation peuvent aussi décider d'évincer leur agent négociateur s'ils ne sont pas satisfaits de la façon dont il s'acquitte de sa tâche. C'est pourquoi le système du précompte obligatoire ne diffère pas en principe du système fiscal en régime démocratique et l'argument de M<sup>c</sup> O'Connor selon lequel il y a lieu de les distinguer n'est pas fondé.

Je crois qu'il est clair que, même s'il appartenait aux tribunaux, à titre de gardiens de la Constitution, d'examiner minutieusement l'utilisation des impôts, et c'est là une proposition que j'ai beaucoup de mal à admettre, il serait peu judicieux de consacrer les ressources limitées de notre système judiciaire à pareille entreprise. C'est précisément le problème qui s'est posé depuis l'arrêt *Abood*, précité. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis s'est expressément abstenue de décider quelles dépenses se rapportaient à des objectifs «légitimes» de la négociation collective, laissant aux tribunaux d'instance inférieure le soin de trancher ces questions. Par voie de conséquence, des litiges de cette nature sont continuellement devant les tribunaux depuis des années: voir, par exemple, *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984). Bref, la reconnaissance de l'inconstitutionnalité des contributions obligatoires a suscité d'innombrables différends aux États-Unis.

Au Canada, par contre, les tribunaux se sont efforcés jusqu'à maintenant de résoudre, d'une manière très différente, les problèmes pratiques provoqués par la reconnaissance des droits de ne pas s'associer. Pour éviter l'avalanche de poursuites, les tribunaux canadiens ont cherché à différencier les violations graves des atteintes légères à l'al. 2d). Par exemple, dans *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221 (B.R.), les médecins étaient tenus, en vertu de la loi provinciale, de verser une cotisation annuelle à l'Association, peu importe qu'ils n'en soient pas membres. Le D<sup>r</sup> Merry, qui n'était pas membre de l'Association, a demandé à la cour de déclarer que la loi violait ses droits reconnus par l'al. 2d). Il a contesté l'obligation de verser des cotisations à l'Association parce qu'elle soutenait certaines causes auxquelles il s'opposait avec véhémence. Plutôt que d'accepter que la violation de l'al. 2d) avait été éta-



the expenditures under s. 1, the court drew a distinction between constitutionally significant and constitutionally insignificant compelled associations. Similarly, the Court of Appeal in the present case dealt with the issue of the appellant's right to refrain from associating with the Union in the same manner, by characterizing his claim as falling within the realm of the constitutionally insignificant.

In my view, neither the approach of the Canadian nor that of the American courts particularly commends itself. As soon as the Court is placed in the position of having to choose between so-called meaningful and trivial constitutional claims, an opening for the exercise of arbitrary line drawing has been created. On the other hand, it would be an abdication of this Court's responsibility to ensure access to justice if it turned a blind eye to the problems which recognition of a right not to associate will generate. Cognizant of these problems commentators have proposed various approaches designed to curb constitutional excesses. In the United States, for example, Professor Cantor in his article "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, argues at p. 25 that:

... moral affront or upset to conscience from being used as a financial instrument is not, by itself, a serious constitutional injury. Indeed, such incursions upon conscience through forced "support" of distasteful causes is an inevitable concomitant of living in an organized society. While it would be *nice* to avoid all spiritual and ideological affronts to persons forced by government to pay monies, the critical issue for first amendment purposes is whether the payor is required to associate with or appear to endorse in some fashion a distasteful cause selected by government. [Emphasis in original.]

In Canada, similar limitations have been proposed in relation to s. 2(d). Professor Etherington, for example, has argued in his article, "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1, that what lies at the

blie et de déterminer ensuite si les dépenses étaient justifiées aux termes de l'article premier, la cour a distingué les associations obligatoires présentant de l'importance sur le plan constitutionnel et les associations revêtant peu d'importance sur ce plan. De la même façon, la Cour d'appel en l'espèce a examiné le droit de l'appelant de s'abstenir de s'associer au syndicat, en disant que sa demande rentrait dans la catégorie des questions sans importance sur le plan constitutionnel.

À mon sens, ni le point de vue des tribunaux canadiens, ni celui des tribunaux américains n'emportent adhésion. Dès que la Cour est forcée de choisir entre des demandes constitutionnelles qu'on dit importantes et d'autres sans importance, surgit alors la possibilité de tracer une ligne de démarcation arbitraire. En revanche, la Cour renoncerait à sa responsabilité de garantir l'accès à la justice si elle fermait les yeux sur les problèmes qu'entraînerait la reconnaissance du droit de ne pas s'associer. Conscients de ces problèmes, des commentateurs ont proposé diverses solutions propres à mettre un frein aux excès constitutionnels. Aux États-Unis, par exemple, le professeur Cantor, dans son article intitulé «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, soutient, à la p. 25, que:

[TRADUCTION] ... la vexation ou la mauvaise conscience de celui qui est utilisé comme instrument financier ne représente pas en soi un préjudice grave sur le plan constitutionnel. En effet, ce type de cas de conscience découlant de l'«appui» apporté malgré soi à des causes déplaisantes est un corollaire inévitable de la vie en société organisée. Certes, ce serait *bien* d'éviter toute vexation d'ordre spirituel ou idéologique aux personnes forcées par le gouvernement de verser des sommes, mais la question cruciale, dans l'optique du Premier amendement, est celle de savoir si le contribuable est obligé de s'associer ou de sembler souscrire de quelque manière à une cause déplaisante choisie par le gouvernement. [En italique dans l'original.]

Au Canada, des restrictions semblables ont été proposées au sujet de l'al. 2d). Le professeur Etherington, par exemple, a soutenu dans son article «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *Rev. Ottawa* 1, que ce

heart of the claim not to associate are interests in the preservation of the democratic political system and in the protection of individual liberty. Professor Etherington envisions four ways in which these interests might be endangered by forced contributions which a freedom of non-association should guard against: (1) government establishment of, or support for, particular political causes; (2) impairment of individual freedom to join or associate with causes of his or her choosing; (3) imposition of ideological conformity; and (4) personal identification of the individual payor with causes which he or she does not support.

In my view, Professor Etherington's and Professor Cantor's analyses both contain necessary and desirable limitations which must be affixed to any negative right to associate. And indeed, adoption of either approach would minimize the problems to which negative association rights can give rise. However, I remain of the view that s. 2(d) should not be expanded to protect the right not to associate. As Mr. Nelson suggested, other *Charter* guaranteed rights and freedoms adequately protect the type of interests which underlie claims based on a right not to associate. As was evident throughout this appeal, the real harm produced by compelled association is not the fact of the association itself but the enforced support of views, opinions or actions one does not share or approve. To hold that s. 2(d) does not include the right not to associate does not leave those who do not wish to associate without redress for these harms. Sections 2(b) and 7 of the *Charter*, in particular, would seem to me to be available in appropriate cases.

Having found that s. 2(d) includes only the positive freedom to associate, the question remains whether Mr. Lavigne's freedom of association has been violated in this case. The appellant has not been prevented from forming or joining associations of his choosing. It is my view, therefore, that the appellant's right to freely associate has not been infringed and this ground of appeal must accordingly fail.

qui est au cœur de la revendication du droit de ne pas s'associer, ce sont les intérêts de préserver le régime politique démocratique et de protéger la liberté individuelle. Le professeur Etherington envisage quatre façons dont ces intérêts pourraient être compromis par l'obligation de contribuer et contre lesquelles la liberté de ne pas s'associer pourrait assurer une protection: (1) la reconnaissance institutionnelle par le gouvernement de causes politiques particulières ou le soutien qu'il y apporte, (2) l'atteinte à la liberté de l'individu de se joindre ou de s'associer à des causes de son choix, (3) l'imposition de la conformité à une idéologie, et (4) l'identification personnelle du contribuable à des causes qu'il ne soutient pas.

À mon avis, les analyses des professeurs Etherington et Cantor contiennent toutes deux des restrictions nécessaires et souhaitables dont il faut assortir le droit de ne pas s'associer. Certes, l'adoption de l'un ou l'autre de ces points de vue réduirait vraiment au minimum les problèmes que peuvent entraîner les droits de ne pas s'associer. Toutefois, je reste d'avis qu'il n'y a pas lieu d'élargir la portée de l'al. 2d) afin d'y inclure le droit de ne pas s'associer. Comme M<sup>e</sup> Nelson l'a affirmé, d'autres droits et libertés garantis par la *Charte* protègent suffisamment le type d'intérêts qui sous-tendent les demandes fondées sur le droit de ne pas s'associer. Il est apparu, tout au long de ce pourvoi, que le véritable préjudice causé par l'association obligatoire n'est pas le fait de l'association elle-même, mais bien l'obligation d'appuyer des points de vue, des opinions ou des actions que l'on ne partage ou que l'on n'approuve pas. Conclure que l'al. 2d) n'inclut pas le droit de ne pas s'associer ne prive pas ceux qui ne veulent pas s'associer de tout moyen d'obtenir une réparation pour ces préjudices. L'alinéa 2b) et l'art. 7 de la *Charte*, en particulier, me sembleraient susceptibles d'être invoqués dans les cas qui s'y prêtent.

Après avoir conclu que l'al. 2d) n'inclut que la liberté positive de s'associer, je dois encore décider si la liberté d'association de M. Lavigne a été violée en l'espèce. L'appellant n'a pas été empêché de former une association ni d'adhérer à celle de son choix. J'estime donc qu'aucune atteinte n'a été portée au droit de l'appellant de s'associer librement. Ce moyen d'appel doit par conséquent être rejeté.

I should perhaps add that even if this Court were to recognize a right not to associate under s. 2(d), I would still hold that this right has not been infringed in the present case. My main reason for so concluding is that, if a negative right does indeed exist, it surely can be no broader in scope than the positive right to associate previously defined by this Court.

Beginning with the *Alberta Reference* and culminating most recently in the decision in *P.I.P.S.*, *supra*, this Court has repeatedly stated that s. 2(d) does not protect the objects of an association. Unions have accordingly been denied constitutional protection for activities which are central, indeed fundamental, to their effective functioning within our system of collective bargaining. Mr. Lavigne submits, however, that while the objects of an association are irrelevant to the claims of collectivities of working people, they may legitimately be taken into account when assessing the claim of an individual who objects to being associated with the objects of such a collectivity. I do not believe it is open to the Court to engage in one-sided justice of this kind. Since s. 2(d) protects both individuals and collectivities, if the objects of an association cannot be invoked to advance the constitutional claims of unions, then neither, it seems to me, can they be invoked in order to undermine them. Even although the appellant has framed his claim in terms of his compelled association with the Union *simpliciter* (i.e., in terms of his having been forced to pay dues), it is clear that his only real objection is to certain forms of union expenditure. Mr. Lavigne's claim is thus inextricably connected to the objects of the association, a factor which this Court has consistently stated has no place in s. 2(d), and not merely to the existence of the association.

### 3. Freedom of Expression

Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

J'ajouterais peut-être que, même si notre Cour devait reconnaître le droit de ne pas s'associer, sous le régime de l'al. 2d), je conclurais tout de même que ce droit n'a pas été violé en l'espèce. Ma principale raison de conclure ainsi est que, si un droit négatif existe vraiment, il ne peut certainement pas avoir une portée plus grande que celle du droit positif de s'associer que notre Cour a déjà défini.

Depuis le *Renvoi relatif à l'Alberta* et jusqu'à l'arrêt *I.P.F.P.*, précité, notre Cour a affirmé à maintes reprises que l'al. 2d) ne protège pas les objets d'une association. Les syndicats se sont donc vu refuser la protection de la Constitution pour des activités qui sont essentielles, voire fondamentales, à leur fonctionnement efficace dans notre système de négociation collective. Monsieur Lavigne soutient, cependant, que, bien que les objets d'une association ne soient pas pertinents en ce qui concerne les revendications de groupes de travailleurs, on peut légitimement les prendre en considération en évaluant la demande d'un individu qui refuse d'être associé aux objets de pareil groupe. Je ne crois pas qu'il soit loisible à la Cour de s'engager dans un tel genre de justice inégale. Puisque l'al. 2d) protège à la fois les individus et les collectivités, si les objets d'une association ne peuvent être invoqués pour promouvoir les revendications constitutionnelles des syndicats, il me semble alors que ni l'un ni l'autre de ces objets ne saurait être invoqué pour les miner. Bien que l'appellant ait fondé sa demande sur l'obligation en soi qui lui est fait de s'associer au syndicat (c'est-à-dire sur l'obligation de cotiser), de toute évidence, il ne s'oppose vraiment qu'à certaines formes de dépenses syndicales. La demande de M. Lavigne est donc liée inextricablement aux objets de l'association, un facteur qui, notre Cour l'a constamment affirmé, n'a pas sa place à l'al. 2d), et non pas simplement à l'existence de celle-ci.

### 3. Liberté d'expression

L'alinéa 2b) de la *Charte* est ainsi conçu:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

There can be little doubt as to the fundamental nature of the guarantee of freedom of expression. As was stated by McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 583:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The sentiments of McIntyre J. have been echoed by this Court on various subsequent occasions. The appellant has invoked this fundamental guarantee in this appeal. He argues that his freedom of expression is infringed by his being compelled to pay the equivalent of union dues. Mr. Lavigne submits that this compelled payment constitutes an expression of support by him not only for the Union itself but also for the "causes" supported by the Union. Since he in fact supports neither the Union nor its causes, this compelled mode of expression infringes his s. 2(b) right.

This Court fully examined the nature and purpose of s. 2(b) in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. At issue in that case was the constitutionality of legislative provisions prohibiting commercial advertising aimed at children. There, the majority set out at pp. 978-79 the steps to be carried out in any s. 2(b) analysis:

When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step in the analysis is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to

L'on ne saurait douter de la nature fondamentale de la garantie de liberté d'expression. Comme le dit le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 583:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

Les sentiments exprimés par le juge McIntyre ont été repris par notre Cour à différentes occasions. L'appellant a invoqué cette garantie fondamentale dans ce pourvoi. Il soutient que sa liberté d'expression est violée parce qu'il est obligé de verser des sommes équivalant aux cotisations syndicales. Monsieur Lavigne affirme que ce paiement forcé constitue une expression d'appui de sa part non seulement au syndicat lui-même, mais aussi aux «causes» soutenues par le syndicat. Comme, en réalité, il ne soutient ni le syndicat ni ses causes, cette forme d'expression obligatoire porte atteinte à son droit reconnu par l'al. 2b).

Notre Cour a fait un examen complet de la nature et de l'objet de l'al. 2b) dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Cette affaire traitait de la constitutionnalité de dispositions législatives qui interdisaient la publicité commerciale destinée aux enfants. Les juges formant la majorité y ont énoncé, aux pp. 978 et 979, les étapes que doit comporter l'analyse fondée sur l'al. 2b):

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restrei-

content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. [Emphasis in original.]

The test articulated in *Irwin Toy* has formed the basis of this Court's approach to freedom of expression questions: see *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. It is to be noted, however, that this test was framed in the context of governmental restrictions on expression and not, as in the present case, in the context of "forced" expression. Thus, the first issue which must be addressed is whether it is appropriate to apply *Irwin Toy* in this case.

In my view, the approach to s. 2(b) developed in *Irwin Toy* is sound. It begins by asking whether it is "expression" in which a plaintiff wishes to engage, and, if the answer to that question is yes, it then turns to the issue of how government has impeded that desire. Thus, the first branch of the test focuses on the plaintiff and questions whether the activity in which he or she wishes to participate is expression. The second branch logically concerns the impact of the impugned law. If the "purpose" of the law is aimed at controlling expression, a violation of s. 2(b) is automatic. On the other hand, if the aim of the legislature was not directed at controlling expression, then the plaintiff must cross a further hurdle in order to establish an infringement of his or her *Charter*

gnant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. [Souligné dans l'original.]

Le critère formulé dans *Irwin Toy* a servi de fondement à la façon dont notre Cour aborde les questions de la liberté d'expression: voir *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Il faut cependant souligner que ce critère a été énoncé dans le contexte de restrictions gouvernementales apportées à l'expression et non pas, comme en l'espèce, dans le contexte de l'expression «forcée». Il faut donc en premier lieu décider s'il y a lieu d'appliquer l'arrêt *Irwin Toy* en l'espèce.

À mon avis, la façon d'aborder l'al. 2b) mise au point dans *Irwin Toy* est bien fondée. Il faut d'abord se demander si l'activité envisagée par le demandeur est bien une «expression» et, si la réponse est affirmative, il faut alors voir de quelle manière le gouvernement l'a entravée. Le premier volet du critère porte donc sur le demandeur et sur la question de savoir si l'activité qu'il veut exercer constitue une expression. Le deuxième volet concerne logiquement l'effet de la loi contestée. Si l'«objet» de la loi est de contrôler l'expression, il en découle *ipso facto* une violation de l'al. 2b). Par contre, si la loi ne vise pas à contrôler l'expression, le demandeur doit surmonter un autre obstacle pour démontrer la violation de son droit reconnu par la *Charte*. Dans ce type d'affaire, il ne

right. In such cases, it is not sufficient that the law has some "effect" on expression. The plaintiff must demonstrate that the meaning which he or she wishes to convey relates to the purposes underlying the guarantee of free expression. And there is a clear foundation for the addition of this extra step. Because the word "expression" in s. 2(b) has been broadly construed, most laws will have some impact on expression, intended or otherwise. Given this, it makes very good sense to ensure that unintended effects do not receive constitutional protection unless they strike at the heart of s. 2(b).

How do these principles fit in cases where, instead of restricting expression, government is compelling expression? It seems to me that as long as the activity in which a plaintiff wishes to engage falls within the protected sphere of activity, the first step will be satisfied. If the government's purpose was to put a particular message into the mouth of the plaintiff, as is metaphorically alleged to be the case here, the action giving effect to that purpose will run afoul of s. 2(b). If, on the other hand, the government's purpose was otherwise but the effect of its action was to infringe the plaintiff's right of free expression, then the plaintiff must take the further step and demonstrate that such effect warrants constitutional disapprobation. It seems to me therefore that the interpretive approach established in *Irwin Toy* readily lends itself to the analysis of claims based on compelled expression and I will follow it in my approach to s. 2(b) in this case.

#### (a) The First Step

The first step, then, is to ask whether the activity in which the appellant wishes to engage falls within the sphere of conduct protected by s. 2(b), i.e., whether the activity conveys a meaning and, if so, whether the expression takes an acceptable form. With respect to the question of the form of the expression, this Court has stated that certain manifestations of expressive behaviour will not be protected by the *Charter*. The quintessential example of the unprotected form is physical violence, an example which was initially cited by McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, *supra*, and was applied in the later case of *R. v. Keegstra*, *supra*. No difficulty is posed by the form of expression involved in the present appeal.

suffit pas que la loi ait un «effet» sur l'expression. Le demandeur doit montrer que la signification qu'il veut transmettre se rapporte aux objectifs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. L'ajout de cette étape supplémentaire repose sur un motif évident. Parce que le mot «expression» utilisé à l'al. 2b) a reçu une interprétation large, la plupart des lois ont un effet sur l'expression, que cela soit voulu ou non. Vu cet état de choses, il est tout à fait logique que l'on s'assure que les effets non voulus ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle, sauf s'ils portent sur le fond même de l'al. 2b).

De quelle manière ces principes s'appliquent-ils dans les cas où le gouvernement, au lieu de restreindre l'expression, impose l'expression? Il me semble que, dans la mesure où l'activité que le demandeur veut exercer relève du champ des activités protégées, la première épreuve est passée. Si l'objet que poursuivait le gouvernement était de faire dire des choses particulières au demandeur, pour formuler métaphoriquement l'allégation faite en l'espèce, l'action servant à réaliser cet objet est contraire à l'al. 2b). Si, par contre, l'objet du gouvernement était autre, mais que son action a eu pour effet de violer le droit du demandeur à la liberté d'expression, le demandeur doit encore montrer que cet effet justifie la désapprobation constitutionnelle. Il me semble donc que la méthode d'interprétation établie dans l'arrêt *Irwin Toy* se prête aisément à l'analyse des demandes fondées sur l'expression imposée et je vais la suivre en examinant l'application de l'al. 2b) en l'espèce.

#### a) La première étape

La première étape de l'analyse est donc de déterminer si l'activité que veut exercer le demandeur fait partie du champ des activités protégées par l'al. 2b), c'est-à-dire si l'activité transmet une signification et, le cas échéant, si la forme d'expression est acceptable. Quant à la question de la forme d'expression, notre Cour a décidé que certaines formes de conduite expressive ne sont pas protégées par la *Charte*. Le meilleur exemple de forme non protégée est la violence physique, exemple cité en premier par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, et repris dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité. La forme d'expression en cause dans ce pourvoi ne soulève aucun problème.

With respect to the question whether the activity conveys a meaning, it is by now quite clear that all meanings, however repugnant and regardless of their impact, are protected by s. 2(b). Thus, in *R. v. Keegstra*, Dickson C.J., writing for the majority, observed that even expression which is inimical to the preservation and promotion of other *Charter* values is not excluded from the ambit of s. 2(b). The idea that the guarantee of freedom of expression extends to all messages was perhaps most aptly put by the Court in *Irwin Toy, supra*, at p. 968:

Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream.

Even although the Court has interpreted s. 2(b) in this generous way, it has not so far suggested that any activity which conveys meaning automatically falls within its compass. This point was made in *Irwin Toy* at p. 969:

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(b) challenge would proceed.

Pour ce qui est de la question de savoir si l'activité transmet une signification, il est maintenant manifeste que toutes les significations, si répugnantes soient-elles et peu importe leur effet, sont protégées par l'al. 2b). Ainsi, dans *R. c. Keegstra*, le juge en chef Dickson fait observer, au nom de la majorité, que même l'expression défavorable à la préservation et à la promotion d'autres valeurs consacrées dans la *Charte* n'est pas soustraite à la portée de l'al. 2b). C'est peut-être dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, que la Cour a formulé avec le plus de justesse l'idée que la garantie de la liberté d'expression englobe tous les messages (à la p. 968):

La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [...] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

Même si la Cour a interprété l'al. 2b) de cette manière généreuse, elle n'est jamais allée jusqu'à laisser entendre que toute activité qui transmet une signification relève automatiquement de cette disposition. C'est la remarque qu'elle fait dans *Irwin Toy*, à la p. 969:

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b).

The distinction between expression and expressionless activity is illustrated by the decision in the companion appeal of *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In that case, the appellant Ford sought to challenge Quebec's language bill which required that public signs, commercial advertising and firm names be posted solely in the French language. Among the issues which the Court had to determine was whether freedom of expression was infringed through restriction on the use of language. The Court found that it was, saying at pp. 748-49:

Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is, as the preamble of the *Charter of the French Language* itself indicates, a means by which a people may express its cultural identity.

To date, only one activity has been found to be beyond the protective reach of s. 2(b). In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, the majority of this Court dismissed the argument that the activity prohibited by s. 193 of the *Code* (keeping a common bawdy-house) was protected expression under the *Charter*. Indeed, the majority gave the submission very short shrift, remarking at p. 1206: "I do not believe that 'expression' as used in s. 2(b) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house".

Thus, while the Court has stated its unwillingness to pick and choose between "good" and "bad" meanings within the context of s. 2(b), preferring to leave the exercise of balancing competing values to s. 1 of the *Charter*, it has not gone so far as to say that any activity which potentially conveys meaning is protected by freedom of expression. And this is not surprising since to so hold would certainly trivialize a fundamental guarantee which has been described as the cornerstone of democracy.

La distinction entre l'activité qui exprime quelque chose et l'activité dénuée de contenu expressif est illustrée par la décision rendue dans le pourvoi connexe *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cette affaire, l'appelant Ford a contesté la loi québécoise sur la langue exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement. Parmi les questions soumises à la Cour, figurait celle de savoir si la restriction imposée à l'utilisation de sa langue violait la liberté d'expression. La Cour a répondu par l'affirmative, disant aux pp. 748 et 749:

La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle.

Jusqu'à ce jour, l'on a jugé qu'une seule activité ne bénéficiait pas de la protection de l'al. 2b). Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, notre Cour, à la majorité, a repoussé l'argument voulant que l'activité interdite par l'art. 193 du *Code* (tenue d'une maison de débauche) soit une forme d'expression protégée par la *Charte*. En effet, la majorité a rejeté sommairement cet argument, faisant remarquer, à la p. 1206: «Je ne crois pas que le terme «expression», tel qu'il est utilisé à l'al. 2b) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche».

Par conséquent, si la Cour a affirmé qu'elle n'était pas disposée à classer les significations en «bonnes» et en «mauvaises» dans le contexte de l'al. 2b), préférant laisser le soin de soupeser les valeurs opposées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, elle n'est pas allée jusqu'à dire que toute activité susceptible de transmettre une signification est protégée par la liberté d'expression. Cela n'a rien d'étonnant, car conclure ainsi aurait certainement pour effet de banaliser une garantie fondamentale qui a été qualifiée de pierre angulaire de la démocratie.



It must therefore be determined whether the activity in which the appellant wishes to engage conveys a meaning. The nub of Mr. Lavigne's argument is that the scheme of mandatory dues check-off deprives him of his right to refuse to support the Union and the causes it supports. He says, in effect, that it deprives him of the right to take a contrary position on these causes or to refrain from taking any position on them at all. It compels him, he submits, to be identified with them and therefore conveys a meaning in the sense discussed in *Irwin Toy*.

It was noted in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, that silence may in certain circumstances constitute expressive activity within the meaning of s. 2(b). At page 1184 Lamer J. said:

Obviously, almost all human activity combines expressive and physical elements. For example sitting down expresses a desire not to be standing. Even silence, the apparent antithesis of expression, can be expressive in the sense that a moment's silence on November 11 conveys a meaning.

I do not think that Lamer J. was saying in this passage that silence in general conveys a meaning but that it may in some special circumstances such as the two minutes' silence on Armistice Day. Silence can, indeed, in some circumstances speak louder than words but the question raised by the plaintiff as far as silence is concerned is whether his s. 2(b) right to freedom of expression includes a right to take no position as well as a right to take a contrary position.

I do not consider it necessary in this case to decide whether freedom of expression under s. 2(b) encompasses a right not to express oneself at all on an issue since it seems to me clear that the essence of Mr. Lavigne's complaint is not that he wishes to take a neutral or no position in relation to some of the causes supported by the Union but that he is vigorously opposed to some of them and objects to being compelled, as he says, to be identified with them through the payment of the equivalent of union dues. His objection, as I understand it, is to being com-

Il faut donc décider si l'activité que l'appelant veut exercer transmet une signification. Monsieur Lavigne soutient pour l'essentiel que le système du précompte obligatoire des cotisations syndicales le prive de son droit de refuser d'appuyer le syndicat et les causes qu'il soutient. Il dit, en fait, qu'il le prive du droit d'adopter un point de vue contraire sur ces causes ou de s'abstenir de prendre position sur celles-ci. Ce système, soutient-il, le force à s'identifier à ces causes et il transmet donc une signification au sens où l'entendait la Cour dans *Irwin Toy*.

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, on souligne que le silence peut, dans certains cas, constituer une activité expressive au sens de l'al. 2b). Le juge Lamer affirme, à la p. 1184:

Il est évident que presque toute l'activité humaine comporte à la fois des éléments expressifs et physiques. Par exemple, le fait de s'asseoir exprime le désir de ne pas rester debout. Même le silence, l'antithèse apparente de l'expression, peut être expressif en ce sens qu'une minute de silence le 11 novembre transmet une signification.

Je pense que ce que le juge Lamer a voulu dire par là est non pas que le silence en général transmet une signification, mais plutôt que ce peut être le cas dans des circonstances spéciales comme lorsque l'on observe deux minutes de silence le jour du Souvenir. Le silence peut vraiment, dans certains cas, être plus éloquent que la parole, mais la question soulevée par le demandeur, en ce qui a trait au silence, est celle de savoir si le droit à la liberté d'expression que lui confère l'al. 2b) inclut le droit de ne pas prendre position et le droit de défendre une position contraire.

Je n'estime pas nécessaire en l'espèce de décider si la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) englobe le droit de ne pas se prononcer sur une question puisqu'il me semble évident que l'essentiel de la plainte de M. Lavigne réside non pas dans le fait qu'il veut rester neutre ou s'abstenir de prendre position par rapport à certaines des causes soutenues par le syndicat, mais dans le fait qu'il s'oppose avec vigueur à certaines d'entre elles et qu'il s'objecte à être forcé, comme il l'affirme, à s'identifier à ces causes par le versement de sommes équivalant aux cotisations syn-

pelled to say something rather than to being denied the right to say nothing.

There is no question in my mind that the Union's contributions to various purposes convey meaning for it. Similarly, for some members of the bargaining unit represented by OPSEU the contribution of dues to the Union signifies for them support for the Union and perhaps more generally for the union movement and the interests it supports. Clearly, therefore, volunteering financial support is expressive for such people. Particularly in this day and age where money is an extremely powerful way of expressing support, the channelling of contributions is expressive indeed. It is also unquestionably true that a refusal to provide monetary assistance, to boycott, in other words, is equally expressive. I agree, therefore, with the appellant that the fact that he is denied the right to boycott the Union's causes prevents him from conveying a meaning which he wants to convey. The real question, however, is whether it is the action of government which has in either purpose or effect impinged upon this expressive activity.

(b) The Second Step

What was the purpose behind the government action in this case? I think it clear that it was never the intention of government in enacting the impugned sections of the *Colleges Collective Bargaining Act*, or in agreeing with OPSEU to incorporate the Rand formula into the collective agreement, to control the conveyance of meaning. Indeed, to suggest that it was seems to me to misapprehend the purpose of the agency shop and the vital role it plays in the regulation of Canadian labour relations.

The history behind the agency shop device in Canada demonstrates that the purpose of the Rand formula is simply to promote industrial peace through the encouragement of collective bargaining. I will have more to say on the purpose behind compulsory dues check-off schemes in my analysis of the application of s. 1 of the *Charter* later in these reasons. For the moment, suffice it to say that the Rand

dicales. Si je ne m'abuse, il s'oppose à ce qu'on l'oblige à dire quelque chose et non à ce qu'on le prive du droit de ne rien dire.

Il ne fait aucun doute, selon moi, que les contributions versées par le syndicat à diverses fins transmettent un message. De même, pour certains membres de l'unité de négociation représentée par le SEFPO, le versement de cotisations syndicales signifie pour eux qu'ils appuient le syndicat et peut-être, de façon plus générale, le mouvement syndical et les intérêts qu'il défend. De toute évidence, le soutien financier volontaire représente pour ces gens une forme d'expression. Surtout à notre époque où l'argent constitue un moyen très puissant pour exprimer son appui, la canalisation des contributions ressortit vraiment à l'expression. Il ne fait en outre pas de doute que le refus d'apporter son aide financière, autrement dit, le boycott, est tout aussi expressif. Je conviens donc avec l'appelant que la privation du droit de boycotter les causes appuyées par le syndicat l'empêche de transmettre un message qu'il veut transmettre. La question véritable est cependant de savoir si c'est l'action du gouvernement qui, par son objet ou son effet, a entravé cette activité expressive?

b) La deuxième étape

Quel était l'objet de l'action gouvernementale en l'occurrence? Il apparaît, à mon sens, que le gouvernement n'a jamais eu l'intention, en adoptant les dispositions contestées de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* ou en convenant avec le SEFPO d'incorporer la formule Rand dans la convention collective, de contrôler la transmission d'un message. En effet, affirmer que telle était son intention, c'est, à mon avis, se méprendre sur l'objet du précompte syndical généralisé et sur le rôle vital qu'il joue dans la réglementation des relations de travail au Canada.

L'histoire du mécanisme de précompte syndical généralisé au Canada nous enseigne que la formule Rand vise simplement à favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la négociation collective. Je ferai d'autres observations sur l'objectif qui sous-tend les systèmes de précompte obligatoire de cotisations syndicales lorsque j'analyserai, plus loin dans ces motifs, l'application de l'article premier de la

formula is but one aspect of a complex legislative regime which attempts to strike a balance between the interests of capital and labour. The Rand formula has grown in popularity in this country precisely because it is a fair means to achieve that balance without which collective bargaining cannot succeed. Compulsory dues check-off is a means by which to shore up union strength in bargaining relationships plagued by inequality. Its success in Canada has stemmed from the fact that in enhancing union security it does not work to suppress expression but to foster it.

Why is this so? Viewed closely, it is evident that there is nothing about the agency shop which purports to align those subject to its operation with the union or any of its activities. Indeed, the Rand formula specifically provides for dissent by stipulating that no member of the bargaining unit is required to join and thereby become a member of the union. Free expression was thus enhanced by giving unionists and non-unionists alike a voice in the administration of the employment relationship.

But does the Rand formula have the effect of depriving the appellant of his right to express himself freely? In *Irwin Toy*, as I indicated earlier, this Court held that, where a law only incidentally affects freedom of expression, a plaintiff, in order to reap the benefit of s. 2(b), must show that the expression in which he or she wishes to engage feeds the purpose behind the guarantee. In this case the courts below found that Mr. Lavigne's freedom of expression was not infringed at all. The Court of Appeal agreed (at p. 568) with the findings of White J. at trial who said at pp. 509-10:

As I see it, a possible impingement on Mr. Lavigne's freedom of expression might arise on the facts in two ways. First, there could be a curtailment of rights under s. 2(b) of the Charter if the expression of the ideology or political persuasion of the group is attributed to the reluctant fees payor. This would be of concern in the case at bar if Mr. Lavigne were to become "associated" or identified with the ideological and political causes that the Union supports by virtue of the financial contri-

*Charte*. Pour l'instant, qu'il suffise de dire que la formule Rand n'est que l'un des aspects d'un régime législatif complexe qui est conçu pour réaliser l'équilibre entre les intérêts du patronat et ceux des travailleurs. La popularité de la formule Rand s'est accrue dans ce pays précisément parce qu'elle constitue un moyen équitable de réaliser cet équilibre sans lequel la négociation collective est vouée à l'échec. Le précompte obligatoire de cotisations syndicales est un moyen de renforcer le pouvoir syndical dans des négociations où l'inégalité prévaut. Son succès au Canada découle du fait qu'en augmentant la sécurité syndicale, il a pour effet non pas de supprimer l'expression mais de la stimuler.

Pourquoi en est-il ainsi? Si on l'examine de près, le précompte syndical généralisé n'a manifestement pas pour objet de contraindre ceux qui y sont soumis à s'aligner sur le syndicat ou sur l'une ou l'autre de ses activités. En effet, la formule Rand permet expressément la dissidence en stipulant qu'aucun membre de l'unité de négociation n'est tenu d'adhérer au syndicat. La liberté d'expression a donc été favorisée en permettant à la fois aux syndiqués et aux non-syndiqués de dire leur mot dans l'administration des relations de travail.

Mais la formule Rand a-t-elle pour effet de priver l'appelant de son droit de s'exprimer librement? Dans *Irwin Toy*, je le répète, notre Cour a décidé que, si une loi n'a qu'un effet incident sur la liberté d'expression, le demandeur, pour bénéficier de la protection de l'al. 2b), doit montrer que l'expression à laquelle il souhaite se livrer se rapporte à l'objet qui sous-tend la garantie. En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de la liberté d'expression de M. Lavigne. La Cour d'appel a souscrit (à la p. 568) aux conclusions du juge White, qui a dit au procès, aux pp. 509 et 510:

[TRADUCTION] Selon moi, la liberté d'expression de M. Lavigne pourrait, selon les faits, être l'objet de deux types d'atteinte. Premièrement, ses droits reconnus par l'al. 2b) de la Charte pourraient être violés si l'expression de l'idéologie ou des convictions politiques du groupe est attribuée au cotisant réticent. Ce serait le cas en l'occurrence si M. Lavigne devenait «associé» ou identifié aux causes idéologiques et politiques qu'appuie le syndicat en raison des contributions financières qu'il

butions that he is forced to make. An abridgment of expression in this sense would stem from the concept of freedom of thought as an extension of individual liberty. The record simply does not support any such claim . . .

The second way in which a possible freedom of expression impingement could arise in this context would be if Mr. Lavigne's capacity to engage in "expression" were reduced as a result of mandatory dues. Arguably, compelled payment of dues reduces the financial resources available to the objecting dues payor to support causes of his own choosing; this results in a burdening of freedom of expression. . . . I respectfully agree with the following passage from the dissent of Frankfurter J., which, in my opinion, disposes of the argument that Mr. Lavigne's freedom of expression has been burdened (at p. 806):

. . . the gist of the complaint here is that the expenditure of a portion of mandatory funds for political objectives denies free speech — the right to speak or to remain silent — to members who oppose, against the constituted authority of union desire, this use of their union dues. No one's desire or power to speak his mind is checked or curbed. The individual member may express his view in any public or private forum as freely as he could before the union collected his dues. Federal taxes also may diminish the vigour with which a citizen can give partisan support to a political belief, but as yet no one would place such an impediment to making one's views effective within the reach of constitutionally protected 'free speech'.

I cannot see that the record for this application supports the argument that Mr. Lavigne's capacity to express his views about the Union, or about the causes it supports has been impaired in any way.

White J. was clearly of the view that the compelled payment of dues did not have the effect of publicly identifying Mr. Lavigne with the Union's activities. Nor did it, in his view, prevent Mr. Lavigne from expressing his own views. This was conclusive of the issue in White J.'s opinion. The appellant argues that the courts below erred in considering these factors relevant to the issue of the infringement of his s. 2(b) rights. He submits that the fact that he is compelled to provide affirmation of the Union's activities in the

est forcé de verser. Une diminution de la liberté d'expression dans ce sens résulterait de la notion de liberté de pensée considérée à titre de prolongement de la liberté individuelle. Le dossier n'étaye simplement pas cette assertion . . .

Le second type d'atteinte possible à la liberté d'expression pourrait se produire dans ce contexte si la capacité de M. Lavigne de «s'exprimer» était diminuée à cause de l'obligation de cotiser. On pourrait soutenir que l'obligation de verser des cotisations diminue les ressources financières dont dispose le cotisant involontaire pour appuyer les causes de son choix; il en résulte une diminution de sa liberté d'expression [. . .] Je souscris au passage qui suit des motifs de dissidence du juge Frankfurter qui, à mon avis, détruit l'argument selon lequel la liberté d'expression de M. Lavigne a été diminuée (à la p. 806):

. . . l'essentiel de la plainte en l'espèce est que l'utilisation à des fins politiques d'une partie des sommes versées obligatoirement viole la liberté de parole — le droit de s'exprimer ou de garder le silence — des membres qui s'opposent, contre la volonté du syndicat détenteur de l'autorité, à ce que leurs cotisations soient ainsi utilisées. Chacun peut exprimer son opinion sans entrave. Chaque membre peut exprimer son avis dans toute assemblée publique ou privée aussi librement qu'il le pouvait avant que le syndicat ne perçoive sa cotisation. Les impôts fédéraux peuvent aussi diminuer la vigueur avec laquelle un citoyen peut manifester son appui partisan à un credo politique, mais jusqu'à maintenant, personne n'étendrait la protection constitutionnelle de la «liberté de parole» à un obstacle de cette nature à l'expression d'idées.

À mon avis, le dossier de cette demande n'étaye pas l'argument selon lequel la capacité de M. Lavigne d'exprimer son opinion au sujet du syndicat ou des causes qu'il encourage a été diminuée d'une manière quelconque.

Le juge White a affirmé sans ambiguïté que le paiement forcé de cotisations n'a pas eu pour effet d'identifier publiquement M. Lavigne aux activités du syndicat. Cela n'a pas non plus, à son avis, empêché M. Lavigne d'exprimer son propre point de vue. Le juge White a estimé que ces facteurs étaient déterminants. L'appellant soutient que les tribunaux d'instance inférieure se sont trompés quand ils ont estimé que ces facteurs étaient pertinents à la question de la violation de ses droits reconnus à l'al. 2b). Il prétend

form of union dues is sufficient in itself to ground a breach. OPSEU disagrees that the factors of public identification and ability to disavow are irrelevant. The Union argues that these factors would only be irrelevant if the compelled message was content-based. In its view, where the message is content-neutral a challenger must also establish one of the above two factors for an infringement of expressive rights to be found. OPSEU argues that the mere contribution of money is content-neutral and that to establish a violation Mr. Lavigne must therefore show either public identification or inability to disavow.

The appellant relies on earlier American authorities for his position: see *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977), *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), and *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976). These authorities were discussed in a more recent decision of the United States Supreme Court, *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

In *PruneYard* a group of protestors to a United Nations resolution sought to obtain signatures for their petition in a local shopping centre. They were informed by a security guard that they would have to leave because their activity violated shopping centre regulations prohibiting any visitor or tenant from engaging in any public expressive activity that was not directly related to the centre's commercial purposes. Rehnquist J., who delivered the opinion of the court, found that the shopping centre owner's freedom of speech would not be infringed if the petitioners were permitted to convey their message on his property. In doing so, he distinguished both the *Wooley* and *Barnette* decisions.

In *Wooley* the appellants had obscured the motto "Live Free or Die" on the licence plates of their motor vehicle on the grounds of religious objection. A New Hampshire statute required non-commercial motor vehicles to bear plates with the motto on them

que le fait d'être obligé de ratifier les activités du syndicat en versant des cotisations est suffisant en soi pour justifier une allégation de violation. Le SEFPO n'est pas d'avis que les facteurs d'identification aux yeux du public et de capacité de désavouer ne sont pas pertinents. Le syndicat fait valoir que ces facteurs ne perdraient toute pertinence que si le message forcé avait un contenu. À son avis, si le message est dénué de contenu, la personne qui conteste doit aussi faire la preuve de l'un de ces deux facteurs si elle veut que l'on conclue qu'il y a violation de droits d'expression. Le SEFPO soutient que la simple contribution financière est dénuée de contenu et que, pour établir l'existence d'une violation, M. Lavigne doit donc montrer qu'il y a soit identification aux yeux du public, soit incapacité de désavouer.

L'appelant invoque à l'appui de sa position la jurisprudence américaine antérieure: voir *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977), *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), et *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976). Cette jurisprudence a été examinée dans un arrêt plus récent de la Cour suprême des États-Unis, *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

Dans *PruneYard*, un groupe de protestataires voulait recueillir dans un centre commercial des signatures pour une pétition contre une résolution des Nations Unies. Un garde de sécurité les a informés qu'ils devraient quitter les lieux parce que leur activité contrevenait au règlement du centre interdisant aux visiteurs et aux locataires d'exercer toute activité d'expression publique qui n'était pas liée directement aux objectifs commerciaux du centre. S'exprimant au nom de la cour, le juge Rehnquist a décidé que la liberté de parole du propriétaire du centre ne serait pas violée s'il était permis aux organisateurs de la pétition de transmettre leur message dans son immeuble. Ce faisant, il a fait la distinction entre cette affaire et celles de *Wooley* et *Barnette*.

Dans *Wooley*, les appelants avaient masqué la devise «Live Free or Die» sur les plaques de leur véhicule, pour des motifs d'objection religieuse. Aux termes d'une loi du New Hampshire, les plaques des véhicules non commerciaux devaient porter des

and made it a misdemeanour to cover it up. The appellants were found guilty of violating that statute but refused to pay the fine and were sentenced to 15 days in jail. In consequence, they brought an action seeking declaratory and injunctive relief on the basis that the statute violated their rights under the First Amendment.

Rehnquist J. discussed the *Wooley* decision in *PruneYard* at pp. 86-87:

... in *Wooley v. Maynard* ... this Court concluded that a State may not constitutionally require an individual to participate in the dissemination of an ideological message by displaying it on his private property in a manner and for the express purpose that it be observed and read by the public. This rationale applies here, [the appellants] argue, because the message of *Wooley* is that the State may not force an individual to display any message at all.

*Wooley*, however, was a case in which the government itself prescribed the message, required it to be displayed openly on appellee's personal property that was used "as part of his daily life," and refused to permit him to take any measures to cover up the motto even though the Court found that the display of the motto served no important state interest. Here, by contrast, there are a number of distinguishing factors. Most important, the shopping center by choice of its owner is not limited to the personal use of appellants. It is instead a business establishment that is open to the public to come and go as they please. The views expressed by members of the public in passing out pamphlets or seeking signatures for a petition thus will not likely be identified with those of the owner. Second, no specific message is dictated by the State to be displayed on appellants' property. There consequently is no danger of governmental discrimination for or against a particular message. Finally, as far as appears here appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law.

The court similarly distinguished *Barnette* and *Tornillo* respectively. *Barnette* involved the com-

plaques affichant la devise et c'était un délit que de la cacher. Les appelants ont été déclarés coupables d'infraction à cette loi, mais ils ont refusé de payer l'amende et ont été condamnés à une peine d'emprisonnement de 15 jours. Ils ont donc demandé un jugement déclaratoire et une injonction pour le motif que la Loi portait atteinte à leurs droits reconnus par le Premier amendement.

Dans *PruneYard*, le juge Rehnquist étudie l'arrêt *Wooley*, aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] ... dans *Wooley v. Maynard* [...] notre Cour a conclu qu'un État ne peut pas, constitutionnellement, obliger une personne à participer à la diffusion d'un message idéologique en l'affichant sur ses biens personnels de manière à le porter à la connaissance du public et dans le but exprès de le faire. Ce raisonnement s'applique en l'espèce, d'après [les appelants], parce que la conclusion qu'il faut tirer de *Wooley*, c'est que l'État ne peut pas forcer une personne à afficher un message quel qu'il soit.

Toutefois, dans l'affaire *Wooley*, c'était le gouvernement lui-même qui avait prescrit le message, qui avait obligé l'intimé à l'afficher sur un bien personnel qu'il utilisait «quotidiennement» et qui avait refusé de lui permettre de faire quoi que ce soit pour cacher la devise, même si la Cour a estimé que le fait d'afficher la devise ne servait aucun intérêt important de l'État. Par contre, l'espèce comporte un bon nombre d'éléments distinctifs. Le plus important, c'est que le propriétaire du centre commercial a choisi de ne pas réserver son établissement à l'usage personnel des appelants. C'est plutôt un établissement commercial dans lequel le public peut circuler à son gré. Les opinions qu'expriment les gens qui distribuent des tracts ou qui recueillent des signatures pour une pétition ne seront vraisemblablement pas assimilées à celles du propriétaire. Ensuite, l'État ne dicte aucun message que les appelants doivent afficher dans leur immeuble. Il n'y a donc pas de risque de discrimination de la part de l'État à l'égard d'un message particulier. Enfin, autant que l'on puisse en juger en l'espèce, les appelants peuvent explicitement désavouer toute association avec le message en affichant simplement des pancartes aux endroits où se tiennent ceux qui parlent ou qui distribuent les tracts. Ils pourraient inscrire sur ces pancartes, par exemple, qu'ils ne parrainent pas le message et expliquer que les personnes communiquent leurs propres messages conformément à la loi de l'État.

De la même façon, la cour a fait la distinction d'avec les affaires *Barnette* et *Tornillo*. L'affaire *Barnette*

pelled recitation of a message containing an affirmation of belief. In contrast to the situation then before it, the court in *Barnette* found the compulsion unconstitutional because it required the “individual to communicate by word and sign his acceptance” of government-dictated political ideas (at p. 88).

*Tornillo* was of even less assistance because it concerned the compulsion of a newspaper to print political candidates’ replies to editorial criticisms. Such compulsion, in the court’s view, would “damp[en] the vigor and limi[t] the variety of public debate”. It was an unjustified intrusion into the function of editors, an intrusion which was not at issue in *PruneYard* (at p. 88).

*PruneYard* would appear to stand for the proposition that no infringement of freedom of speech will be found unless (1) there is state compulsion of the content of the message; (2) there is public identification of the complainant with that message; and (3) the complainant is not able to disavow belief in the content of the message. To the extent that *PruneYard* fully represents the current state of American law on this issue the appellant would seem to be incorrect in his assertion that ability to disavow and public identification are irrelevant under the First Amendment. These factors clearly play some role, although arguably they do not account for the whole of the jurisprudence.

The dispute between the parties in this appeal over the correct interpretation of American “compelled speech” doctrine does not, however, advance the present inquiry very far. The question is and always should be whether the principles of American constitutional law should be adopted into the Canadian constitution. Two “compelled speech” decisions of this Court are instructive on this question: *National Bank of Canada v. Retail Clerks’ International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, and *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*.

*National Bank* involved the validity of an order issued by the Canada Labour Relations Board by way

portait sur l’obligation de réciter un message comportant l’expression d’une croyance. Par opposition à la situation dont elle était alors saisie, la cour a jugé dans *Barnette* que la contrainte exercée était inconstitutionnelle parce qu’on obligeait la [TRADUCTION] «personne à communiquer par paroles et par signes son acceptation» d’idées politiques imposées par le gouvernement (à la p. 88).

L’affaire *Tornillo* était d’un moins grand secours encore parce qu’elle concernait l’obligation faite à un journal de publier les réponses données par des candidats à des élections aux critiques des éditorialistes. Selon la cour, pareille obligation [TRADUCTION] «refroidi[rait] l’ardeur et rédui[rait] la diversité des débats publics». Il s’agissait d’une ingérence injustifiée dans la fonction des éditorialistes, ingérence qui n’était pas en cause dans *PruneYard* (à la p. 88).

Suivant l’arrêt *PruneYard*, apparemment, on ne conclut à une violation de la liberté de parole que (1) si l’État impose le contenu du message, (2) si le public identifie le plaignant à ce message et (3) si le plaignant n’est pas en mesure de désavouer sa croyance dans le contenu du message. Dans la mesure où *PruneYard* représente intégralement l’état actuel du droit américain sur cette question, l’appellant semblerait avoir tort d’affirmer que la capacité de désavouer et l’identification aux yeux du public ne sont pas pertinents pour l’application du Premier amendement. Ces facteurs jouent nettement un rôle, quoique l’on puisse soutenir qu’ils n’expliquent pas l’ensemble de la jurisprudence.

Le différend entre les parties à ce pourvoi au sujet de l’interprétation juste de la théorie américaine de l’«expression forcée» ne fait cependant pas beaucoup progresser notre analyse. La question qu’il faut et qu’il faudrait toujours se poser est de savoir si les principes du droit constitutionnel américain devraient être adoptés dans l’interprétation de la Constitution canadienne. Deux arrêts de notre Cour portant sur l’«expression forcée» nous éclairent là-dessus: *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité.

L’affaire *Banque Nationale* traitait de la validité d’une ordonnance du Conseil canadien des relations

of remedy for certain flagrant unfair labour practices committed by the Bank during a union organizing drive. In particular, the Board ordered the employer to read a letter to its employees stating that it approved of unionization. This Court held that the Board had no jurisdiction to order such a remedy on the footing that no essential connection existed between the act alleged, its consequences, and the remedy imposed. Beetz J. added in *obiter* that the remedy would also violate the *Charter*. He said at p. 296:

This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes. I cannot be persuaded that the Parliament of Canada intended to confer on the Canada Labour Relations Board the power to impose such extreme measures, even assuming that it could confer such a power bearing in mind the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression. These freedoms guarantee to every person the right to express the opinions he may have: *a fortiori* they must prohibit compelling anyone to utter opinions that are not his own.

A similar challenge to a labour relations remedy was brought in *Slaight Communications*. There, the respondent Davidson was employed as a radio time salesperson for the radio station Q107. He was terminated ostensibly on the basis that his performance was unsatisfactory. Davidson grieved his termination before an arbitrator appointed under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, who found that he had been unjustly dismissed. By way of remedy the arbitrator ordered that, when faced with a request for a reference regarding Mr. Davidson's work, Slaight Communications was to provide a letter of recommendation consisting only of the facts found by the arbitrator (which in this case, it should be noted, were uncontested) together with a statement that the arbitrator had held that the respondent had been unjustly dismissed. The arbitrator also ordered the employer not to respond to requests for references except by way of the above letter. These two orders were referred to as the positive and negative orders.

du travail. Ce dernier avait imposé une réparation pour certaines pratiques déloyales de travail dont la banque s'était rendue coupable pendant une campagne de recrutement syndical. Le Conseil avait, en particulier, ordonné à l'employeur de lire à ses employés une lettre dans laquelle il disait approuver la syndicalisation. Notre Cour a décidé que le Conseil n'avait pas compétence pour ordonner cette réparation à cause de l'absence d'un lien essentiel entre l'acte reproché, ses conséquences et la réparation imposée. Dans une opinion incidente, le juge Beetz ajoute que la réparation violerait aussi la *Charte*. Voici ce qu'il affirme, à la p. 296:

Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves. Je ne puis me convaincre que le Parlement du Canada ait voulu conférer au Conseil canadien des relations de travail le pouvoir d'imposer des mesures aussi extrêmes, si tant est qu'il soit habile à le faire, vu la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Ces libertés garantissent à chacun le droit d'exprimer les opinions qu'il peut avoir: à plus forte raison interdisent-elles que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes.

L'affaire *Slaight Communications* portait sur une contestation semblable d'une réparation accordée en matière de relations de travail. L'intimé Davidson occupait le poste de vendeur de temps d'antenne à la station de radio Q107. Il a été renvoyé sous prétexte que son rendement était insuffisant. Davidson s'est plaint de son congédiement devant un arbitre désigné conformément au *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1. L'arbitre a conclu qu'il avait été congédié injustement. À titre de réparation, l'arbitre a ordonné à Slaight Communications de répondre à toute demande de renseignements concernant le travail de M. Davidson par une lettre de recommandation reprenant seulement les faits constatés par l'arbitre (qui, dans cette affaire, il convient de le souligner, étaient incontestés) et précisant que l'arbitre avait jugé que l'intimé avait été congédié injustement. L'arbitre a également ordonné à l'employeur de ne répondre aux demandes de renseignements que par l'envoi de la lettre susmentionnée. Ces deux ordonnances ont été appelées l'ordonnance positive et l'ordonnance négative.



Two issues were before the Court. First, the employer contended that the orders were patently unreasonable and thus should be set aside. Second, Slaight argued that, even if the orders were reasonable in the administrative law sense, they were unconstitutional as infringing s. 2(b) of the *Charter*. The majority held that both the positive order (*per* Lamer J.) and the negative order (*per* Dickson C.J.) infringed s. 2(b) but were reasonable and demonstrably justified under s. 1. With regard to the positive order, Lamer J. stated at p. 1080:

There is no doubt in the case at bar that the part of the order dealing with the issuing of a letter of recommendation places, in my opinion, a limitation on freedom of expression. There is no denying that freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things. Silence is in itself a form of expression which in some circumstances can express something more clearly than words could do. The order directing appellant to give respondent a letter containing certain objective facts in my opinion unquestionably limits appellant's freedom of expression.

Dickson C.J., speaking of the negative order, stated at p. 1050:

Adjudicator Joliffe's order that Slaight Communications Inc. answer any reference inquiry exclusively by sending the specified letter is an infringement of s. 2(b) freedom of expression. The government is attempting to prevent Q107 from expressing its opinion as to the qualifications of Mr. Davidson beyond the facts set out in the letter. The harm that it was aiming to prevent, decreased job prospects for Mr. Davidson, is only relevant to s. 1 analysis and not to s. 2(b) analysis.

On the basis of the foregoing authorities, it seems to me that this Court has already accepted that public identification and opportunity to disavow are relevant to the determination of whether s. 2(b) has been violated. In *National Bank*, while Beetz J. remarked that s. 2(b) prohibited compelling anyone to utter opinions that are not his own, it is important to remember that the order in question in that case provided that

La Cour devait trancher deux questions. Premièrement, l'employeur a prétendu que les ordonnances étaient manifestement déraisonnables et devaient donc être annulées. Deuxièmement, Slaight a soutenu que, même si les ordonnances étaient raisonnables au sens du droit administratif, elles étaient inconstitutionnelles parce qu'elles portaient atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour à la majorité a conclu que l'ordonnance positive (le juge Lamer) et l'ordonnance négative (le juge en chef Dickson) violaient l'al. 2b), mais qu'elles étaient raisonnables et que leur justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier. Pour ce qui est de l'ordonnance positive, le juge Lamer dit, à la p. 1080:

En l'espèce la partie de l'ordonnance relative à la remise d'une lettre de références apporte, à mon avis, une restriction à la liberté d'expression. On ne peut nier, en effet, que la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence est en soi une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire. L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Au sujet de l'ordonnance négative, le juge en chef Dickson dit, à la p. 1050:

L'ordonnance de l'arbitre Joliffe qui enjoignait à Slaight Communications Inc. de répondre aux demandes de renseignements exclusivement en envoyant la lettre à contenu spécifié viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b). Le gouvernement tente d'empêcher Q107 de pousser l'expression de son opinion quant aux qualifications de M. Davidson au-delà des faits énoncés dans la lettre. Le préjudice qu'il voulait prévenir, c'est-à-dire la diminution des perspectives d'emploi de M. Davidson, n'est pertinent que pour les fins d'une analyse fondée sur l'article premier et non pour celles d'une analyse fondée sur l'al. 2b).

Vu la jurisprudence précitée, il me semble que notre Cour a déjà accepté que l'identification aux yeux du public et la possibilité de désavouer sont pertinentes quand il s'agit de déterminer si l'al. 2b) a été violé. Certes, dans l'affaire *Banque Nationale*, le juge Beetz a fait remarquer que l'al. 2b) interdit que l'on contraigne quiconque à professer des opinions qu'il ou elle ne partage pas, mais il importe de se rappeler

management was to read a letter containing views which it did not share and was specifically prohibited from expressing any of its own opinions during the reading. Even although these factors were not explicitly mentioned, it is plain to see that both public identification and the opportunity to disavow played a strong role in the decision.

Similarly, in *Slaight Communications* the arbitrator combined both of these factors in his award for the clear purpose of controlling the behaviour of the recalcitrant employer and thus achieving the desired remedial effect. The employer was obliged to send out a letter of reference displaying its signature and was expressly prohibited from saying anything else in relation to the dismissed employee. As in the case of *National Bank* it was the combination of these factors which grounded the s. 2(b) breach.

I think it worthy of note also that the prevailing wisdom in the lower courts has been to similar effect. For examples of cases in which the factors of public identification and opportunity to disavow played a role in the s. 2(b) analysis see: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544 (Man. Q.B.), *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326 (Ont. C.A.), and *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310 (Man. C.A.).

Quite apart from these decisions it would be my view that as a matter of principle concerns over public identification and opportunity to disavow should form part of the s. 2(b) calculus. I have only one reservation and that is that care should be exercised in considering whether or not one truly has the opportunity to disavow. Opportunity must be meaningful and we should not be too quick to ascribe to persons opportunities and abilities which they do not really possess. That aside, I favour the inclusion of these factors because both are directed to preserving and promoting the fundamental purpose of the s. 2(b) guarantee, namely to ensure that everyone has a meaningful opportunity to express themselves. If a law does not really deprive one of the ability to speak

que l'ordonnance en cause dans cette affaire enjoignait à la direction de lire une lettre contenant des opinions auxquelles elle ne souscrivait pas et qu'il lui était interdit expressément d'exprimer son opinion en faisant la lecture. Même si ces facteurs n'ont pas été mentionnés explicitement, il est évident que l'identification aux yeux du public et la possibilité de désavouer ont joué un rôle crucial dans cette décision.

De même, dans *Slaight Communications*, l'arbitre a combiné ces deux facteurs dans sa sentence, dans le but évident de réprimer la conduite de l'employeur récalcitrant et d'obtenir ainsi l'effet réparateur recherché. L'employeur a été obligé de remettre une lettre de recommandation portant sa signature et il lui a été interdit expressément d'ajouter quoi que ce soit au sujet de l'employé congédié. Comme dans l'affaire *Banque Nationale*, c'est de la combinaison de ces facteurs que résultait la violation de l'al. 2b).

Je crois qu'il vaut la peine de souligner également que l'on observe la même tendance parmi les tribunaux d'instance inférieure. Pour des exemples d'affaires où les facteurs de l'identification aux yeux du public et de la possibilité de désavouer ont joué un rôle dans l'analyse fondée sur l'al. 2b), voir: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544 (B.R. Man.), *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326 (C.A. Ont.), et *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310 (C.A. Man.).

Ces décisions mises à part, je suis d'avis qu'en principe les questions de l'identification aux yeux du public et de la possibilité de désavouer doivent être prises en considération dans l'examen fondé sur l'al. 2b). Je ne formule qu'une réserve: il faut examiner avec soin la question de savoir si une personne a vraiment la possibilité de désavouer. La possibilité doit être réelle et nous ne devons pas être trop prompts à attribuer à des personnes des possibilités et des capacités qu'elles n'ont pas vraiment. Cela mis à part, je suis en faveur de l'inclusion de ces facteurs parce que tous deux visent à préserver et à favoriser l'objectif fondamental de la garantie reconnue à l'al. 2b), qui est d'assurer à chacun la possibilité réelle de s'exprimer. Si une loi ne prive pas vraiment

one's mind or does not effectively associate one with a message with which one disagrees, it is difficult to see how one's right to pursue truth, participate in the community, or fulfil oneself is denied.

I return, therefore, to the question whether the mandatory payment of dues infringes s. 2(b). To my mind, compelled financial support does not necessarily violate freedom of expression. For example, all members of the community are compelled to pay taxes on pain of legal penalty. It seems axiomatic that the payment of taxes does not signify in the eyes of others support for the uses to which tax money is put or support for the political party in power or, indeed, support for the idea of government at all. The constitutionality of compelled payments has in fact been recently litigated. In *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, this Court rejected a claim that *The Election Finances Act*, S.M. 1982-83-84, c. 45, infringed taxpayers' freedom of expression. The Act provided for the payment of a portion of campaign expenses out of the Consolidated Revenue Fund of Manitoba to election candidates who received a designated proportion of the votes in provincial elections. Cory J. briefly disposed of this argument, stating at pp. 366-67:

It was said that the statutory funding of candidates could, whenever a losing candidate or candidates received 10 per cent of the vote, force a taxpayer to support a candidate whose views are fundamentally opposed to that of the taxpayer. This enforced support of a contrary view was said to infringe the taxpayer's right to freedom of expression. I cannot accept that contention. The Act does not prohibit a taxpayer or anyone else from holding or expressing any position or their belief in any position. Rather, the Act seems to foster and encourage the dissemination and expression of a wide range of views and positions. In this way it enhances public knowledge of diverse views and facilitates public discussion of those views.

See also *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401 (F.C.A.) where a challenge on religious grounds to tax dollars being expended for military purposes failed for the same reason.

In my view, the present case is analogous to *MacKay*. The fact that the appellant is obliged to pay dues

une personne de la capacité de dire son opinion ou ne l'associe pas effectivement à un message qu'elle désapprouve, il est difficile de voir comment elle est privée de son droit de rechercher la vérité, de jouer un rôle dans la collectivité ou de se réaliser.

Je reviens donc à la question de savoir si l'obligation de cotiser porte atteinte à l'al. 2b). À mon sens, l'obligation de soutenir financièrement ne viole pas nécessairement la liberté d'expression. Par exemple, tous les citoyens doivent payer l'impôt sous peine de sanctions judiciaires. Il semble évident que le paiement d'impôts n'implique pas aux yeux d'autrui que le contribuable approuve l'utilisation qui est faite des recettes fiscales ou qu'il soutient le parti politique au pouvoir ou encore la notion de gouvernement. En fait, la constitutionnalité des cotisations obligatoires a fait récemment l'objet d'un litige. Dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, notre Cour a rejeté la prétention que la *Loi sur le financement des campagnes électorales*, L.M. 1982-83-84, ch. 45, violait la liberté d'expression des contribuables. La Loi prévoyait le paiement par le Trésor de la province du Manitoba d'une partie des dépenses de campagne électorale des candidats ayant obtenu une proportion déterminée des votes exprimés dans une élection provinciale. Le juge Cory écarte cet argument en quelques mots, aux pp. 366 et 367:

Ils ont dit que le financement de candidats tel que prévu par la loi pourrait en réalité forcer un contribuable à donner son appui à un candidat prônant des opinions fondamentalement opposées aux siennes, dans chaque cas où un candidat perdant recevrait 10 p. 100 des votes. Cet appui forcé à une opinion opposée est une atteinte, selon eux, au droit du contribuable à la liberté d'expression. Je ne puis accepter cette prétention. La loi n'interdit pas à un contribuable ni à quiconque d'avoir ou d'exprimer une opinion ou une croyance. Au contraire, la loi semble favoriser et encourager la diffusion et l'expression d'un large éventail d'opinions et de positions. De cette manière, elle améliore la connaissance de divers points de vue et facilite leur discussion publique.

Voir aussi *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401 (C.A.F.), où la contestation, pour des motifs d'ordre religieux, de l'utilisation de recettes fiscales à des fins militaires a échoué pour la même raison.

À mon avis, le présent pourvoi est analogue à l'affaire *MacKay*. Le fait que l'appelant est tenu de ver-

pursuant to the agency shop clause in the collective agreement does not inhibit him in any meaningful way from expressing a contrary view as to the merits of the causes supported by the Union. He is free to speak his mind as and when he wishes. Nor does his being governed by the Rand formula have such an effect. It is a built-in feature of the Rand formula that Union activities represent only the expression of the Union as the representative of the majority of employees. It is not the voice of one and all in the bargaining unit. I find therefore that the appellant's s. 2(b) right has not been infringed.

#### 4. Section 1 of the Charter

Although it is not necessary for me to consider s. 1 of the *Charter* in light of my conclusion that neither s. 2(d) nor s. 2(b) has been infringed, I am considering its application in case my conclusion is in error and for the sake of completeness.

The role of s. 1 in the *Charter* was first given full consideration by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The "test" which was established in that decision and which has been consistently applied in the jurisprudence since was succinctly stated by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit impor-

ser des cotisations conformément à une clause de pré-compte syndical généralisé, contenue dans la convention collective, ne l'empêche d'aucune manière importante d'exprimer une opinion contraire sur le bien-fondé des causes que soutient le syndicat. Il est libre de dire son opinion à tout moment. Le fait qu'il soit assujéti à la formule Rand n'a pas non plus cet effet. Que les activités du syndicat soient un moyen d'expression attribuable au seul syndicat en tant que représentant de la majorité des employés, c'est là une caractéristique inhérente de la formule Rand. Le syndicat n'exprime pas l'avis de tout un chacun des membres de l'unité de négociation. Je conclus par conséquent que le droit de l'appelant reconnu à l'al. 2b) n'a pas été violé.

#### 4. L'article premier de la Charte

Bien qu'il ne soit pas nécessaire que je tienne compte de l'article premier de la *Charte*, puisque j'ai conclu que ni l'al. 2d) ni l'al. 2b) n'avaient été violés, j'en examine l'application au cas où ma conclusion serait erronée et afin de traiter du sujet dans son entier.

C'est dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que notre Cour a pour la première fois étudié à fond le rôle de l'article premier de la *Charte*. Dans l'affaire *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768, le juge en chef Dickson expose brièvement le «critère» qui a été établi dans l'arrêt *Oakes* et que la jurisprudence a constamment appliqué depuis:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif

tant, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

It is this test which must be applied in determining whether the Rand formula meets the requirements of s. 1 of the *Charter*.

(a) The Legislative Objective

The parties have agreed that the purpose behind the *Colleges Collective Bargaining Act*, including s. 53, is to promote industrial peace through the encouragement of free collective bargaining. This is a standard feature of Canadian labour relations law: see George W. Adams, *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985), at pp. 16-17. How does our system of collective bargaining work to achieve this end? Labour relations legislation characteristically consists of a complex interlocking network of provisions, some favouring the interests of unions and others favouring the interests of management, individual employees and the public at large. Viewed in its entirety, the system seeks to strike a balance between these frequently divergent interests, thereby encouraging negotiation and compromise and consequently industrial peace.

The agency shop, as part of this scheme, is obviously a device which serves the interests of organized labour. Paul J. J. Cavalluzzo has canvassed the ways in which the Rand formula assists unions in his article "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13 *Queen's L.J.* 267, at pp. 287-88. These may be summarized as: (1) to prevent "free riders", i.e., to compel all members of the bargaining unit to pay for union representation; (2) to assist in building employee solidarity; and (3) to inhibit employer attempts to undermine the trade union. Hence, while it is clear that the narrow purpose behind s. 53 is to shore up union strength, it is also manifest that agency shop provisions are part of the larger framework put in place to reduce industrial conflict.

Is the preservation of industrial peace an objective so pressing and substantial as to warrant overriding a

législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

C'est ce critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la formule Rand satisfait aux exigences de l'article premier de la *Charte*.

a) L'objectif législatif

Les parties ont convenu que la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, y compris l'art. 53, a pour objet de favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la libre négociation collective. C'est là un trait caractéristique du droit du travail au Canada: voir George W. Adams, *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text* (1985), aux pp. 16 et 17. Comment notre système de négociation collective permet-il de réaliser cet objectif? La législation en matière de relations ouvrières comporte typiquement un réseau complexe de dispositions interdépendantes, les unes favorisant les intérêts des syndicats, les autres favorisant ceux du patronat, des employés pris individuellement et du public en général. D'un point de vue global, le système vise à atteindre l'équilibre entre ces intérêts souvent divergents, encourageant ainsi la négociation et le compromis et, par le fait même, la paix industrielle.

Le précompte syndical généralisé est manifestement, dans le cadre de ce régime, un mécanisme qui sert les intérêts du mouvement syndical. Paul J. J. Cavalluzzo a examiné à fond les avantages que comporte la formule Rand pour les syndicats dans son article intitulé «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13 *Queen's L.J.* 267, aux pp. 287 et 288. Ceux-ci peuvent se résumer ainsi: (1) elle permet d'exclure les resquilleurs, en obligeant tous les membres de l'unité de négociation à payer pour être représentés par le syndicat, (2) elle aide à bâtir la solidarité des employés, et (3) elle empêche l'employeur de chercher à ébranler le syndicat. C'est pourquoi, s'il est clair que l'objectif limité qui sous-tend l'art. 53 est de consolider la force du syndicat, il est aussi manifeste que les clauses de précompte syndical généralisé font partie du régime général instauré afin de réduire les conflits de travail.

La préservation de la paix industrielle est-elle un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la

constitutional right? I think it axiomatic that the answer to this question is "yes". I move on, therefore, to consider whether or not the second branch of the *Oakes* test is satisfied.

(b) The Proportionality of the Means

A serious dispute has developed between the parties which must be resolved before the elements of the proportionality branch of the *Oakes* test can be applied. While the parties are in general agreement as to the legislature's objective, they disagree as to the means the legislature has chosen in order to achieve it.

The appellant submits that the legislature sought to achieve its purpose of promoting harmonious labour relations by permitting the parties to the collective agreement to compel non-members to subsidize "collective bargaining" services which the Union provides. In the appellant's view it was not the aim of the legislature to promote union "political" activity. The Union, on the other hand, frames the legislature's objective more broadly and sees in the legislature's actions an intent to encourage industrial peace through the promotion of strong unions. In the view of the Union and the various labour organizations it was within the contemplation of the legislature that unions, in the legitimate pursuit of their aims, would engage in "political" activities.

The appellant relies on a number of sources to support his view that the legislature never intended to permit unions to use their dues for matters unrelated to contract negotiation and administration. In particular, he cites decisions of this Court in which the impartiality of the public service was considered: see *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, and *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455. His argument appears to be that since the legislature obviously has prohibited individual employees from engaging in political activity, it surely could not have intended to permit unions to participate in such activity.

suppression d'un droit garanti par la Constitution? Je pense qu'il est évident que la réponse à cette question est affirmative. Je vais donc examiner la question de savoir si l'on a satisfait au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

b) La proportionnalité des moyens choisis

Les parties se sont lancées dans un débat sérieux qu'il nous faut trancher avant d'appliquer les éléments du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*. Certes, les parties s'entendent généralement sur l'objectif du législateur, mais elles ne sont pas du même avis quant aux moyens que ce dernier a choisis pour le réaliser.

L'appelant soutient que le législateur a cherché à atteindre son objectif de promouvoir des relations de travail harmonieuses en permettant aux parties à la convention collective d'obliger les non-syndiqués à subventionner les services de « négociation collective » fournis par le syndicat. Selon l'appelant, le but du législateur n'était pas de promouvoir l'activité « politique » du syndicat. Par contre, le syndicat a une conception plus générale de l'objectif du législateur et voit dans les actions de ce dernier l'intention d'encourager la paix industrielle par la promotion de syndicats forts. De l'avis du syndicat et des diverses associations ouvrières, le législateur avait prévu que les syndicats exerceraient des activités « politiques » dans la poursuite légitime de leurs objectifs.

L'appelant s'appuie sur un certain nombre de sources pour affirmer que le législateur n'a jamais eu l'intention de permettre aux syndicats d'utiliser les cotisations à des fins sans rapport avec la négociation et l'application de contrats. En particulier, il cite des arrêts de notre Cour dans lesquels l'impartialité de la fonction publique a été examinée: voir *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, et *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455. Son argument semble être que, puisque le législateur a manifestement interdit aux employés, pris individuellement, d'exercer des activités politiques, il n'a certainement pas eu l'intention de permettre aux syndicats de participer à de telles activités.

While the record is bereft of any direct evidence of legislative intent in relation to the *Colleges Collective Bargaining Act*, several other sources would indicate that the government was fully cognizant of the types of activities in which unions engaged but determined nonetheless to take a “hands off” approach to the matter. For example, in the debates which preceded the enactment of *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34, legislation similar to that now under consideration, the then Minister of Labour, the Honourable Mr. Daley, noted the Province’s commitment to the system of collective bargaining and went on to say in relation to the issue of union security (Proceedings of the Twenty-Third Legislature of the Province of Ontario, March 8, 1950, at pp. B-10 and B-11):

You will note in this legislation the absence of any proposed reference to union security. That was intentional on my part. I do not believe it is a matter for legislation.

Organized labour has a job to do itself. If it does it well by organizing the workers and winning the confidence of the workers, and establishes itself by these actions in the confidence of the employer, then union security will follow just as sure the sun follows rain.

If it fails to win this confidence of management and labour, then it should not expect legislation to give it something it does not merit. The field is theirs, and they should accept the responsibilities that must go hand in hand with power.

See also April 4, pp. B-7, B-8, B-9, April 5, pp. DD-20, DD-21, EE-1, EE-2, and April 6, p. EE-4.

There are other indications that the government was fully aware not only of the range and nature of union security clauses but of the fact that unions devoted moneys obtained pursuant to such provisions to matters that they alone considered to be in their best interests and worthy of their support. For example, the evidence discloses that Justice Rand, in making the famous award in 1946 (*Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, reprinted in 1 C.L.L.R. (CCH, 1989), para. 2150) was himself fully aware that the union involved in that case, the United Automobile Workers, had long supported the C.C.F. Rand J. nonetheless ordered compulsory dues

Si le dossier ne contient aucune preuve directe de l’intention du législateur relativement à la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, plusieurs autres sources indiquent que le gouvernement était bien au fait du type d’activités qu’exerçaient les syndicats, mais qu’il a néanmoins décidé de les laisser tranquilles. Par exemple, au cours des débats qui ont précédé l’adoption de *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34, dont les dispositions sont semblables à celles qui nous occupent, le ministre du Travail de l’époque, M. Daley, a souligné l’engagement de la province envers le système de négociation collective et a ajouté à propos de la question de la sécurité syndicale (Délibérations de la Vingt-troisième législature de la province d’Ontario, 8 mars 1950, aux pp. B-10 et B-11):

[TRADUCTION] Vous remarquerez, dans ce texte législatif, l’absence de toute allusion à la sécurité syndicale. Je l’ai fait intentionnellement. Je ne crois pas qu’il y ait lieu de légiférer sur cette question.

Le mouvement syndical doit remplir lui-même son rôle. S’il le remplit bien, en syndiquant les travailleurs et en gagnant leur confiance, et s’il obtient, grâce à ces actions, la confiance de l’employeur, alors la sécurité syndicale s’ensuivra aussi sûr que le soleil apparaît après la pluie.

S’il ne réussit pas à gagner la confiance de la direction et des employés, il ne doit pas s’attendre à ce que la loi lui donne quelque chose qu’il ne mérite pas. Il a le champ libre et il doit accepter les responsabilités qui vont de pair avec le pouvoir.

Voir aussi 4 avril, pp. B-7, B-8, B-9, 5 avril, pp. DD-20, DD-21, EE-1, EE-2, et 6 avril, p. EE-4.

D’autres signes nous permettent d’affirmer que le gouvernement était bien au courant non seulement de l’éventail et de la nature des clauses de sécurité syndicale, mais encore du fait que les syndicats consacraient des sommes perçues conformément à ces clauses à des questions qu’eux seuls estimaient les plus avantageuses et dignes de leur appui. Par exemple, il ressort de la preuve que le juge Rand, qui a rendu en 1946 la fameuse sentence (*Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, réimprimée dans 1 C.L.L.R. (CCH, 1989), par. 2150), savait lui-même que le syndicat en cause, les Travailleurs unis de l’automobile, soutenait la C.C.F. depuis

check-off and placed no restriction on the expenditure of non-member dues. The only obligation he imposed on the union in awarding the agency shop was that dues deductions be carried out in accordance with the union's constitution and that non-members receive the same representational benefits as members. At page 1121 he said:

It may be argued that it is unjust to compel non-members of a union to contribute to funds over the expenditure of which they have no direct voice; and even that it is dangerous to place such money power in the control of an unregulated union. But the dues are only those which members are satisfied to pay for substantially the same benefits, and as any employee can join the union and still retain his independence in employment, I see no serious objection in this circumstance. The argument is really one for a weak union.

Perhaps most relevant to this issue is the history of Ontario Regulation 403/69. At the time of its enactment the regulation prohibited the contribution of union dues to political parties. This limited restriction was repealed in 1977, leaving unimpeded union discretion as to how to expend its lawfully earned income. It seems to me, therefore, that the legislative history of Reg. 403/69 demonstrates that the Province of Ontario, although well aware of the greater political involvement of unions, chose to take a *laissez-faire* approach to this issue.

Taken together, these legislative, adjudicative and social facts provide strong support for the view that the Government of Ontario knew that unions like OPSEU might devote part of their revenues to what the appellant labels "political" and not "collective bargaining" purposes. I find, therefore, that union discretion in these matters forms part of the means by which the legislature sought to achieve its aim of minimizing industrial conflict through the system of collective bargaining.

longtemps. Le juge Rand a pourtant ordonné le précompte syndical généralisé et n'a apporté aucune restriction à la manière de dépenser les cotisations des non-syndiqués. En accordant le précompte généralisé, il n'a imposé qu'une seule obligation au syndicat, savoir que les cotisations soient déduites conformément à la constitution du syndicat et que les non-syndiqués bénéficient des mêmes avantages que les syndiqués sur le plan de la représentation. Il dit, à la p. 1121:

[TRADUCTION] L'on peut soutenir qu'il est injuste d'obliger les non-membres d'un syndicat à verser des sommes sur l'affectation desquelles ils n'ont aucun droit direct de parole, et même qu'il est dangereux de laisser un syndicat non réglementé disposer de telles sommes. Mais ces cotisations correspondent aux sommes que les membres acceptent de verser pour obtenir essentiellement les mêmes avantages et, comme chaque employé peut adhérer au syndicat tout en conservant son indépendance professionnelle, je ne vois aucune objection sérieuse en l'occurrence. En faisant valoir cet argument, on préconise en fait l'affaiblissement du syndicat.

L'élément peut-être le plus pertinent à cette question, c'est l'historique du règlement ontarien 403/69. À l'origine, il interdisait aux syndicats d'utiliser les cotisations pour contribuer à la caisse des partis politiques. Cette restriction limitée a été abolie en 1977, les syndicats ayant désormais toute latitude pour dépenser leurs revenus légitimes à leur guise. Il me semble donc que l'historique du règl. 403/69 montre que la province d'Ontario, quoique bien au fait de l'action politique accrue des syndicats, a choisi de laisser faire.

Pris ensemble, ces faits sur les plans législatif, judiciaire et social appuient solidement l'argument selon lequel le gouvernement de l'Ontario savait que des syndicats comme le SEFPO pourraient consacrer une partie de leurs revenus à ce que l'appellant qualifie de fins «politiques» non rattachées à la «négociation collective». Je conclus donc que le pouvoir discrétionnaire laissé au syndicat sur ces questions fait partie des moyens par lesquels le législateur a cherché à réaliser son objectif de réduire au minimum les conflits du travail dans le cadre du système de la négociation collective.



Before leaving this issue, however, I would like to emphasize that union discretion in relation to dues expenditure is but one aspect of the means adopted by the legislature in this case. Other components of the statutory scheme established by the *Colleges Collective Bargaining Act* include the fact that all members of the bargaining unit decide, in a democratic fashion, who is to be their bargaining agent (s. 68), but no one is compelled to actually join the union (s. 53(3)). Once certified, the bargaining agent must represent all employees in the unit without discrimination (s. 1(g)) and without regard to their membership status (s. 76). Finally, all employees may participate equally in the decision to effectively “fire” the union (s. 71). All of these features of the system, in addition to the “hands off” approach to dues expenditures, must be considered in the proportionality analysis.

(i) *Rational Connection*

Is there a rational connection between the legislature’s objective and the means by which it has sought to achieve it? The appellant’s answer to this question is “no”. Mr. Lavigne maintains that, while compelling non-members to pay the equivalent of union dues is rationally connected to the objective of promoting industrial peace, this is so only in so far as those dues are put to pure “collective bargaining” purposes. It is the appellant’s position that to confer a complete discretion upon the Union to spend the dues as it sees fit, and in particular to spend dues on political parties and issues unrelated to the particular workplace in which dues payors are employed, does not further the goal of industrial harmony. In other words, Mr. Lavigne contends that the provision is overbroad.

In contrast, OPSEU maintains that collective bargaining is encouraged by allowing unions to bargain for the Rand formula and to spend those moneys obtained pursuant to such clauses in their discretion. Along with the other labour organizations, the respondent says that industrial peace requires that strong, independent unions exist in order to represent fully the interests of working people. A legislative regime which allows unrestricted bargaining for the

Avant de passer à une autre question, toutefois, je tiens à souligner que le pouvoir discrétionnaire du syndicat quant à l’affectation des cotisations n’est qu’un des moyens pris par le législateur en l’espèce. Parmi les autres éléments du régime établi par la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, on compte le fait que tous les membres de l’unité de négociation décident, d’une manière démocratique, qui sera leur agent négociateur (art. 68), mais que personne n’est forcé d’adhérer au syndicat (par. 53(3)). Une fois accrédité, l’agent négociateur doit représenter tous les employés de l’unité sans distinction (al. 1g)) et sans égard à leur appartenance ou non au syndicat (art. 76). Enfin, tous les employés peuvent participer également à la décision de révoquer le syndicat (art. 71). Toutes ces caractéristiques du système, en plus de la décision de ne pas toucher aux dépenses syndicales, doivent être prises en considération dans l’analyse de la proportionnalité.

(i) *Le lien rationnel*

Y a-t-il un lien rationnel entre l’objectif du législateur et les moyens qu’il a mis en œuvre pour l’atteindre? L’appelant répond à cette question par la négative. Monsieur Lavigne soutient que, si l’obligation faite aux non-syndiqués de verser des sommes équivalentes aux cotisations syndicales a un lien rationnel avec l’objectif de promouvoir la paix industrielle, c’est strictement dans la mesure où ces cotisations servent uniquement à des fins de «négociation collective». De l’avis de l’appelant, conférer au syndicat le pouvoir discrétionnaire absolu de dépenser les cotisations comme bon lui semble, en particulier, pour soutenir des partis politiques et des questions sans rapport avec l’établissement où travaillent les cotisants, ne favorise pas la réalisation de l’objectif de l’harmonie industrielle. Autrement dit, M. Lavigne prétend que la disposition a une portée excessive.

Par contre, le SEFPO affirme que permettre aux syndicats de négocier la formule Rand et de dépenser comme ils le veulent les sommes perçues conformément à cette clause, encourage la négociation collective. À l’instar des autres associations syndicales, l’intimé dit que la paix industrielle exige des syndicats forts et indépendants qui représentent pleinement les intérêts des travailleurs. Un régime législatif qui autorise la négociation sans réserve de la formule

Rand formula builds the strength and independence of unions by permitting them to determine where, when and whether to give support to other entities which will act in their interests.

The appellant relies on *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767, as well as the *Abood* decision, *supra*, in support of his argument that union spending on political matters is not rationally connected to the legislature's goal of promoting industrial peace.

In *Adams Mine* the union had commenced a program of on-the-job canvassing in relation to an upcoming federal election. The employer attempted to put a stop to this activity by informing the employees that canvassing on company property was strictly prohibited. The Steelworkers then commenced an action before the Ontario Labour Relations Board maintaining that the mine had unlawfully interfered in union activities contrary to the legislation. It asked the Board to grant a cease and desist order, the effect of which would be to allow the canvassing to continue. *Adams Mine* opposed the application on the footing that the Board was without jurisdiction to hear the complaint. The matter, it said, had to do with politics and not with collective bargaining.

The majority of the Board declined jurisdiction. At page 1787 the Chair said:

On considering the material as a whole, we have come to the conclusion that in the circumstances of this case the activity is too remotely connected to the dominant purpose of the *Labour Relations Act* to attract the right asserted by the complainant. In our view, the communications in issue before us are not as connected to concerns of the bargaining unit employees as employees as they are to their concerns as voters. [Emphasis added.]

In my view, *Adams Mine* does not provide strong support for the appellant's position. The exercise of determining whether a government objective and the means employed to achieve it are rationally connected for the purposes of s. 1 of the *Charter* is very

Rand renforce les syndicats et assure leur indépendance, en leur permettant de décider eux-mêmes de l'opportunité de soutenir d'autres entités qui serviraient leurs intérêts.

L'appelant invoque la décision *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767, ainsi que l'arrêt *Abood*, précité, à l'appui de son argument selon lequel l'utilisation de cotisations syndicales à des fins politiques n'a pas de lien rationnel avec l'objectif du législateur de promouvoir la paix industrielle.

Dans *Adams Mine*, le syndicat avait entrepris de solliciter les employés dans les lieux de travail, relativement à une élection fédérale prochaine. L'employeur a tenté de mettre fin à cette activité en informant les employés qu'il était strictement interdit de faire de la sollicitation dans les locaux de la société. Les Métallurgistes unis ont alors intenté une action devant la Commission des relations de travail de l'Ontario, affirmant que la société minière s'était ingérée illégalement dans les activités syndicales, contrairement à la loi. Ils ont demandé à la Commission de prononcer une ordonnance de cesser et de s'abstenir qui permettrait de poursuivre la sollicitation. *Adams Mine* s'est opposée à la requête pour le motif que la Commission n'avait pas compétence pour entendre la plainte. D'après elle, c'était une affaire politique et non une question de négociation collective.

La Commission, à la majorité, s'est déclarée incompétente. Le président dit, à la p. 1787:

[TRADUCTION] Vu l'ensemble du dossier, nous sommes arrivés à la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, l'activité a un lien trop ténu avec l'objectif principal de la *Loi sur les relations de travail* pour fonder le droit revendiqué par le plaignant. À notre avis, les communications dont nous sommes saisis ne se rapportent pas autant aux préoccupations des membres de l'unité de négociation en tant qu'employés qu'à leurs préoccupations en tant qu'électeurs. [Je souligne.]

À mon sens, *Adams Mine* n'apporte pas un appui solide à la thèse de l'appelant. Le processus qui consiste à déterminer s'il y a un lien rationnel entre un objectif gouvernemental et les moyens employés pour l'atteindre, aux fins de l'application de l'article

different from the process of interpreting a statute. Moreover, it seems to me that *Adams Mine* is best understood as a decision dealing specifically with the issue of union canvassing or solicitation. Indeed, in the view of the dissenting member of the Board the issue before the Board was not whether political canvassing was a legitimate activity of the union but whether the union was entitled to engage in it on company property. The Act itself contained specific provisions dealing with canvassing on company property on company time. That situation seems to be a rather far cry from the issue before us on this appeal.

The appellant also relies upon *Abood, supra*, in support of his view that union expenditure of dues on matters other than contract negotiation and administration is not rationally connected to the goal of promoting collective bargaining. In my view, *Abood* did not address that issue. What the United States Supreme Court held was that it was unconstitutional for unions to spend non-member dues on "political" causes. It is not apparent on the face of the decision that the Court was guided by a specific concern over the relationship between union spending and industrial peace.

It seems to me that we are still left asking ourselves whether permitting unions to engage in the kind of activities to which the appellant has taken exception is rationally connected to the goal of promoting collective bargaining. Some commentators have suggested that, even if the interests of unions are considered to be primarily economic, there is nonetheless plenty of justification for permitting them to contribute to causes removed from the particular workplace. For example, Professor Etherington, *op. cit.*, states at p. 34 of his article:

The attempt to distinguish the economic and political concerns rests on the misguided premise that unions can represent the economic interests of workers effectively without engaging in political activity. If this was ever more than a myth, it is certainly not the case in a post laissez-faire society in which government intervention and regulation in most spheres of economic and social life is a daily event. In such a society, it is necessary for unions to engage in political activity to ensure that gov-

premier de la *Charte*, est très différent du processus d'interprétation d'une loi. Au surplus, il me semble qu'il convient d'interpréter la décision *Adams Mine* comme limitée à la question de la sollicitation syndicale. En effet, du point de vue du membre dissident de la Commission, il s'agissait de décider non pas si la sollicitation à des fins politiques était une activité légitime du syndicat, mais si le syndicat avait le droit d'en faire dans les locaux de la société. La Loi elle-même contenait des dispositions précises traitant de la sollicitation dans les locaux de la société durant les heures de travail. Il me semble qu'il y a loin de cette situation à la question dont nous sommes saisis dans ce pourvoi.

L'appelant se fonde aussi sur l'arrêt *Abood*, précité, pour affirmer que l'utilisation par le syndicat des cotisations à d'autres fins que la négociation et l'application de contrats n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de promouvoir la négociation collective. À mon avis, *Abood* ne traitait pas de cette question. Ce qu'a décidé la Cour suprême des États-Unis, c'est qu'il était inconstitutionnel pour les syndicats de dépenser les cotisations des non-syndiqués pour appuyer des causes «politiques». À première vue, il ne se dégage pas de cette décision que la Cour ait été guidée par un souci précis de rapport entre les dépenses syndicales et la paix industrielle.

Il me semble qu'il nous faut encore nous demander si permettre aux syndicats d'exercer le type d'activités auxquelles l'appelant s'oppose a un lien rationnel avec l'objectif de promouvoir la négociation collective. D'après certains commentateurs, même si les intérêts des syndicats sont considérés comme étant avant tout de nature économique, il n'en reste pas moins tout à fait légitime de les autoriser à contribuer à des causes dépassant le cadre des lieux de travail. Par exemple, le professeur Etherington, *loc. cit.*, affirme, à la p. 34 de son article:

[TRADUCTION] La distinction que l'on s'efforce d'établir entre les préoccupations économiques et politiques repose sur la prémisse peu judicieuse selon laquelle les syndicats peuvent représenter efficacement les intérêts économiques des travailleurs sans exercer d'activité politique. Si tant est qu'elle ait jamais été plus qu'un mythe, ce n'est sûrement pas le cas dans une société postlaissez-faire où l'intervention et la réglementation gouvernementales dans la plupart des sphères d'activité

ernment regulation takes a form that is favorable, or at least not adverse, to the economic interests of its constituents. If they do not, they may find that their bargaining position *vis-a-vis* employers has been substantially weakened or undermined by government legislation or policy. [Emphasis in original.]

Similarly, Benjamin Aaron, in his article "Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation" (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39, stated at p. 62:

The welfare of organized labour is affected, not only by so-called "labour legislation," but also by executive, legislative, and judicial decisions with respect to monetary and fiscal policy, defense, education, health, and many other issues. Finally, policies are made by men, and it is sheer sophistry to argue that although a union may legitimately support certain legislative objectives, it may not spend its funds to secure the election of candidates whom it hopes or has reason to believe will work to achieve labor's goals.

I agree with Professors Etherington and Aaron that union involvement outside the realm of strict contract negotiation and administration does advance the interests of the union at the bargaining table and in arbitration. However, I do not believe that the role of the union needs to be confined to these narrow economic functions. In the past, this Court has not approached labour matters from an exclusively economic perspective. For example, in *Slaight Communications, supra*, Dickson C.J. adopted the expression of Professor David Beatty that "labour is not a commodity" (David M. Beatty, "Labour is not a Commodity", in Barry J. Reiter and John Swan (eds.), *Studies in Contract Law* (1980)). The idea that is meant to be captured by this expression is, I think, that the interests of workers reach far beyond the adequacy of the financial deal they may be able to strike with their employers. At page 1055 the Chief Justice made it clear that the interests of labour do not end at some artificial boundary between the economic and the political. He expressed the view that "[a] person's employment is an essential component of his or her

économique et sociale sont un événement de tous les jours. Dans une telle société, les syndicats doivent *nécessairement* exercer une activité politique s'ils veulent s'assurer que la réglementation gouvernementale soit favorable ou du moins ne soit pas contraire aux intérêts économiques de leurs commettants. Sans quoi, leur pouvoir de négociation vis-à-vis des employeurs sera considérablement affaibli ou sapé par la législation ou la politique du gouvernement. [En italique dans l'original.]

De la même façon, Benjamin Aaron, dans son article intitulé «Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation» (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39, dit, à la p. 62:

[TRADUCTION] Le bien-être du mouvement syndical dépend non seulement de ce qu'on appelle la «législation en matière de travail», mais aussi des décisions des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire touchant les politiques monétaires et fiscales, la défense, l'éducation, la santé et nombre d'autres sujets. En dernier lieu, les politiques sont le fait de l'homme et c'est pur sophisme que de soutenir que, bien qu'un syndicat puisse légitimement appuyer certains objectifs législatifs, il ne peut pas dépenser de fonds pour favoriser l'élection de candidats dont il a l'espoir ou des raisons de croire qu'ils travailleront à réaliser les objectifs des travailleurs.

Je conviens avec les professeurs Etherington et Aaron que la participation du syndicat hors du domaine strict de la négociation et de l'application des contrats sert les intérêts du syndicat à la table de négociation et au moment de l'arbitrage. Toutefois, je ne crois pas que le rôle du syndicat doit être limité à ces fonctions économiques restreintes. Dans le passé, notre Cour n'a pas abordé les questions relatives aux relations du travail dans une optique purement économique. Par exemple, dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, le juge en chef Dickson emprunte au professeur David Beatty l'expression [TRADUCTION] «le travail n'est pas un produit» (David M. Beatty, «Labour is not a Commodity», dans Barry J. Reiter et John Swan, éd., *Studies in Contract Law* (1980)). L'idée que cette expression est censée rendre est, à mon sens, que les intérêts des travailleurs vont bien au-delà du caractère suffisant du marché financier qu'ils peuvent être en mesure de conclure avec leurs employeurs. À la page 1055, le Juge en chef précise clairement que les intérêts des travailleurs ne prennent pas fin à une ligne de démarcation artificielle

sense of identity, self-worth and emotional well-being" (quoting from the *Alberta Reference*, at p. 368) and that viewing labour as a commodity is incompatible with that perspective. Unions' decisions to involve themselves in politics by supporting particular causes, candidates or parties, stem from a recognition of the expansive character of the interests of labour and a perception of collective bargaining as a process which is meant to foster more than mere economic gain for workers. From involvement in union locals through to participation in the larger activities of the union movement the current collective bargaining regime enhances not only the economic interests of labour but also the interest of working people in preserving some dignity in their working lives.

The point has been eloquently put by both courts and academics alike. For instance, this position was boldly and convincingly put by Frankfurter J. in *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), a decision which preceded *Abood*, *supra*. Frankfurter J. vehemently opposed the finding of the majority that collective bargaining purposes do not include political support. At pages 800-801 and 812 he said:

The statutory provision cannot be meaningfully construed except against the background and presupposition of what is loosely called political activity of American trade unions in general and railroad unions in particular — activity indissolubly relating to the immediate economic and social concerns that are the *raison d'être* of unions. It would be pedantic heavily to document this familiar truth of industrial history and commonplace of trade-union life. To write the history of the Brotherhoods, the United Mine Workers, the Steel Workers, the Amalgamated Clothing Workers, the International Ladies Garment Workers, the United Auto Workers, and leave out their so-called political activities and expenditures for them, would be sheer mutilation . . . This aspect — call it the political side — is as organic, as

entre les domaines économique et politique. Il se dit d'avis que «[l]'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel» (citant le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à la p. 368) et que considérer le travail comme un produit est incompatible avec une telle perspective. Les décisions des syndicats de faire de la politique en appuyant des causes, des candidats ou des partis particuliers, découlent de la reconnaissance de la nature expansive des intérêts des travailleurs, ainsi que de la perception de la négociation collective comme un processus destiné à favoriser davantage que l'obtention de simples gains économiques pour les travailleurs. De l'engagement dans les sections locales à la participation aux activités de plus grande envergure du mouvement syndical, le régime actuel de la négociation collective met en valeur non seulement les intérêts économiques des travailleurs, mais encore l'intérêt qu'ils ont à conserver une certaine dignité dans leur vie professionnelle.

Des tribunaux et des auteurs de doctrine ont également fait valoir cet argument avec éloquence. Par exemple, dans l'arrêt *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), qui est antérieur à l'arrêt *Abood*, précité, le juge Frankfurter a exprimé ce point de vue avec vigueur et conviction. Il s'est opposé vigoureusement à la conclusion de la majorité selon laquelle le soutien politique ne fait pas partie des fins de la négociation collective. Aux pages 800, 801 et 812, il dit:

[TRANSLATION] La disposition législative ne peut avoir de sens que si l'on tient compte du contexte et de la prémisses de ce que l'on appelle assez librement l'activité politique des syndicats américains en général et des syndicats de cheminots en particulier — activité qui est indissolublement liée aux préoccupations immédiates d'ordre économique et social qui sont la raison d'être des syndicats. Il faudrait être profondément pédant pour documenter cette vérité bien connue de l'histoire du monde du travail et ce lieu commun de la vie des syndicats. Écrire l'histoire des Brotherhoods, des United Mine Workers, des Steel Workers, des Amalgamated Clothing Workers, des International Ladies Garment Workers, des United Auto Workers, et omettre leurs activités dites politiques et les dépenses engagées à ce chapitre serait pure mutilation [. . .] Cet aspect — appelez-le le côté politique — est une partie tout aussi fondamentale qu'innée de la philosophie et des pratiques des

inured a part of the philosophy and practice of railway unions as their immediate bread-and-butter concerns.

For us to hold that these defendant unions may not expend their moneys for political and legislative purposes would be completely to ignore the long history of union conduct and its pervasive acceptance in our political life.

The Judicial Committee of the Privy Council took a similar, though less impassioned, position on this issue in *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207, where it said at p. 1211:

It is, of course, true that the main purpose of most trade unions of employees is the improvement of wages and conditions. But these are not the only purposes which trade unionists as such pursue. They have in addition in many cases objects which are social, benevolent, charitable and political. The last named may be at times of paramount importance since the efforts of trade unions have more than once succeeded in securing alterations in the law to their advantage.

The *Oakes* inquiry into “rational connection” between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt. Whether collective bargaining is understood as primarily an economic endeavour or as some more expansive enterprise, it is my opinion that union participation in activities and causes beyond the particular workplace does foster collective bargaining. Through such participation unions are able to demonstrate to their constituencies that their mandate is to earnestly and sincerely advance the interests of working people, to thereby gain worker support, and to thus enable themselves to bargain on a more equal footing with employers. To my mind, the decision to allow unions to build and develop support is absolutely vital to a successful collective bargaining system. I find therefore a rational connection between promoting collective bargaining and permitting

syndicats de cheminots que leurs préoccupations immédiates touchant leur gagne-pain.

<sup>a</sup> Si nous décidions que ces syndicats défendeurs ne peuvent pas utiliser leurs fonds à des fins politiques et législatives, nous passerions complètement sous silence la longue histoire de l’action syndicale et de son acceptation générale dans notre vie politique.

<sup>b</sup> Le Comité judiciaire du Conseil privé a adopté sur cette question un point de vue semblable, quoique moins passionné, dans *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207, où il dit, à la p. 1211:

[TRADUCTION] Il est vrai, bien sûr, que l’objet principal de la plupart des syndicats d’employés est l’amélioration des salaires et des conditions de travail. Mais ce ne sont pas là les seuls objectifs que poursuivent les syndiqués comme tels. Ils poursuivent, en outre, dans bien des cas, des objectifs d’ordre social, caritatif et politique. Ce dernier objectif peut parfois revêtir une importance suprême, puisque les syndicats ont plus d’une fois réussi par leurs efforts à faire modifier la loi en leur faveur.

<sup>f</sup> L’examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n’exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. Que la négociation collective soit tenue avant tout pour une activité économique ou une entreprise plus expansive, je suis d’avis que la participation du syndicat à des activités et à des causes dépassant le cadre du lieu de travail encourage la négociation collective. Grâce à leur participation, les syndicats sont à même de montrer à leurs commettants que leur mandat consiste à promouvoir consciencieusement et sincèrement les intérêts des travailleurs, d’obtenir ainsi leur appui et de se donner par le fait même les moyens de négocier avec les employeurs davantage sur un pied d’égalité. <sup>g</sup> À mon sens, il est absolument indispensable de permettre aux syndicats d’obtenir et d’accroître cet appui pour assurer la réussite du système de la négociation collective. Je conclus donc à l’existence d’un lien rationnel entre la promotion de la négociation collective et le fait de permettre aux syndicats d’investir les

unions to invest "Rand dues" in ways they believe will best serve their constituencies.

(ii) *Minimal Impairment*

In *Oakes*, this Court held that measures which infringe upon rights and freedoms guaranteed in the *Charter* must, in order to be justified, interfere with those rights and freedoms as little as possible. This branch of the proportionality test, strict though it may be, was specifically designed to ensure that government, in pursuing its legitimate objectives, take some care to respect the fundamental rights and freedoms of its citizens. Obviously, where other means present themselves which would achieve the same objective with less intrusion upon entrenched constitutional interests, such means are to be preferred.

To be sure, imposing an obligation on the legislature to safeguard *Charter* rights above all else will sometimes pose intractable difficulties. As cases came forward which underlined the problems raised by an unyielding application of the minimal impairment test, this Court began to articulate a more relaxed standard for this branch of *Oakes* and stipulated the circumstances in which the adoption of the more relaxed standard might be appropriate.

It was recognized in *Edwards Books, supra*, for instance, that legislatures should be given some latitude in protecting the interests of individual employees *vis-à-vis* their more powerful employers. The Province of Ontario enacted the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, which deemed Sunday to be a common pause day in the retail sector but provided an exemption for small retailers who did not conduct business on Saturdays. The concern of the legislature was that workers be afforded a day of rest and the means it adopted to achieve that goal was sensitive to the religious freedoms of a segment of the retail community.

This Court upheld both the pause day provision and the exemption. From an examination of the vari-

cotisations perçues selon la formule Rand de la manière qu'ils estiment la plus avantageuse pour leurs commettants.

<sup>a</sup> (ii) *L'atteinte minimale*

Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a décidé que les mesures qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte* doivent, pour être justifiées, porter le moins possible atteinte à ces droits et libertés. Ce volet du critère de la proportionnalité, si strict soit-il, vise expressément à faire en sorte que le gouvernement prenne soin, en poursuivant ses objectifs légitimes, de respecter les droits et libertés fondamentaux des citoyens. De toute évidence, s'il existe d'autres moyens d'atteindre le même objectif qui portent moins atteinte à des droits consacrés par la Constitution, ces moyens doivent être choisis de préférence.

Il est certain qu'imposer au législateur l'obligation de sauvegarder par-dessus tout les droits reconnus par la *Charte* posera parfois des problèmes insolubles. Au fur et à mesure que de nouvelles affaires mettaient en lumière les problèmes soulevés par l'application rigide du critère de l'atteinte minimale, notre Cour a commencé à concevoir une norme plus souple pour ce volet de l'arrêt *Oakes*, et a exposé les circonstances dans lesquelles il pourrait être opportun de retenir pareille norme.

Dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, par exemple, elle a reconnu qu'il y avait lieu de donner au législateur une certaine latitude pour protéger les intérêts des employés, pris individuellement, contre leurs employeurs plus puissants. La province d'Ontario a adopté la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, aux termes de laquelle le dimanche est réputé être un jour commun de repos dans le secteur du commerce de détail, mais qui fait exception dans le cas des petits détaillants qui n'ouvrent pas leur commerce le samedi. L'objectif du législateur était d'accorder un jour de repos aux travailleurs et le moyen qu'il a pris pour atteindre ce but tenait compte des libertés religieuses d'une partie des détaillants.

<sup>j</sup> Notre Cour a confirmé la validité de la clause relative au jour de repos et celle de l'exception qui était

ous interests at stake to which the legislature had regard, i.e., the interests of consumers, retailers and employees, it became evident that the scheme adopted by the legislature was not significantly worse than any other proposed scheme. There was no doubt that fault could be found with each proposal. However, the measures ultimately adopted had the advantage of best protecting the interests of those most disadvantaged by open Sunday shopping, namely retail sector employees. Even although other measures were available, none were clearly better in terms of protecting the interests of employees and at the same time minimizing the negative effect of Sunday closing on retailers and consumers. Dickson C.J. commented at p. 779 that in such circumstances the *Oakes* test should be applied with a modicum of restraint:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons. When the interests of more than seven vulnerable employees in securing a Sunday holiday are weighed against the interests of their employer in transacting business on a Sunday, I cannot fault the Legislature for determining that the protection of the employees ought to prevail.

Dickson C.J. concluded at p. 782:

In my view, the principles articulated in *Oakes* make it incumbent on a legislature which enacts Sunday closing laws to attempt very seriously to alleviate the effects of those laws on Saturday observers. The exemption in s. 3(4) of the Act under review in these appeals represents a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario to that end and is, accordingly, permissible.

In the later case of *Irwin Toy*, *supra*, the Court was again faced with a situation in which rigorous application of the minimal impairment test seemed to be unjustified. The Province of Quebec had enacted a legislative ban on television advertising directed towards children. This ban was challenged as trenching too seriously on freedom of speech. The evidence disclosed that televised advertising was particularly

faite. Après examen des divers intérêts en jeu dont le législateur a tenu compte, c'est-à-dire ceux des consommateurs, des détaillants et des salariés, il est devenu évident que le régime adopté par le législateur n'était pas considérablement plus néfaste que tout autre régime proposé. Il n'y avait pas de doute que l'on pouvait trouver à redire à chaque proposition. Toutefois, les mesures retenues en fin de compte avaient l'avantage de mieux protéger les intérêts de ceux qui étaient les plus désavantagés par l'ouverture des commerces le dimanche, soit les salariés du secteur du commerce de détail. Même si d'autres mesures auraient pu être prises, aucune n'était nettement meilleure pour protéger les intérêts des salariés et, en même temps, réduire au minimum l'effet négatif sur les détaillants et les consommateurs de la fermeture des établissements le dimanche. Le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 779, que dans de telles circonstances, il faut appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* avec une certaine retenue:

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jour d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter.

Le juge en chef Dickson conclut, à la p. 782:

À mon avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, il incombe au législateur qui adopte une loi sur la fermeture le dimanche de tenter très sérieusement d'atténuer ses effets sur ceux qui observent le samedi. L'exemption du par. 3(4) de la Loi en cause dans les présents pourvois représente un effort satisfaisant en ce sens et est donc acceptable.

Plus tard, dans l'affaire *Irwin Toy*, précitée, la Cour a été de nouveau saisie d'un cas où il semblait injustifié d'appliquer rigoureusement le critère de l'atteinte minimale. La province de Québec avait adopté une loi interdisant la publicité télévisée destinée aux enfants. Cette interdiction a été contestée pour le motif qu'elle portait trop gravement atteinte à la liberté de parole. La preuve a révélé que la publicité



detrimental to children under the age of 6 as that group was the least able to differentiate fact from fiction and was thus the most credulous when presented with advertising messages. With respect to older children, research results indicated that the ability to view advertising critically and in an adult way occurred somewhere between the ages of 7 and 13. The legislature took a cautious and protective approach, prohibiting all advertising directed to those under the age of 13.

Dickson C.J., Lamer J. and I held that the provision was reasonable and demonstrably justified within the meaning of s. 1. Referring to *Edwards Books*, *supra*, the Court differentiated between those cases where a strict application of the minimal impairment test was justified and those cases where some deference to the choice of the legislature seemed appropriate. At pages 993-94 we said:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function . . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been cho-

tévisée est particulièrement préjudiciable aux enfants de moins de six ans car ce groupe est le moins en mesure de distinguer la fiction de la réalité et donc le plus susceptible de croire ce que présentent les messages publicitaires. Quant aux enfants plus âgés, les résultats des recherches indiquent que les enfants acquièrent la capacité d'évaluer la publicité de manière critique et comme les adultes quelque part entre l'âge de sept ans et l'âge de treize ans. Le législateur a adopté une attitude prudente et protectrice, interdisant toute publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans.

Le juge en chef Dickson, le juge Lamer et moi-même avons conclu que la disposition était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier. Se reportant à l'arrêt *Edwards Books*, précité, la Cour a établi une distinction entre les affaires où l'application stricte du critère de l'atteinte minimale était justifiée et celles où il semblait opportun de manifester un certain respect pour le choix du législateur. Aux pages 993 et 994, nous avons dit:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif . . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux»

sen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions. . . .

Cognizant of the body of opinion on the effects of advertising on children and the legislature's desire to protect the younger members of the community from being misled, we understood our task in that case to be as follows (at p. 994):

In the instant case, the Court is called upon to assess the competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

And at page 999 we concluded:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions.

It seems to me that this Court has agreed that a form of "reasonableness" test may be preferable to a strict application of the minimal impairment branch of *Oakes* in those circumstances where the Legislature must mediate between the claims of competing groups, and especially where, in doing so, it opts to protect the interests of the disadvantaged and disempowered. In those cases, the Court will defer to the choice of the legislature so long as alternative measures for meeting or promoting the government's goals are not clearly superior.

Which form of the minimal impairment test is appropriate in this case? In my view, the government has not in this instance acted as the "singular antagonist", to use the words of the Court in *Irwin Toy*.

ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . .

*a* Conscients de l'ensemble des opinions exprimées sur les effets de la publicité sur les enfants et de la volonté du législateur de protéger les plus jeunes membres de la société contre la duperie, nous avons estimé que notre tâche dans cette affaire était la suivante (à la p. 994):

*b* En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

Nous avons conclu, à la p. 999:

*c* Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides.

*d* Il me semble que notre Cour a convenu qu'une forme de critère du «caractère raisonnable» peut être préférable à une application stricte du volet de l'atteinte minimale énoncé dans *Oakes*, lorsque le législateur doit arbitrer entre les demandes de groupes opposés et, surtout, lorsqu'en arbitrant, il choisit de protéger les intérêts des défavorisés et des faibles. Dans ces cas-là, la Cour va respecter le choix du législateur pourvu que les autres mesures permettant d'atteindre ou de promouvoir les objectifs du gouvernement ne soient pas nettement supérieures.

Quelle forme du critère de l'atteinte minimale convient en l'espèce? À mon avis, le gouvernement n'a pas agi comme l'«adversaire singulier», pour reprendre l'expression employée par la Cour dans *Irwin*

Rather, the features of this case are analogous to those in *Edwards Books* and *Irwin Toy*. First, our system of labour relations is, as I have mentioned, premised on the attempted accommodation of a wide variety of divergent interests. Absent those situations where the law clearly and unreasonably favours the interests of one group over the constitutional rights of another, it would be unwise for the courts to tinker with this system. It was in just such circumstances as these that the Court in *Irwin Toy* suggested that the courts should not try to "second guess" the legislature as to where to draw the precise line.

Additionally, as I have also mentioned, collective bargaining is a mechanism by which individual employees come together and form a union to represent their interests. The whole purpose of unionization is to strengthen the position of these employees in order to offset the countervailing power of employers. Rather than simply enacting legislation aimed solely at protecting individual workers by curtailing and controlling employer abuses (e.g., minimum wage, occupational health and safety, and workers' compensation legislation), government established our current regime of collective bargaining. The purpose of this system is also to curb the excesses of the common law of the employment relationship and to thereby assuage industrial tensions. This is achieved, not through legislative protectionism, but rather through the promotion of the self-advancement of working people. Thus, these two systems differ in respect of the mechanisms they adopt to achieve their ends, but both individual employment law and collective employment law aim to advance the interests of a vulnerable group, the individual employees. It is my opinion, therefore, that the question we must ask ourselves at this point in the inquiry is whether other mechanisms exist for achieving the aims of the legislature, and if so, whether those mechanisms are clearly superior to the measures currently in use.

*Toy*. Les caractéristiques de cette affaire sont plutôt analogues à celles des affaires *Edwards Books* et *Irwin Toy*. Premièrement, notre régime de relations de travail vise, je le répète, à concilier un grand nombre d'intérêts très divergents. Sauf dans les cas où la loi favorise nettement et déraisonnablement les intérêts d'un groupe au détriment des droits constitutionnels d'un autre, les tribunaux seraient malavisés de chercher à remanier ce système. C'est justement dans des circonstances comme celles-ci que la Cour a, dans *Irwin Toy*, exprimé l'avis que les tribunaux ne devaient pas essayer de déterminer après coup où le législateur aurait dû tracer la ligne précise de démarcation.

Par surcroît, je le répète, la négociation collective est un mécanisme qui permet aux employés, pris individuellement, de s'associer et de former un syndicat qui représentera leurs intérêts. La syndicalisation a, somme toute, pour but de renforcer la position de ces employés afin de contrebalancer le pouvoir des employeurs. Au lieu de se contenter d'adopter des lois destinées uniquement à protéger les travailleurs, pris individuellement, par la réduction et la répression des abus des employeurs (par exemple les lois relatives au salaire minimum, à la santé et à la sécurité au travail, et aux accidents du travail), le gouvernement a établi le régime actuel de négociation collective. Ce système a aussi pour objet de mettre un frein aux excès découlant des règles de common law en matière de relations du travail et d'atténuer ainsi les tensions des relations industrielles. La réalisation de cet objet est possible, non pas par le protectionnisme des lois, mais plutôt par la promotion de l'avancement personnel des travailleurs. Ainsi, ces deux systèmes diffèrent du point de vue des mécanismes adoptés pour réaliser leurs objectifs, mais la loi régissant l'embauche individuelle et celle régissant l'embauche collective visent toutes deux à promouvoir les intérêts d'un groupe vulnérable, celui des travailleurs pris individuellement. Je suis donc d'avis que nous devons nous demander à ce moment-ci de notre examen s'il existe d'autres mécanismes permettant la réalisation des objectifs du législateur et, dans l'affirmative, si ces mécanismes sont nettement supérieurs aux mesures utilisées à l'heure actuelle.

Mr. Lavigne contends that restricting the uses to which dues could be put would be such a better alternative. It is his position that the imposition of such a restriction would more effectively safeguard the *Charter* rights of non-members and would not affect the Union adversely. In support of this claim the appellant has made reference to the experience of other jurisdictions.

Mr. Lavigne notes that legislatures have in the past placed restrictions on the way compelled dues could be spent: see *Labour Relations Act Amendment Act, 1961*, S.B.C. 1961, c. 31, s. 5, and *The Industrial Relations Act*, S.P.E.I. 1962, c. 18, s. 48. Both these provisions restricted only the right to make contributions for electoral purposes and not for the “non-collective bargaining” purposes cited by the appellant. These provisions have since been repealed: see *Labour Code of British Columbia*, S.B.C. 1973, c. 122, s. 151, and *Prince Edward Island Labour Act*, S.P.E.I. 1971, c. 35, s. 76(1)(a). To my mind, the fact that some jurisdictions at one time imposed restrictions on the Rand formula does not advance the inquiry. We simply do not know whether the old system worked or why it was abandoned.

The appellant also makes reference to the reports of two commissions established to consider certain aspects of labour relations policy in Canada. The first of these is the Little Report, “*Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report (1969)*”. In his report Judge Little recommended that mandatory dues check-off be established in the public service but that the dues obtained pursuant to such clauses not be used for purposes which did not benefit all members of the bargaining unit. As the CLC points out, however, Judge Little was not concerned with union “political” activity generally but rather with activities which were engaged in for the enjoyment of union members alone. In any event, the regulation (O. Reg. 403/69) giving effect to Judge Little’s recommendations has been repealed.

Monsieur Lavigne prétend qu’il serait préférable de restreindre l’usage que l’on peut faire des cotisations. À son avis, l’imposition d’une telle restriction sauvegarderait plus efficacement les droits des non-syndiqués reconnus par la *Charte* et ne nuirait pas au syndicat. À l’appui de sa thèse, l’appelant s’est référé à l’expérience acquise ailleurs.

Monsieur Lavigne fait remarquer que des législatures ont déjà soumis à des restrictions l’utilisation que l’on peut faire des cotisations obligatoires: voir *Labour Relations Act Amendment Act, 1961*, S.B.C. 1961, ch. 31, art. 5, et *The Industrial Relations Act*, S.P.E.I. 1962, ch. 18, art. 48. Les dispositions ne limitaient, dans les deux cas, que le droit de verser des contributions à des fins électorales et non celui d’en verser à des fins sans rapport avec la négociation collective que l’appelant a citées. Ces dispositions ont depuis été abrogées: voir *Labour Code of British Columbia*, S.B.C. 1973, ch. 122, art. 151, et *Prince Edward Island Labour Act*, S.P.E.I. 1971, ch. 35, al. 76(1)a). À mon sens, le fait que d’autres provinces ont, dans le passé, assorti la formule Rand de restrictions ne fait pas progresser notre examen. Nous ne savons tous simplement pas si l’ancien système fonctionnait bien ou pourquoi il a été abandonné.

L’appelant se réfère aussi aux rapports de deux commissions mises sur pied pour étudier certains aspects de la politique des relations de travail au Canada. Le premier est le rapport Little, «*Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report (1969)*». Dans son rapport, le juge Little a recommandé que le précompte obligatoire des cotisations syndicales soit établi dans la fonction publique, mais que les cotisations perçues conformément à ces clauses ne soient pas affectées à des fins qui ne seraient pas avantageuses pour tous les membres de l’unité de négociation. Comme le CTC le fait remarquer, toutefois, le juge Little ne parlait pas de l’activité «politique» du syndicat en général, mais des activités exercées pour le plaisir des syndiqués seulement. De toute façon, le règlement (règl. 403/69 de l’Ont.) donnant effet aux recommandations du juge Little a été abrogé.

The second report to which the appellant has made reference is the Report of the federal Task Force on Labour Relations (the Woods Report). It recommended that a mechanism be established for dissenting members to opt out of union donations to political parties. As was the case with the recommendations made in the Little Report, the findings of the Woods Task Force are of limited utility for present purposes since the thrust of its recommendations centred on contributions to political parties and not political matters more generally.

Finally, the appellant points out that in other jurisdictions it has been accepted that unions may not use dues extracted from non-members to support political parties. In particular, he cites provisions adopted in the United Kingdom, Australia and New Zealand, Western Europe, and the United States. It is true that our courts have found the experience in other "free and democratic" societies useful in determining whether means adopted in this country are the best alternative: see *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.). For obvious reasons, however, one must be careful in relying on provisions from foreign jurisdictions. The development of law in different cultures with different political, historical, and social traditions may not be easily transferred into the Canadian context. And indeed, particularly when one is dealing with labour legislation, it has been noted that each jurisdiction has its own unique method of regulating industrial relations. This point has been well made by one of the leading labour scholars, Otto Kahn-Freund. In his article "On Uses and Misuses of Comparative Law" (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1, Professor Kahn-Freund explains at p. 21:

The law of labour relations comprises a number of separable elements: It is concerned with individual relations between employers and workers — wages and hours of work, safety and health, holidays and pensions. It is however also concerned with collective relations between unions and other groups of workers and management, with the way the labour market is organised through understandings between them, the way rules are established through their agreements, and the way conflicts between them are fought and settled. In my opinion the first element — individual labour law — lends

Le deuxième rapport invoqué par l'appelant est le rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail (le rapport Woods). Celui-ci a recommandé que soit établi un mécanisme permettant aux membres dissidents de se désengager des dons faits par le syndicat à des partis politiques. À l'instar des recommandations du rapport Little, les conclusions de l'équipe Woods sont de peu d'utilité aux fins de l'espèce puisque, pour l'essentiel, elles sont axées sur les contributions versées aux partis politiques et non sur des questions politiques de manière plus générale.

En dernier lieu, l'appelant souligne qu'à l'étranger, l'on a accepté que les syndicats ne peuvent pas utiliser les cotisations perçues auprès de non-syndiqués pour appuyer des partis politiques. En particulier, il cite les dispositions adoptées au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Europe de l'Ouest et aux États-Unis. Il est vrai que nos tribunaux ont conclu que l'expérience d'autres pays «libres et démocratiques» est utile pour déterminer si les moyens adoptés dans ce pays constituent la meilleure solution: voir *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.). Pour des raisons évidentes, toutefois, nous devons faire preuve de circonspection en invoquant des dispositions de pays étrangers. L'évolution du droit dans des cultures distinctes, dont les traditions politiques, historiques et sociales diffèrent, peut ne pas être facilement transposée dans le contexte canadien. En effet, surtout en matière de droit du travail, l'on a observé que chaque pays a sa propre façon de réglementer les relations de travail. Otto Kahn-Freund, l'un des plus éminents spécialistes de cette branche du droit, a bien fait ressortir cet aspect. Dans son article intitulé «On Uses and Misuses of Comparative Law» (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1, le professeur Kahn-Freund explique, à la p. 21:

[TRADUCTION] Le droit du travail traite de plusieurs éléments distincts: il concerne les relations individuelles entre les employeurs et les salariés — salaires et horaires de travail, sécurité et santé, congés et caisses de retraite. Mais il porte aussi sur les rapports collectifs entre les syndicats et d'autres groupes de salariés et la direction, sur le mode d'organisation du marché du travail par l'entremise des ententes qu'ils concluent, sur le mode d'établissement des règles par le biais des conventions qu'ils concluent et sur la façon dont leurs conflits se déroulent et se règlent. À mon avis, le premier élé-

itself to transplantation very much more easily than the second element — that is collective labour law. Standards of protection and rules on substantive terms of employment can be imitated — rules on collective bargaining, on the closed shop, on trade unions, on strikes, can not.

Of the jurisdictions to which the appellant has referred only the United States has adopted a regime of collective bargaining which resembles our own. Indeed, collective labour relations in Canada have in large part been modelled on American legislation. Accordingly, if any comparison is to be made in this case with other jurisdictions, the only reasonable and safe jurisdiction to examine is the United States.

It is clear that, since the decision of the United States Supreme Court in *Abood*, unions have not been permitted to contribute non-member dues to “non-collective bargaining” purposes. And if union spending were restricted in Canada in this way, it is certainly true that Mr. Lavigne’s *Charter* rights would be impaired less than they are absent the restriction. What, however, would be the effect on the goal of promoting collective bargaining? The American experience in this respect is instructive.

The *Abood* decision seems to have given rise to a lengthy series of disputes over what are legitimate collective bargaining activities and what are not. For example, the United States Supreme Court did not have to grapple with the ultimate effect of its ruling in *Abood* until several years later in *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks, supra*. The union had secured a union shop provision in the collective agreement and expended the dues obtained pursuant to that article in accordance with its constitution. The following expenditures were challenged as not being “necessarily or reasonably incurred for the purpose of performing the duties of an exclusive representative of the employees in dealing with the employer on labor-management issues” (p. 448): union conventions, social activities, publications, organizing, and litigation. The majority of the court found that all the expenditures were legitimate

ment — le droit en matière de travail individuel — peut se transplanter beaucoup plus aisément que le second — le droit du travail collectif. Les normes de protection et les règles de fond relatives aux conditions de travail peuvent être imitées — les règles touchant la négociation collective, l’atelier fermé, les syndicats, les grèves, ne le peuvent pas.

Parmi les pays que l’appelant a mentionnés, seuls les États-Unis ont adopté un régime de négociation collective semblable au nôtre. En effet, les relations collectives du travail au Canada s’inspirent en grande partie du modèle législatif américain. Par voie de conséquence, si tant est qu’il y ait lieu de faire une comparaison avec les systèmes étrangers, le seul qu’il soit raisonnable et prudent d’étudier est celui des États-Unis.

De toute évidence, depuis l’arrêt *Abood* de la Cour suprême des États-Unis, les syndicats n’ont pas été autorisés à utiliser les cotisations versées par les non-syndiqués pour appuyer des causes «sans rapport avec la négociation collective». Et si pareille restriction était apportée aux dépenses syndicales au Canada, il est certainement exact que l’atteinte portée aux droits de M. Lavigne serait moindre qu’elle l’est en l’absence de cette restriction. Quel en serait cependant l’effet sur l’objectif de promouvoir la négociation collective? L’expérience américaine nous éclaire sur ce sujet.

L’arrêt *Abood* semble avoir suscité une longue série de différends relatifs à la question de savoir quelles activités sont légitimes dans le domaine de la négociation collective et quelles ne le sont pas. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis n’a eu à affronter l’effet fondamental de sa décision dans *Abood* que plusieurs années plus tard, dans *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, précité. Le syndicat avait réussi à faire insérer une clause d’atelier syndical dans la convention collective et il avait dépensé les cotisations perçues grâce à cette clause en conformité avec sa constitution. Les dépenses suivantes ont été contestées pour le motif qu’elles n’avaient pas été [TRADUCTION] «engagées nécessairement ou raisonnablement dans le but de remplir les fonctions de représentant exclusif des employés chargé de régler les questions relatives aux relations de travail avec l’employeur»

except for union organizing, litigation (apart from litigation incidental to contract administration and negotiation and disputes arising in the bargaining unit) and union publishing on “political” issues.

What has been the result of this litigation? Mr. Sack has advanced a very persuasive argument that the court’s decision was in error. Whether he is right or wrong in his criticism of *Ellis*, it seems to me that his argument makes the problem with the *Abood* approach very clear. Because drawing a distinction between collective bargaining and politics is so difficult it will always be debatable whether a union has “crossed the line” in contributing its dues to certain purposes. And where there is room for reasonable disagreement over the propriety of union spending there is bound to be litigation. In my view, nothing could be more incompatible with the promotion of collective bargaining. Since the ultimate aim of the system is to encourage the parties to settle their own disputes, any ruling which will encourage the parties to rush off to court is clearly counter-productive.

Another result of the ruling in *Abood* has been the disproportionate weakening of the union voice. Professor Tribe in *Constitutional Choices* (1985) made this point eloquently when he said at p. 202:

In theory, of course, employers and employees are supposed to get evenhanded treatment in the legal administrative framework within which labor disputes — including those involving free speech — are handled. In reality, however, workers have found themselves at a substantial disadvantage. When unions speak out on political matters, for example, they must (upon request) refund to dissenting members the prorated cost of such activity. Corporations do not have this problem; corporations may speak out on political subjects in spite of shareholder dissent. Corporations also speak with a far louder voice, heavily outspending labor on the dissemination of their views. Indeed, the proof of this imbalance of power can be seen in the results: “the failure of labor to pass any legislation affecting the basic structure

(p. 448): congrès du syndicat, activités sociales, publications, organisation et litiges. La cour, à la majorité, a conclu que toutes les dépenses étaient légitimes, sauf celles concernant l’organisation du syndicat, les litiges (mis à part les litiges accessoires à l’application et à la négociation des conventions et aux différends ayant pris naissance dans l’unité de négociation) et les publications syndicales touchant des questions «politiques».

Quel a été le résultat de ce litige? M<sup>e</sup> Sack a fait valoir d’une manière très convaincante que la décision de la cour était erronée. Que sa critique de l’arrêt *Ellis* soit juste ou non, il me semble que son argument met très bien en évidence le problème que pose l’arrêt *Abood*. Étant donné qu’il est si difficile de départager la négociation collective et la politique, il sera toujours malaisé de décider si un syndicat a franchi la limite en utilisant les cotisations à certaines fins. Et chaque fois qu’il sera possible d’être raisonnablement en désaccord sur l’à-propos des dépenses du syndicat, il va sûrement en résulter un litige. À mon avis, rien ne pourrait être plus incompatible avec la promotion de la négociation collective. Comme le but fondamental du système est d’encourager les parties à régler leurs différends elles-mêmes, toute décision qui les encourage à se précipiter vers les tribunaux va nettement à l’encontre du but recherché.

L’arrêt *Abood* a également eu pour résultat d’affaiblir le syndicalisme de façon excessive. Le professeur Tribe fait ressortir avec éloquence cet argument dans *Constitutional Choices* (1985), lorsqu’il dit, à la p. 202:

[TRADUCTION] En théorie, bien sûr, les employeurs et les employés sont supposés être traités également dans le régime administratif qu’instaure la loi à l’égard des conflits du travail — y compris ceux qui touchent la liberté de parole. En réalité, pourtant, les travailleurs se sont trouvés nettement désavantagés. Quand les syndicats se prononcent sur des questions politiques, par exemple, ils doivent rembourser aux membres dissidents (qui en font la demande) leur part proportionnelle du coût de cette activité. Ce problème ne se pose pas pour les sociétés par actions: elles peuvent prendre position sur des sujets politiques malgré la dissidence d’actionnaires. Les sociétés par actions peuvent en outre exprimer leur avis d’une manière beaucoup plus vigoureuse, en consacrant beaucoup plus de ressources que les syndicats à la diffu-

of private sector bargaining since 1935,” and the decline in the rate of union representation of American workers from 35 percent in the 1940s to barely 20 percent in 1980. [Citations omitted.]

In my view, Canadian trade unions would in all probability meet the same fate if the *Abood* rationale were adopted here. For the reasons expressed by Professor Tribe it is naive to suggest that imposing an obligation to refund dues will not work an unfair burden on unions. Given that the success of collective bargaining in this country depends in a fundamental way on an appropriate balance being struck among the various interest groups involved in industrial relations, to upset that balance will clearly defeat the legislature’s objective.

In summary, it seems to me that placing restrictions upon the way in which unions may spend their dues will lead to interminable problems and jeopardize the important government objective at stake in this appeal. The point should be stressed that, if Mr. Lavigne’s *Charter* rights have indeed been infringed, that infringement has been occasioned through measures that significantly modify its impact. Some of the key features of the scheme are worth repeating: the Union may only compel the payment of dues from each member of the bargaining unit after a majority of those employees have exercised their choice to be represented by the Union; all employees are free to join the Union or not, and the bargaining agent may not discriminate against any member of the bargaining unit on the basis of union membership; and if the members of the bargaining unit find that they are unhappy with their bargaining representative, they may take a vote to decertify the Union.

Taking these factors into account it seems to me that the legislature has opted for a very reasonable and fair compromise. The Union, once certified, has been permitted to exercise authority over the mem-

sion de leurs idées. En effet, la preuve de cette inégalité de pouvoir ressort des résultats: «le fait que le mouvement syndical n’a fait voter aucun texte de loi modifiant la structure fondamentale de la négociation collective dans le secteur privé depuis 1935» et le déclin du degré de syndicalisation des travailleurs américains, qui est passé de 35 p. 100 dans les années 1940 à tout juste 20 p. 100 en 1980. [Citations omises.]

À mon avis, les syndicats canadiens subiraient probablement le même sort si le raisonnement suivi dans *Abood* était adopté ici. Pour les raisons exposées par le professeur Tribe, il est naïf de laisser entendre que l’obligation de rembourser les cotisations n’imposera pas un fardeau inéquitable aux syndicats. Étant donné que la réussite de la négociation collective dans ce pays dépend fondamentalement de l’atteinte d’un équilibre adéquat entre les divers groupes d’intérêts touchés par les relations du travail, rompre cet équilibre serait de toute évidence contraire à l’objectif du législateur.

En résumé, il me semble qu’apporter des restrictions à la manière dont les syndicats peuvent dépenser les cotisations qu’ils perçoivent causerait des problèmes sans fin et compromettrait l’important objectif gouvernemental en jeu dans ce pourvoi. Il faudrait souligner que, s’il est vrai que les droits que la *Charte* reconnaît à M. Lavigne ont été violés, cette violation a été causée par des mesures qui en modifient sensiblement l’effet. Il vaut la peine de répéter certaines caractéristiques essentielles du régime: le syndicat ne peut obliger chacun des membres de l’unité de négociation à verser des cotisations que si la majorité de ces employés ont manifesté leur volonté d’être représentés par le syndicat; tous les employés sont libres d’adhérer ou non au syndicat; l’agent négociateur ne peut pas faire de discrimination à l’endroit de quelque membre de l’unité de négociation pour le motif qu’il n’est pas syndiqué; si les membres de l’unité de négociation ne s’estiment pas satisfaits de leur représentant, ils peuvent tenir un vote en vue d’obtenir le retrait d’accréditation du syndicat.

Si l’on prend ces facteurs en considération, il me semble que le législateur a choisi un compromis très raisonnable et équitable. Le syndicat, une fois accrédité, est autorisé à exercer son autorité sur les



bers of the bargaining unit in many respects. However, with that authority comes a great deal of responsibility. As well, the entire process of union representation carries the hallmark of democracy. This is not a case of the heavy hand of government coming down and enforcing its will with little or no regard for the rights and freedoms of those affected. The features of the scheme suggest to me that, while other means might have been available to the legislature to achieve its objective, none is clearly superior in terms of both accomplishing the goal of promoting collective bargaining and respecting as far as possible the rights of individual employees.

(iii) *Effects*

The *Charter* does not require the elimination of “minuscule” constitutional burdens: see *Edwards Books, supra*, at p. 759. The point of this branch of the proportionality test is to ensure that laws which otherwise pass constitutional muster should not be struck down when the unconstitutional effects they produce are “trivial” or “insubstantial”: see *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per Wilson J.* at p. 314 writing for the majority of the Court on this point.

In *Edward Books* Dickson C.J. stated at p. 759:

Section 2(a) does not require the legislatures to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 to justify legislation of that sort.

And later he states at p. 759:

In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per Wilson J.* at p. 314.

membres de l'unité de négociation à plusieurs égards. Toutefois, cette autorité s'accompagne d'une responsabilité considérable. Au surplus, tout le processus de représentation syndicale porte le sceau de la démocratie. Il ne s'agit pas d'une situation où le gouvernement a imposé sa volonté en faisant peu ou pas de cas des droits et libertés des personnes visées. Les caractéristiques du régime donnent à penser, à mon sens, que si le législateur disposait d'autres moyens pour atteindre son objectif, aucun n'était nettement supérieur pour ce qui était de réaliser le double objectif de promouvoir la négociation collective et de respecter autant que possible les droits des employés pris individuellement.

(iii) *Les effets*

La *Charte* n'exige pas la suppression d'écarts «infimes» de la norme constitutionnelle: voir l'arrêt *Edwards Books*, précité, à la p. 759. Ce volet du critère de la proportionnalité a pour objet d'assurer que les lois qui sont par ailleurs acceptables constitutionnellement ne soient pas annulées si leurs effets inconstitutionnels sont «négligeables» ou «insignifiants»: voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour sur ce point.

Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson dit, à la p. 759:

L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative.

Il ajoute, à la même page:

Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant: voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314.

In this case the violation of the appellant's rights was minor. His identification, if any, with the causes supported by the Union was indirect and he was completely free to express himself on these causes as he saw fit. Additionally, the scheme adopted by the legislature makes some accommodation of the interests of persons like the appellant. In my view, it cannot be said that the impingement on the appellant's *Charter* rights was out of proportion to the objective of the legislature in promoting collective bargaining.

#### VI. Disposition

I would dismiss the appeal with costs to Ontario Public Service Employees Union, Canadian Labour Congress, Ontario Federation of Labour and National Union of Provincial Government Employees.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Did the Ontario Court of Appeal correctly hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the circumstances of this case, on the basis that the substance of the application concerns the expenditure of funds by the respondent Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), and not the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to OPSEU?

No.

2. If the answer to question 1 is in the negative, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU, as provided for in article 12.01 of the collective agreement between the respondent Ontario Council of Regents and the respondent OPSEU pursuant to ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74?

Yes.

3. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed

En l'espèce, l'atteinte portée aux droits de l'appelant est mineure. Ce n'est qu'indirectement, à supposer que ce soit le cas, qu'il a été identifié aux causes que le syndicat appuyait et il était tout à fait libre d'exprimer son avis sur ces causes. De plus, le régime adopté par le législateur répond, jusqu'à un certain point, aux intérêts de personnes comme l'appelant. À mon avis, l'on ne saurait affirmer que l'atteinte portée aux droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant était disproportionnée à l'objectif du législateur de promouvoir la négociation collective.

#### VI. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder des dépens au Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, au Congrès du travail du Canada, à la Fédération du travail de l'Ontario et au Syndicat national de la fonction publique provinciale.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas dans les circonstances de la présente affaire, pour le motif que la requête porte essentiellement sur les dépenses effectuées par l'intimé le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario (SEFPO) et non sur l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales du SEFPO?

Non.

2. Si la réponse à la première question est négative, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO, tel que prévu à l'article 12.01 de la convention collective intervenue entre l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Ontario et l'intimé le SEFPO conformément aux art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74?

Oui.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par

by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

5. If the answer to either of questions 3 or 4 is affirmative, is the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU justified in whole or in part by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In light of my answers to questions 3 and 4 it is not necessary to answer this question. However in the event I am in error in my answers to questions 3 and 4 or either of them, I would have answered this question in the affirmative.

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

LA FOREST J.—The broad issue in this appeal is whether the *Rand* formula, under which dues may be collected from non-union members of a collective bargaining unit for use by the union in its discretion, impermissibly infringes the non-union members' freedom of association and of expression guaranteed by s. 2(d) and s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a situation where the employer is a Crown agency and the dues are distributed to causes unrelated to the collective bargaining process.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Wilson, and would dispose of the appeal as she does, but I have reached that con-

l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

5. Si la réponse à l'une ou l'autre des troisième ou quatrième questions est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO est-elle justifiée en totalité ou en partie par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Vu les réponses que j'ai données aux troisième et quatrième questions, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question. Toutefois, au cas où je me serais trompée en répondant aux troisième et quatrième questions, ou à l'une ou l'autre d'entre elles, j'aurais répondu à cette question par l'affirmative.

Version française des motifs des juges *La Forest*, *Sopinka* et *Gonthier* rendus par

LE JUGE LA FOREST—La question générale que soulève le présent pourvoi est de savoir si la formule *Rand*, en vertu de laquelle le syndicat peut percevoir des cotisations auprès des membres non syndiqués d'une unité de négociation collective et les utiliser à sa discrétion, porte atteinte de façon inacceptable à la liberté d'association et d'expression que garantissent à ces membres non syndiqués les al. 2d) et 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le cas où l'employeur est un mandataire de l'État et où les cotisations sont affectées à des causes qui n'ont rien à voir avec le processus de négociation collective.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi comme elle le fait. Étant toutefois arrivé à cette

clusion by a different route and have therefore felt constrained to write.

### Facts

The respondent, the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology, was established under s. 5(2) of the *Ministry of Colleges and Universities Act*, R.S.O. 1980, c. 272. Under the Act, it has the task of assisting the Minister of Colleges and Universities in the planning and establishment of programs for the colleges. Its members are appointed by the Lieutenant-Governor in Council. The *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74, designates the Council of Regents as the bargaining agent for the college employers. The Council has entered into a collective agreement with the respondent Union (OPSEU), which represents community college teachers.

Since 1974, the appellant, Lavigne, has been a teaching master at the Haileybury School of Mines. He is a member of the academic staff bargaining unit represented by the Union, but has never become or been required to become a member of the Union. When the Union required its members to strike, the appellant continued to work without pay. He has, however, been required to pay dues to the Union. These are deducted from his pay cheque under the terms of the collective agreement, and are paid into the general revenues of the Union and used for any purpose authorized by its constitution.

Under the Union's constitution, certain percentages of the dues are paid to another organization, the National Union of Provincial Government Employees (NUPGE), which, in turn, pays dues to the Canadian Labour Congress (the CLC). The Union is also a member of the Ontario Federation of Labour (the OFL). Each of these organizations, including the respondent Union, uses its dues to support union-related causes. Article 4 of the Union's constitution sets out the aims and purposes of the organization. Specifically, the Union is required to regulate labour relations between its members and their employers, including such matters as collective bargaining. The general objectives of the Union include the advance-

conclusion en suivant un raisonnement différent, je me suis senti obligé de rédiger des motifs.

### Les faits

L'intimé, le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario, a été constitué sous le régime du par. 5(2) de la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272. En vertu de cette loi, il est chargé d'aider le ministre des Collèges et Universités dans la planification et l'établissement des programmes des collèges. Ses membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. La *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74, désigne le Conseil des gouverneurs comme l'agent négociateur des collèges employeurs. Le Conseil a conclu une convention collective avec le syndicat intimé (SEFPO), qui représente les enseignants des collèges communautaires.

Depuis 1974, l'appellant Lavigne enseigne à l'École des mines de Haileybury. Il fait partie de l'unité de négociation du corps professoral représentée par le syndicat, mais il n'a jamais adhéré au syndicat et n'a jamais été tenu d'y adhérer. Lorsque le syndicat a demandé à ses membres de faire la grève, l'appellant a continué à travailler sans toucher de salaire. Il a cependant été obligé de verser des cotisations au syndicat. Ces cotisations sont déduites de son chèque de paie en conformité avec la convention collective. Elles sont versées dans les recettes générales du syndicat et sont affectées à n'importe quel usage autorisé par la constitution du syndicat.

Conformément à la constitution du syndicat, un certain pourcentage des cotisations sont versées à une autre organisation, le Syndicat national de la fonction publique provinciale (SNFPP) qui, à son tour, verse des cotisations au Congrès du travail du Canada (CTC). Le syndicat fait aussi partie de la Fédération du travail de l'Ontario (FTO). Chacune de ces organisations, comme le syndicat intimé, utilise ses cotisations pour appuyer des causes syndicales. On trouve, à l'art. 4 de la constitution du syndicat, les objets de l'organisation. Le syndicat a pour mandat précis de s'occuper des relations du travail entre ses membres et leurs employeurs, notamment de la négociation collective. Parmi les objectifs généraux du syndicat,

ment of the "common interests, economic, social and political, of the members and of all public employees, wherever possible, by all appropriate means".

Lavigne challenged certain expenditures made by the Union such as financial contributions to a political party (the NDP), disarmament campaigns, Arthur Scargill and the striking United Kingdom coal miners, a campaign opposing the expenditure of municipal funds for the SkyDome stadium in Toronto, and pro-choice groups respecting abortions. The *Colleges Collective Bargaining Act* allows for the compulsory payment of dues. Formerly, s. 45 of Ontario Regulation 749, R.R.O. 1970, provided that such deductions could only be used for purposes relating to representation of employees and not for activities relating to political parties, but this provision was repealed in 1977.

The appellant brought an application for declaratory relief against the Union in the Supreme Court of Ontario. He sought a declaration that s. 59(2) of the *Colleges Collective Bargaining Act*, which provides that an employee who works during a strike shall not be paid, violates the *Constitution Act, 1982*. He also sought a declaration that, in so far as ss. 51, 52 and 53 of the Act result in compulsory payment of dues that are used for any of the listed purposes, they violate the *Constitution Act, 1982*. As well, he sought declaratory relief that would require the Union to account for money spent on listed purposes unrelated to collective bargaining.

In reasons delivered July 4, 1986, White J. held that the appellant's right to freedom of association was infringed, and he indicated that he was prepared to grant declaratory relief in regard to the compulsory payment of dues. He also held that s. 59 was constitutionally valid and that the appellant's equality rights were not infringed. White J. then asked for further submissions as to the form the remedy should take, and on July 7, 1987, he made specific orders as to the form of the declaratory relief. The Union appealed to

il y a la promotion des [TRADUCTION] «intérêts communs des membres et de tous les employés de la fonction publique, sur les plans économique, social et politique, partout où cela est possible, et par tous les moyens appropriés».

Monsieur Lavigne a contesté certaines dépenses engagées par le syndicat, telles des contributions financières faites à un parti politique (le NDP), à des campagnes pour le désarmement, à Arthur Scargill et aux mineurs du Royaume-Uni en grève, à une campagne contre l'affectation de fonds municipaux au stade SkyDome de Toronto et à des groupes prônant le libre choix en matière d'avortement. La *Loi sur la négociation collective dans les collèges* permet le versement obligatoire de cotisations. Auparavant, l'art. 45 du Règlement 749 de l'Ontario, R.R.O. 1970, prévoyait que ces déductions ne pouvaient servir qu'à des fins reliées à la représentation des employés et non pour des activités se rapportant à des partis politiques. Cette disposition a, toutefois, été abrogée en 1977.

L'appelant a présenté une demande de jugement déclaratoire contre le syndicat en Cour suprême de l'Ontario. Il cherchait à faire déclarer que le par. 59(2) de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, qui prévoit que l'employé qui travaille pendant une grève ne doit pas être payé, viole la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il voulait également qu'il soit déclaré que, dans la mesure où les art. 51, 52 et 53 de la Loi emportent le versement obligatoire de cotisations utilisées à l'une ou l'autre des fins énumérées, ils violent la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, il a demandé un jugement déclaratoire obligeant le syndicat à rendre compte des sommes dépensées pour des fins énumérées qui n'avaient pas trait à la négociation collective.

Dans ses motifs prononcés le 4 juillet 1986, le juge White a décidé que le droit de l'appelant à la liberté d'association avait été violé et il a indiqué qu'il était disposé à accorder le jugement déclaratoire touchant le versement obligatoire de cotisations. Il a également décidé que l'art. 59 était constitutionnel et qu'il n'y avait aucune atteinte aux droits de l'appelant à l'égalité. Le juge White a ensuite demandé qu'on lui présente des observations additionnelles sur la forme que devrait revêtir la réparation et, le 7 juillet 1987, il

the Court of Appeal of Ontario, which allowed the appeal and set aside the orders of the trial judge. The appellant's cross-appeal to have s. 59 declared unconstitutional was dismissed. My colleague Wilson J. has reviewed these judgments, and it is thus unnecessary for me to do so.

The appellant sought and was granted leave to appeal to this Court, and the following constitutional questions were stated by the Dickson C.J. on August 21, 1989:

1. Did the Ontario Court of Appeal correctly hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the circumstances of this case, on the basis that the substance of the application concerns the expenditure of funds by the respondent Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), and not the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to OPSEU?
2. If the answer to question 1 is in the negative, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU, as provided for in article 12.01 of the collective agreement between the respondent Ontario Council of Regents and the respondent OPSEU pursuant to ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74?
3. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. If the answer to either of questions 3 or 4 is affirmative, is the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU justified in whole or in part by s. 1 of the *Canadian*

a rendu des ordonnances précises quant à la forme du jugement déclaratoire. Le syndicat a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui y a fait droit et qui a annulé les ordonnances du juge de première instance. L'appel incident de l'appelant visant à faire déclarer inconstitutionnel l'art. 59 a été rejeté. Ma collègue le juge Wilson ayant passé en revue ces jugements, il n'y a pas lieu d'y revenir.

b L'appelant a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour et, le 21 août 1989, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- c 1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas dans les circonstances de la présente affaire, pour le motif que la requête porte essentiellement sur les dépenses effectuées par l'intimé le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario (SEFPO) et non sur l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalant aux cotisations syndicales du SEFPO?
- d 2. Si la réponse à la première question est négative, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalant aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO, tel que prévu à l'article 12.01 de la convention collective intervenue entre l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Ontario et l'intimé le SEFPO conformément aux art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74?
- e 3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalant aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- f 4. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalant aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- g 5. Si la réponse à l'une ou l'autre des troisième ou quatrième questions est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalant aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO est-elle justifiée en

*Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorneys General of Canada, Ontario and Quebec intervened, as did the following bodies: NUPGE, the CLC and OFL conjointly, the Confederation of National Trade Unions and the Canadian Civil Liberties Association.

Two different types of issues arise under the constitutional questions. The first has to do with the application of the *Charter*, i.e., whether the activities the appellant complains of can be attributed to government as required by s. 32 of the *Charter*. The second type deals with whether these activities, assuming they can be attributed to government, impermissibly infringe on the appellant's rights under s. 2(b) and s. 2(d) of the *Charter*. I turn first to the issues concerning the application of the *Charter*.

#### Application of the *Charter*

In relation to whether the activities complained of by the appellant fall within s. 32, two distinct arguments were made. First, the respondents assert that the substance of the appellant's appeal is a challenge to the constitutionality of the uses to which the respondent Union puts the money collected on its behalf by the appellant's employer, the Council of Regents. It was argued that since the Union is clearly a private entity, its decisions as to how it spends its money are not amenable to *Charter* challenge. This is the application argument referred to in the first constitutional question. I will refer to it, as have the parties, as the "Substance of the Application" argument.

The second, and more elaborate, s. 32 argument is referred to in the second constitutional question. It concerns the applicability of the *Charter* to the article of the collective agreement between the Union and the Council under which the latter collects union dues from all employees represented by the former regardless of whether or not they are members of the

totalité ou en partie par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

<sup>a</sup> Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et du Québec sont intervenus, tout comme l'ont fait les organismes suivants: le SNFPP, le CTC et la FTO conjointement, ainsi que la Confédération des syndicats nationaux et l'Association canadienne des libertés civiles.

Les questions constitutionnelles posent deux types d'interrogations. Le premier a trait à l'application de la *Charte*, à savoir si les activités dont se plaint l'appelant sont attribuables au gouvernement, comme l'exige l'art. 32 de la *Charte*. Le deuxième a trait à la question de savoir si ces activités, à supposer qu'elles soient attribuables au gouvernement, portent atteinte de façon inacceptable aux droits garantis à l'appelant par les al. 2b) et 2d) de la *Charte*. J'examinerai d'abord les questions relatives à l'application de la *Charte*.

#### Application de la *Charte*

On a avancé deux arguments distincts pour ce qui est de savoir si les activités dont se plaint l'appelant relèvent de l'art. 32. En premier lieu, les intimés soutiennent que l'appelant conteste essentiellement dans son pourvoi la constitutionnalité de l'usage que le syndicat intimé fait des sommes perçues pour son compte par l'employeur appelant, le Conseil des gouverneurs. Or le syndicat étant manifestement une entité privée, on a prétendu que la façon dont il décidait de dépenser ses fonds ne pouvait faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. Il s'agit de l'argument de la requête dont parle la première question constitutionnelle. Je m'y reporterai, à l'instar des parties, comme l'argument de «l'objet essentiel de la requête».

<sup>i</sup> Le second argument plus complexe relatif à l'art. 32 ressort de la deuxième question constitutionnelle. Il porte sur l'applicabilité de la *Charte* à l'article de la convention collective intervenue entre le syndicat et le Conseil, en vertu duquel ce dernier percevait les cotisations syndicales de tous les employés représentés par le premier, qu'ils fassent partie ou

Union. This article has been adopted pursuant to s. 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, which stipulates that the “parties to an agreement may provide for the payment by the employees of dues or contributions to the employee organization”. As will be apparent, this argument goes beyond a narrow consideration of the substance of the appellant’s particular claim and raises the general question of the applicability of the *Charter* to labour relations in the public sector.

I will consider each of the arguments respecting the application of the *Charter* separately.

#### *The Substance of the Application*

In my view, the appellant must succeed on the first issue. It is incorrect to characterize his challenge as one confined to the constitutionality of the Union’s expenditure decisions. The constitutional challenge mounted by the appellant impugns the conduct of the Council of Regents or the Ontario Legislature in permitting the use of his contributions for purposes unrelated to collective bargaining. While the conduct of the Union is an essential component of the appellant’s case, it need not be looked upon as the direct focus of the constitutional challenge, but rather as part of the factual context in which the constitutionality of the conduct of the Council of Regents or the Legislature must be assessed. The appellant surely can argue that the Legislature or the Council of Regents violated his freedom of association and expression by entering into an arrangement forcing him to contribute to the Union knowing that it would spend the money on things that have only a minimal or no relation to collective bargaining. In this respect, one could put the question in this appeal as follows: given that the Union spends money in the manner it does, can the Council or the Legislature constitutionally force the appellant, and others in his position, to contribute to the Union’s coffers, without limiting the use to which the money so contributed is put?

This in itself does not dispose of the *Charter* application issue. The appellant alleges that his rights were violated by the joint operation of the legislative deci-

non du syndicat. Cet article a été adopté conformément à l’art. 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, qui prévoit que les «parties à la convention peuvent prévoir le paiement de cotisations à l’association d’employés par les employés». Comme on le verra, cet argument va au-delà d’un examen étroit du fond de la demande particulière de l’appelant et soulève la question générale de l’applicabilité de la *Charte* aux relations du travail dans le secteur public.

J’examinerai séparément chacun des arguments relatifs à l’application de la *Charte*.

#### *L’objet essentiel de la requête*

À mon avis, l’appelant doit avoir gain de cause sur la première question. Il est en effet incorrect de décrire sa contestation comme étant limitée à la constitutionnalité des décisions que prend le syndicat quant à ses dépenses. L’attaque constitutionnelle qu’a montée l’appelant vise la conduite qu’a adoptée le Conseil des gouverneurs ou le législateur ontarien en autorisant l’usage de ses cotisations à des fins non rattachées à la négociation collective. Bien que la conduite du syndicat constitue une composante essentielle de la preuve de l’appelant, elle doit être considérée non pas comme la cible immédiate de l’attaque constitutionnelle, mais plutôt comme l’une des facettes du contexte factuel dans lequel doit être évaluée la constitutionnalité de la conduite du Conseil des gouverneurs ou du législateur. L’appelant peut sûrement faire valoir que le législateur ou le Conseil des gouverneurs ont violé sa liberté d’association et d’expression en concluant une entente l’obligeant à cotiser au syndicat, tout en sachant que celui-ci affecterait ces fonds à des fins n’ayant qu’un lien minimal, sinon aucun, avec la négociation collective. À cet égard, on pourrait formuler ainsi la question posée dans ce pourvoi: compte tenu de la manière dont le syndicat dépense des fonds, le Conseil ou le législateur peuvent-ils constitutionnellement obliger l’appelant, et d’autres dans sa situation, à contribuer à la caisse du syndicat, sans limiter l’usage auquel les sommes ainsi recueillies sont affectées?

Cela n’est pas suffisant en soi pour trancher la question de l’application de la *Charte*. L’appelant allègue que ses droits ont été violés par l’effet con-



sion to allow the Council to compel him to contribute to the Union and by the Council's undertaking to the Union to compel such contribution. It remains to determine whether this allegation can be supported. At this stage, it is necessary to turn to the issues raised in the second constitutional question which more generally involve the application of the *Charter* to collective bargaining in the public sector.

*Public Sector Collective Bargaining and the Charter*

I should note from the outset that I do not agree with the appellant's submission that the conduct about which he complains can be attributed to the Ontario Legislature. No legislation compels him to make contributions to the Union. What compels him to do so is art. 12 of the collective agreement signed by the Union and the Council. It is true, of course, that s. 53(1) of the *Colleges Collective Bargaining Act*, which provides in general terms for the collection of dues from employees by the Union, permits the parties to agree to a provision such as art. 12. However, parties to collective agreement negotiations would be free to agree to art. 12 independently of any legislative "permission" such as that in s. 53(1). Such provisions are not, in other words, illegal or invalid in the absence of legislative prohibition.

In fact, it is art. 12 itself that imposes an obligation on Lavigne to pay dues. Section 53(1) affects no one's rights until it is "activated" by the agreement between, in this case, the Union and the Council. It is that agreement which brings the mandatory check-off to bear on particular individuals in the position of Lavigne. One might say that the agreement is the conduct which is the immediate "cause" of the violation the appellant alleges.

The situation is not dissimilar to that dealt with by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. That case, like this one, was concerned with labour relations in the public sector. In *Slaight*, it was not the union which was given a discretion but an arbitrator in resolving a dispute

jugué de la décision législative de permettre au Conseil de l'astreindre à cotiser au syndicat et de l'engagement qu'a pris le Conseil envers le syndicat de rendre cette cotisation obligatoire. Il reste à déterminer si cette allégation peut se justifier. À ce stade, il convient d'examiner les points que soulève la deuxième question constitutionnelle et qui porte, de façon plus générale, sur l'application de la *Charte* à la négociation collective dans le secteur public.

*La négociation collective dans le secteur public et la Charte*

J'aimerais souligner dès le départ que je ne souscris pas à l'argument de l'appelant selon lequel la conduite dont il se plaint est attribuable au législateur ontarien. Aucune loi ne l'oblige à verser des cotisations au syndicat. Cette obligation lui incombe en vertu de l'art. 12 de la convention collective qu'ont signée le syndicat et le Conseil. Certes, le par. 53(1) de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, qui prescrit en termes généraux la perception par le syndicat de cotisations auprès des employés, permet aux parties de s'entendre sur une disposition telle que l'art. 12. Cependant, il serait loisible aux parties négociant une convention collective d'accepter l'art. 12 indépendamment de toute «autorisation» législative comme celle prévue au par. 53(1). En d'autres termes, de telles dispositions ne sont pas illégales ou invalides en l'absence de prohibition législative.

En fait, c'est l'art. 12 lui-même qui impose à Lavigne l'obligation de payer des cotisations. Le paragraphe 53(1) n'influe sur les droits de quiconque que s'il est «activé» par l'entente intervenue, en l'occurrence, entre le syndicat et le Conseil. C'est de cette entente que résulte le précompte obligatoire visant des personnes dans la situation de Lavigne. On pourrait donc dire que c'est l'entente qui est la «cause» immédiate de la violation qu'allègue l'appelant.

Cette situation ressemble à celle dont notre Cour a été saisie dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Cette affaire portait, comme la présente, sur les relations du travail dans le secteur public. Dans *Slaight*, un pouvoir discrétionnaire était conféré non pas au syndicat mais plutôt à

under a collective agreement in the public sector. The Court made clear that the exercise of such a discretion was subject to *Charter* review, though the statute granting the discretion could not be attacked on the ground that an arbitrator might exercise his discretion in violation of the *Charter*. Similarly, the appellant's *Charter* rights in the present case could not have been violated until such time as the Council and the Union actually agreed to art. 12.

The fact that the challenged conduct cannot directly be attributed to the Legislature renders the question of the application of the *Charter* somewhat more complex. The exercise of a general power under a provision of a collective agreement or other contract in the private sector would not be invalid simply because private parties acted in a manner contrary to the *Charter*. In order for the *Charter* to apply, a government actor is required. This was made clear in the discussion of the application of the *Charter* in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; see also *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47 (B.C.C.A.).

In my view, the respondents and the interveners were correct in conceding that the Council of Regents is an emanation of government. Since this appeal was argued, this Court has confirmed that view in its decision in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. That case, like the present appeal, involved a collective agreement between the college and the Association (a union under the applicable legislation). There the Minister of Education by statute exercised a degree of control over the college that closely matched that exercised by the Ministry over the Council in the present case. It is true that in *Douglas* the college's constituent Act expressly described it as an agent of the Crown, whereas here the Act simply gives the Minister power to conduct and govern the colleges and in this endeavour the Minister is to be "assisted" by the Council. But the reality is the same. The government, through the Minister, has the same power of "routine or regular control", to use the expression of the majority of this Court, in *Harrison v. University of*

un arbitre dans la résolution des différends fondés sur une convention collective dans le secteur public. La Cour a dit clairement que l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire était sujet à un examen fondé sur la *Charte*, même si la loi accordant le pouvoir discrétionnaire ne pouvait pas être attaquée pour le motif qu'un arbitre pourrait exercer ce pouvoir en violation de la *Charte*. De même, il n'y aurait pu y avoir atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'appelant en l'espèce tant que le Conseil et le syndicat ne se seraient pas entendus sur l'art. 12.

Le fait que la conduite contestée ne puisse pas être attribuée directement au législateur rend un peu plus complexe la question de l'application de la *Charte*. L'exercice d'un pouvoir général en vertu d'une disposition d'une convention collective ou d'un autre contrat du secteur privé ne serait pas invalide du simple fait que des parties privées ont agi contrairement à la *Charte*. Pour que la *Charte* s'applique, il doit y avoir intervention d'un acteur gouvernemental, comme il ressort clairement de l'examen de l'application de la *Charte* dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; voir également *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47 (C.A.C.-B.).

À mon avis, c'est à bon droit que les intimés et les intervenants ont reconnu que le Conseil des gouverneurs est une émanation du gouvernement. Depuis l'audition du présent pourvoi, notre Cour a confirmé ce point de vue dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Il s'agissait dans cette affaire, comme en l'espèce, d'une convention collective conclue entre le collège et l'association (un syndicat en vertu de la loi applicable). En vertu de la Loi, le ministre de l'Éducation exerçait sur le collège un certain degré de contrôle s'apparentant étroitement à celui qu'exerce le Ministre sur le Conseil dans le présent pourvoi. Il est vrai que, dans l'arrêt *Douglas*, la loi constitutive du collège le désignait expressément comme un mandataire de la Couronne, tandis que la Loi en l'espèce confère simplement au Ministre le pouvoir de régir les collèges et de bénéficier, à cette fin, de «l'aide» du Conseil. Mais la réalité est la même. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, y possède un pouvoir similaire de «contrôle routinier ou régulier»,

*British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, companion cases to *Douglas*.

Like the college in *Douglas*, therefore, the Council is simply part of the fabric of government. As stated by the majority in *Douglas* (at p. 584), "Its status is wholly different from the universities in . . . *McKinney v. University of Guelph* [also issued concurrently with *Douglas*] . . . and *Harrison v. University of British Columbia* . . . which, though extensively regulated and funded by government, are essentially autonomous bodies." The majority in the above cases relied solely on the element of control in determining what fell within the apparatus of government, although it made clear that government may, in some circumstances, be subject to *Charter* scrutiny in respect of activities in the private sector where the government could be said to have some responsibility for that activity. Therefore, the courts below were correct in holding that the Council was a Crown agent. The Minister exercised full control over all of the Council's activities, including collective bargaining with college employees who were Crown employees.

Having determined that the Council is a government actor, the next question is whether the Council's agreement to the inclusion of art. 12 and the obligation it imposes on persons such as Lavigne is, by itself, government conduct. This issue, too, was decided in *Douglas*. Speaking on this point for the majority (Dickson C.J., La Forest, Gonthier and Cory JJ.; Wilson J. agreeing but on separate grounds), I thus put the matter (at p. 585):

For reasons discussed in *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, I am of the view that the collective agreement is law. It was entered into by a government agency pursuant to powers granted to that agency by statute in furtherance of government policy. The fact

pour reprendre l'expression utilisée par notre Cour à la majorité dans les pourvois connexes à l'arrêt *Douglas*, *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

Donc, tout comme le collège dans l'arrêt *Douglas*, le Conseil n'est qu'une partie de la structure gouvernementale. Ainsi que l'a dit la Cour à la majorité dans cet arrêt (à la p. 584), «[s]on statut est tout à fait différent de celui des universités dans [. . .] *McKinney c. Université de Guelph* [également rendu en même temps que l'arrêt *Douglas*] [. . .] et *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique* [. . .] qui, bien qu'elles soient considérablement réglementées et subventionnées par le gouvernement, sont essentiellement des organismes autonomes.» La majorité dans les arrêts précités s'est fondée uniquement sur l'élément de contrôle pour déterminer ce qui relevait de l'appareil gouvernemental, bien qu'elle ait affirmé clairement que le gouvernement peut, dans certaines circonstances, être soumis à un examen fondé sur la *Charte* relativement à des activités du secteur privé à l'égard desquelles une certaine responsabilité pourrait lui être attribuée. Par conséquent, les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison de conclure que le Conseil était un mandataire de la Couronne. Le Ministre exerçait le plein contrôle sur l'ensemble des activités du Conseil, y compris la négociation collective avec les employés du collège qui étaient des employés de l'État.

Après avoir décidé que le Conseil est un acteur gouvernemental, il faut ensuite se demander si l'accord qu'a donné le Conseil à l'inclusion de l'art. 12 et à l'obligation qu'il impose à des personnes comme Lavigne est, en soi, une conduite gouvernementale. Cette question a également été tranchée dans l'arrêt *Douglas*. Parlant, sur ce point, au nom de la majorité (le juge en chef Dickson et les juges La Forest, Gonthier et Cory, le juge Wilson souscrivant mais pour des motifs distincts), je me suis exprimé ainsi (aux pp. 585 et 586):

Pour les raisons examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, je suis d'avis que la convention collective est une loi. Elle a été conclue par un mandataire du gouvernement en application des pouvoirs qui lui étaient conférés par une loi dans la pour-

that the collective agreement was agreed to by the appellant association does not alter the fact that the agreement was entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating *Charter* rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated. The transparency of the device can be seen if one contemplates a government contract discriminating on the ground of race rather than age.

In that case, the provision in question was in direct violation of the *Charter*, but I am no more comfortable with a provision that grants a broad discretion to a union under a collective agreement governing labour relations in the public sector. The government certainly is responsible for the management of its own operations. For reasons already given, I see no real difference between this and the situation that arose in *Slaight Communications*.

The Union argued, however, that the article that is alleged to violate the appellant's rights in this case cannot be construed as government activity because it was included in the collective agreement at the insistence of the Union, not the Council of Regents. Even assuming that art. 12 was inserted into the collective agreement solely at the Union's request, it does not follow that the obligation it imposes on Lavigne to contribute to the Union cannot be attributed to government. While it may be correct, as a general principle, to say that government acquiescence in the face of the conduct of a private party does not transform that conduct into government action, it is crucial in this case to keep in mind the content of art. 12.

Article 12 represents an undertaking on behalf of the Council of Regents, as agent for the community colleges of Ontario, to deduct union dues from every employee within the bargaining unit represented by the Union. It is the performance of this undertaking by the government entities which the Council represents in collective bargaining, the community colleges, that forces persons in the position of the appellant to contribute to the Union's coffers. It would

suite d'une politique gouvernementale. Même si l'association intimée a donné son accord à la convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l'a conclue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la *Charte* au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes. Le moyen est transparent si l'on pense à un contrat gouvernemental qui établirait une discrimination fondée sur la race plutôt que sur l'âge.

La disposition en cause dans ce pourvoi portait directement atteinte à la *Charte*, mais je ne me sens pas plus à l'aise face à une disposition qui confère un large pouvoir discrétionnaire à un syndicat aux termes d'une convention collective régissant les relations du travail dans le secteur public. Le gouvernement est sûrement responsable de la gestion de ses propres opérations. Pour les motifs déjà exposés, je ne vois pas de différence réelle entre cette situation et celle qui se présentait dans l'arrêt *Slaight Communications*.

Le syndicat a fait valoir, toutefois, que l'article qui violerait les droits de l'appelant en l'espèce ne peut être interprété comme étant une activité gouvernementale parce que c'est sur les instances du syndicat, et non du Conseil des gouverneurs, qu'il a été inclus dans la convention collective. Or, même en supposant que l'art. 12 n'a été inséré dans la convention collective qu'à la demande du syndicat, il ne s'ensuit pas que l'obligation qu'il impose à Lavigne de cotiser au syndicat ne peut être attribuée au gouvernement. Bien qu'il puisse être exact de dire qu'en règle générale, l'acquiescement du gouvernement à la conduite d'une partie privée ne transforme pas cette conduite en action gouvernementale, il est crucial de ne pas oublier en l'espèce le contenu de l'art. 12.

L'article 12 incarne l'engagement pris au nom du Conseil des gouverneurs, à titre de mandataire des collèges communautaires de l'Ontario, de percevoir les cotisations syndicales auprès de chacun des employés faisant partie de l'unité de négociation représentée par le syndicat. C'est l'exécution de cet engagement par les entités gouvernementales que le Conseil représente dans la négociation collective, soit les collèges communautaires, qui force les personnes

seem to follow that art. 12 is as much the result of the Council's undertaking to deduct union dues at source as it is of the desire of the Union to have such deduction made on its behalf. It would also follow that, even if the inclusion of art. 12 in the collective agreement was not the result of government action, the performance of the undertaking which it contains by the administration of the community college for which Lavigne works must surely qualify as government action. As I observed in *McKinney*, that a particular measure can be attributed to the initiative of a private party, as opposed to the government, might be a factor in a s. 1 analysis, but it does not *ipso facto* preclude a finding of government action.

It was also argued that the *Charter* does not apply to government when it engages in activities that are, in the words of the CLC and the OFL, "private, commercial, contractual or non-public [in] nature". In my view, this argument must be rejected. In today's world it is unrealistic to think of the relationship between those who govern and those who are governed solely in terms of the traditional law maker and law subject model. We no longer expect government to be simply a law maker in the traditional sense; we expect government to stimulate and preserve the community's economic and social welfare. In such circumstances, government activities which are in form "commercial" or "private" transactions are in reality expressions of government policy, be it the support of a particular region or industry, or the enhancement of Canada's overall international competitiveness. In this context, one has to ask: why should our concern that government conform to the principles set out in the *Charter* not extend to these aspects of its contemporary mandate? To say that the *Charter* is only concerned with government as law maker is to interpret our Constitution in light of an understanding of government that was long outdated even before the *Charter* was enacted.

dans la situation de l'appelant à cotiser à la caisse du syndicat. Il semblerait s'ensuivre que l'art. 12 résulte autant de l'engagement du Conseil de déduire les cotisations syndicales à la source que de la volonté du syndicat de voir ces déductions faites pour son compte. Il s'ensuivrait également que, même si l'inclusion de l'art. 12 dans la convention collective ne résultait pas d'une action gouvernementale, l'exécution de l'engagement qu'il comporte par l'administration du collège communautaire employant Lavigne doit certainement être qualifiée d'action gouvernementale. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *McKinney*, il se peut que l'attribution d'une mesure donnée à l'initiative d'une partie privée, et non au gouvernement, soit l'un des facteurs à prendre en considération dans l'analyse fondée sur l'article premier, mais cela n'empêche pas *ipso facto* de conclure à l'existence d'une action gouvernementale.

On a également soutenu que la *Charte* ne s'applique pas au gouvernement lorsqu'il exerce des activités qui sont, selon les termes du CTC et de la FTO, [TRADUCTION] «privées, commerciales, contractuelles ou non publiques par nature». À mon avis, cet argument doit être rejeté. Dans le monde d'aujourd'hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujéti à la loi. Nous ne voulons plus d'un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu'il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations «commerciales» ou «privées» sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu'il s'agisse de l'appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l'amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la *Charte* ne s'étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la *Charte* ne vise que le gouvernement en tant que législateur revient à interpréter notre Constitution à la lumière d'une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l'adoption de la *Charte*.

The respondents put forward the argument that the government will be placed at a competitive disadvantage if it has to comply with the provisions of the *Charter* when acting as a buyer or a seller in the private marketplace. In no respect is this argument compelling. It would be surprising if pragmatic concerns as to competitiveness could automatically immunize government action in the marketplace from *Charter* scrutiny. It must be borne in mind that the *Charter* is not intended to serve a simply negative role by preventing the government from acting in certain ways. It has a positive role as well, which might be described as the creation of a society-wide respect for the principles of fairness and tolerance on which the *Charter* is based. I cannot believe that this less tangible but equally important aspect of the *Charter's* role in our society would be advanced if the *Charter's* applicability fell to be determined by reference to the government's commercial competitiveness. Through the process of applying the *Charter* to government decision-making, the government becomes a kind of model of how Canadians in general should treat each other. The extent to which government adherence to the *Charter* can serve as an example to society as a whole can only be enhanced if the government remains bound by the *Charter* even when it enters the marketplace.

These considerations seem to me to be especially strong when the "commercial" activity in question is the negotiation of a collective agreement. While the example the government may be able to set by conforming with the *Charter* when buying paper clips may be minimal, the example it can set by complying with *Charter* principles when negotiating the terms and conditions of employment could be very significant.

Finally, I should add that I seriously doubt that the provision and management of the labour force necessary for the provision of public education can really be considered commercial. Education has been a matter of concern to Canadian governments from early colonial days, and has become of prime concern since at least the 19th century. Surely, the arrangements for the provision of a labour force to achieve

Les intimés avancent l'argument que le gouvernement serait désavantagé sur le plan compétitif s'il devait se conformer aux dispositions de la *Charte* lorsqu'il agit à titre d'acheteur ou de vendeur sur le marché privé. Cet argument n'est aucunement convaincant. Il serait surprenant que des considérations pragmatiques de compétitivité puissent automatiquement soustraire à l'examen de la *Charte* l'action gouvernementale sur le marché. Il faut se rappeler que la *Charte* n'est pas destinée à jouer un rôle purement négatif en empêchant le gouvernement d'agir d'une certaine façon. Elle a également un rôle positif à jouer, que l'on pourrait définir comme la promotion à l'échelle de la société du respect des principes d'équité et de tolérance sur lesquels la *Charte* est fondée. Je ne puis croire qu'il y aurait progrès quant à cet aspect moins tangible mais tout aussi important du rôle de la *Charte* dans notre société, si son applicabilité devait être déterminée en fonction de la compétitivité commerciale du gouvernement. Par le processus d'application de la *Charte* à la prise de décision gouvernementale, le gouvernement devient une sorte de modèle de la façon dont les Canadiens en général devraient se comporter entre eux. L'adhésion du gouvernement à la *Charte* servira d'autant d'exemple à la société dans son ensemble, si le gouvernement demeure lié par la *Charte* même lorsqu'il entre sur le marché.

Ces considérations me semblent particulièrement pertinentes lorsque l'activité «commerciale» en cause est la négociation d'une convention collective. L'exemple que le gouvernement peut donner en se conformant aux principes de la *Charte* peut certes avoir une portée minimale lorsqu'il s'agit d'acheter des trombones, mais il peut être très significatif lorsqu'il s'agit de négocier des conditions d'emploi.

Enfin, j'ajouterais que je doute sérieusement que la fourniture et la gestion de la main-d'œuvre indispensable à l'éducation publique puissent vraiment être considérés comme commerciales. Les gouvernements canadiens se sont intéressés à l'éducation depuis les débuts de l'époque coloniale et ils en ont fait un domaine prioritaire depuis au moins le XIX<sup>e</sup> siècle. Les mesures visant à fournir la main-d'œuvre néces-

that objective must also be viewed as essentially public in nature.

On the basis of the foregoing, I conclude that the conduct of which the appellant complains constitutes government action with the result that the *Charter* applies to the case at bar.

#### Breach of the Charter

I turn now to the appellant's contention that the Council of Regents, by compelling him to contribute to the Union, violated his constitutionally protected freedoms of association and of expression. I shall deal with freedom of association first.

#### *Freedom of Association*

It is clear that the Rand formula cannot be attacked on the ground that it interferes with any right the appellant may have to associate with others in the pursuit of collective activities or common goals. If the formula can, of itself, be said to violate s. 2(d) of the *Charter*, it is because it interferes with what has been described as the negative aspect of freedom of association — the freedom not to associate with others. Therefore, the initial question is whether the scope of s. 2(d) includes freedom from compelled association.

The historical origins, purposes and meaning of the s. 2(d) *Charter* guarantee were reviewed thoroughly by this Court in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the *Alberta Reference*), in the context of a union's right to act collectively in launching a strike. The fundamental nature of the guarantee as articulated by the members of this Court echoed the classic statement of freedom of association made over a century ago by Alexis de Tocqueville in *Democracy in America* (1945), vol. I, at p. 196:

The most natural privilege of man, next to the right of acting for himself, is that of combining his exertions with those of his fellow creatures and of acting in common with them. The right of association therefore

saire à la réalisation de cet objectif doivent aussi être considérées comme étant de nature essentiellement publique.

<sup>a</sup> Vu ce qui précède, j'en viens à la conclusion que la conduite dont l'appelant se plaint constitue une action gouvernementale et que, par conséquent, la *Charte* s'applique à la présente affaire.

#### <sup>b</sup> Violation de la Charte

<sup>c</sup> J'aborderai maintenant la prétention de l'appelant selon laquelle le Conseil des gouverneurs, en l'obligeant à cotiser au syndicat, a violé la liberté d'association et d'expression que lui garantit la Constitution. J'examinerai d'abord la liberté d'association.

#### *La liberté d'association*

<sup>d</sup> Il est manifeste que la formule Rand ne peut être contestée pour le motif qu'elle entrave tout droit que l'appelant peut avoir de s'associer avec d'autres dans la poursuite d'activités collectives ou d'objectifs communs. Si l'on peut dire que la formule viole en soi l'al. 2d) de la *Charte*, c'est qu'elle entrave ce qu'on a décrit comme l'aspect négatif de la liberté d'association, savoir la liberté de ne pas s'associer. La question initiale est donc de savoir si l'al. 2d) protège cette liberté de ne pas s'associer avec autrui.

<sup>e</sup> Notre Cour a examiné de façon approfondie les origines historiques, les objectifs et le sens de la garantie inscrite à l'al. 2d) de la *Charte*, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le *Renvoi relatif à l'Alberta*), dans le contexte du droit d'un syndicat d'agir collectivement dans le déclenchement d'une grève. Dans son interprétation de la nature fondamentale de cette garantie, les membres de notre Cour ont fait écho à l'énoncé classique de la liberté d'association qu'a formulé voilà plus d'un siècle Alexis de Tocqueville dans *De la Démocratie en Amérique* (1951), t. I, à la p. 305:

<sup>f</sup> Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association [...] paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature

appears . . . almost as inalienable in its nature as the right of personal liberty. No legislator can attack it without impairing the foundations of society.

In a complex modern democracy, it is nothing less than imperative that the individual be afforded the freedom to join with others in the pursuit of common goals.

The essence of the freedom is the protection of the individual's interest in self-actualization and fulfillment that can be realized only through combination with others. McIntyre J., with whom the majority agreed as to the characterization of the s. 2(d) right, made this clear in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 395:

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. "Man, as Aristotle observed, is a 'social animal, formed by nature for living with others', associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes." (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.)

It is important to recognize that while it is true, as Wilson J. states in her reasons, at p. 251, that "freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals", such protection is afforded ultimately to further individual aspirations. Association is but "an extension of individual freedom": Thomas Emerson, "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1, at p. 4.

This is not to deny, however, that there is a community interest embodied in the freedom of association. This interest might be expressed as the interest of society at large in the contributions in political, economic, social and cultural matters which can be made only if people are free to work in concert. In addition, it is axiomatic that there is a community interest in sustaining democracy, an essential element of which is associational activity. The question, then,

que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même.

<sup>a</sup> Dans une démocratie moderne complexe, rien n'est plus impératif que la liberté de l'individu de s'unir à d'autres dans la poursuite d'objectifs communs.

<sup>b</sup> L'essence de la liberté est la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels, laquelle ne peut être réalisée qu'en association avec autrui. Le juge McIntyre, auquel la majorité s'est ralliée quant à la caractérisation du droit garanti par l'al. 2d), s'est exprimé clairement à ce sujet dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, à la p. 395:

<sup>c</sup> Bien que, à l'instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d'association n'ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple: pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui. [TRADUCTION] «L'homme, comme l'a fait observer Aristote, est un «animal social façonné par la nature pour vivre en groupe», qui s'associe à ses semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes.» (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), à la p. 82.)

<sup>d</sup> Il importe de reconnaître que bien qu'il soit vrai, comme le dit le juge Wilson dans ses motifs, à la p. 251, que «la liberté d'association vise à protéger la poursuite collective d'objectifs communs», cette protection sert en fin de compte à promouvoir des aspirations individuelles. L'association n'est qu' [TRADUCTION] «une extension de la liberté individuelle»: Thomas Emerson, «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1, à la p. 4.

<sup>e</sup> Cela ne revient pas, toutefois, à nier l'intérêt collectif que comporte la liberté d'association. Cet intérêt pourrait être celui de la société en général dans les contributions à des causes politiques, économiques, sociales et culturelles qui ne sont rendues possibles que si les individus sont libres de travailler de concert. De plus, il est évident qu'il existe un intérêt collectif dans le maintien de la démocratie, dont l'un des éléments essentiels est l'activité collective. La ques-



is whether the protection of this community interest and the antecedent individual interest requires that freedom from compelled association be recognized under s. 2(d) of the *Charter*.

In my view, the answer is clearly yes. Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it. Moreover, society cannot expect meaningful contribution from groups or organizations that are not truly representative of their memberships' convictions and free choice. Instead, it can expect that such groups and organizations will, overall, have a negative effect on the development of the larger community. One need only think of the history of social stagnation in Eastern Europe and of the role played in its development and preservation by officially established "free" trade unions, peace movements and cultural organizations to appreciate the destructive effect forced association can have upon the body politic. Recognition of the freedom of the individual to refrain from association is a necessary counterpart of meaningful association in keeping with democratic ideals.

Furthermore, this is in keeping with our conception of freedom as guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. had this to say, at pp. 336-37:

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 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,

tion est donc de savoir si la protection de cet intérêt collectif et de l'intérêt individuel préexistant exige que la liberté de ne pas être forcé de s'associer soit reconnue en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*.

a

À mon avis, la réponse est nettement affirmative. L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera. De plus, la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre choix de leurs membres. Au contraire, on peut s'attendre à ce que ces groupes et associations aient, dans l'ensemble, un effet négatif sur le développement de la société en général. On n'a qu'à penser à la stagnation sociale historique en Europe de l'Est et au rôle qu'ont joué dans la création et le maintien de cette stagnation les syndicats «libres», les mouvements pacifistes et les organisations culturelles constitués par le pouvoir officiel, pour comprendre l'effet dévastateur que l'association forcée peut avoir sur le corps politique. La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques.

f

Cette reconnaissance est de plus conforme à notre conception de la liberté garantie par la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson s'exprime ainsi, aux pp. 336 et 337:

g

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 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

health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

It is clear that a conception of freedom of association that did not include freedom from forced association would not truly be “freedom” within the meaning of the *Charter*.

This brings into focus the critical point that freedom from forced association and freedom to associate should not be viewed in opposition, one “negative” and the other “positive”. These are not distinct rights, but two sides of a bilateral freedom which has as its unifying purpose the advancement of individual aspirations. The bilateral nature of the associational right is explicitly recognized in Art. 20 of the *United Nations Universal Declaration of Human Rights*, 1948, which provides as follows:

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association.

2. No one may be compelled to belong to an association.

This construction of the associational right in two reflective strands serves to recognize the often overlooked potential for coercion in association. Governmental tyranny can manifest itself not only in constraints on association, but in forced association. There is no logical inconsistency in recognizing this reality. Nor do I accept the proposition that including the right to be free from compelled association within the reach of s. 2(d) will weaken or “trivialize” the cherished right to be free to form associations. It will do nothing but strengthen it. Moreover, the purposive approach to *Charter* interpretation demands such a result.

Finally, that some aspects of the freedom may be protected by ss. 7, 2(a) or 2(b) of the *Charter*, to cite the most obvious possibilities, should not dissuade us from giving full meaning to s. 2(d). All of the liberties guaranteed by the *Charter* are particular aspects of the broader freedom we enjoy in Canada. As the

signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [Je souligne.]

Il est évident que la liberté d'association qui ne comporterait pas la liberté de ne pas être forcé de s'associer ne serait pas véritablement une «liberté» au sens de la *Charte*.

Cela nous amène à un point crucial: la liberté de ne pas être forcé de s'associer et la liberté de s'associer ne devraient pas être perçues comme opposées, l'une étant «négative» et l'autre «positive». Ce ne sont pas des droits distincts, mais les deux revers d'une liberté bilatérale qui a pour objet unificateur de promouvoir les aspirations individuelles. La nature bilatérale du droit d'association est explicitement reconnue à l'art. 20 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 1948, que voici:

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.

2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

Cette conception dualiste du droit d'association sert à reconnaître le potentiel souvent négligé de coercition que comporte l'association. La tyrannie gouvernementale peut se manifester non seulement dans les contraintes imposées à l'association, mais également dans l'association forcée. Il n'y a rien d'illogique à reconnaître ce fait. Je n'accepte pas non plus l'argument voulant que l'inclusion, dans le champ d'application de l'al. 2d), du droit de ne pas être forcé de s'associer affaiblirait ou «banaliserait» le droit précieux d'être libre de former des associations. Cela ne ferait que renforcer ce droit. De plus, l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé, commande un tel résultat.

Enfin, le fait que certains aspects de cette liberté puissent être protégés par l'art. 7 et les al. 2a) ou 2b) de la *Charte*, pour ne citer que les possibilités les plus évidentes, ne devrait pas nous dissuader de donner son plein sens à l'al. 2d). Toutes les libertés garanties par la *Charte* ne sont que des facettes particulières de

Court noted in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326:

Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete (see, e.g., my comments in this regard in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588). Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

Accordingly, a person is not deprived of protection under a provision of the *Charter* merely because protection may also be derived under another. The rights overlap in defining Canadian society, and I see no reason for depriving a litigant of success because he has chosen one provision that legitimately appears to cover the matter of which he or she complains, rather than another. That would often be the effect if the individual rights and freedoms were construed as discrete rather than overlapping.

It does not necessarily follow, however, that s. 2(d) of the *Charter* protects us from any association we may wish to avoid. In a word, I do not think the freedom of association is necessarily a right to isolation. As a matter of metaphysical and sociological reality, “no man is an island”, and the *Charter* must be taken to recognize this. At the very fundamental level, it could certainly not have been intended that s. 2(d) protect us against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a democratic community, the existence of which the

la liberté plus large dont nous jouissons au Canada. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326:

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres (voir, par exemple, mes observations à ce propos dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588). Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu’est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d’orienter l’expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d’une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l’importance que revêt la manière dont l’élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu’elle garantit.

Par conséquent, on ne saurait être privé de la protection garantie par une disposition de la *Charte* pour la simple raison que cette protection peut également découler d’une autre disposition. Il y a chevauchement des droits dans la société canadienne, et je ne vois aucune raison de refuser gain de cause à un justiciable qui a choisi d’invoquer une disposition qui paraît légitimement viser l’objet de sa plainte plutôt qu’une autre. Or tel serait souvent le cas si l’on interprétait les droits et libertés individuels comme distincts plutôt que comme se chevauchant.

Il ne s’ensuit pas forcément, toutefois, que l’al. 2d) de la *Charte* nous protège contre toute association que nous pourrions souhaiter éviter. En un mot, je ne crois pas que la liberté d’association soit nécessairement un droit à l’isolement. En termes métaphysiques et sociologiques, «aucun homme n’est une île», et il faut considérer que la *Charte* reconnaît cette prémisse. Au niveau le plus fondamental, on n’a sûrement pas voulu que l’al. 2d) nous protège contre l’association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l’appartenance à une

*Charter* clearly assumes. Thus, it could not be said that s. 2(d) entitles us to object to the association with the government of Canada and its policies which the payment of taxes would seem to entail given the comprehensive nature of its authority and functions. In Justice Holmes' phrase, the state is "the one club to which we all belong" and its activities will inevitably associate us with policies and groups with which we may not wish to be associated: see Robert Horn in *Groups and the Constitution* (1971), at p. 3.

Realistically, too, as I will more fully explain later, the organization of our society compels us to be associated with others in many activities and interests that justify state regulation of these associations. Thus I doubt that s. 2(d) can entitle us to be free of all legal obligations that flow from membership in a family. And the same can be said of the workplace. In short, there are certain associations which are accepted because they are integral to the very structure of society. Given the complexity and expansive mandate of modern government, it seems clear that some degree of involuntary association beyond the very basic foundation of the nation state will be constitutionally acceptable, where such association is generated by the workings of society in pursuit of the common interest. However, as will be seen, state compulsion in these areas may require assessment against the nature of the underlying associational activity the state has chosen to regulate.

#### *Application to the Present Case*

The issue to be decided in the case at hand is whether the mandatory payment of union dues violates Mr. Lavigne's right to be free from compelled association within the meaning of s. 2(d) of the *Charter*. A preliminary issue is whether the payment of dues, which is the extent of Mr. Lavigne's association with the Union, can even be considered an associative act within the meaning of s. 2(d). This proposition was rejected by the Court of Appeal in

société démocratique, dont il est clair que la *Charte* présuppose l'existence. Ainsi, on ne pourrait dire que l'al. 2d) nous permet de nous opposer à l'association avec le gouvernement du Canada et ses politiques que le versement des impôts semblerait entraîner compte tenu de l'étendue de ses pouvoirs et de ses fonctions. Pour reprendre l'expression du juge Holmes, l'État est [TRADUCTION] «le seul club auquel nous appartenions tous» et ses activités vont inmanquablement nous associer avec des politiques et des groupes avec lesquels il se peut que nous ne voulions pas être associés: voir Robert Horn, dans *Groups and the Constitution* (1971), à la p. 3.

D'une façon réaliste également, comme je l'expliquerai plus en détail plus tard, l'organisation de notre société nous force à nous associer avec autrui dans l'exercice de plusieurs activités et la poursuite de nombreux intérêts qui justifient la réglementation de ces associations par l'État. Ainsi, je doute que l'al. 2d) puisse nous permettre de nous libérer de toutes les obligations légales découlant de l'appartenance à une famille. Et on peut dire la même chose du lieu de travail. Bref, certaines associations sont acceptées parce qu'elles font partie intégrante de la structure même de la société. Étant donné la complexité et l'importance croissante du mandat du gouvernement moderne, il semble clair qu'un certain degré d'association involontaire allant au-delà du fondement même de l'État sera constitutionnellement acceptable, si pareille association est générée par les rouages de la société dans la poursuite de l'intérêt commun. Toutefois, comme on le verra, la contrainte exercée par l'État dans ces domaines peut exiger une évaluation en fonction de la nature de l'activité collective sous-jacente que l'État a choisi de réglementer.

#### *Application au présent pourvoi*

La question que nous devons trancher en l'espèce est de savoir si le versement obligatoire de cotisations syndicales viole le droit de M. Lavigne de ne pas être forcé d'adhérer à une association au sens de l'al. 2d) de la *Charte*. Une question préliminaire se pose, savoir si le versement de cotisations, auquel se limite l'association de M. Lavigne avec le syndicat, peut même être considéré comme un acte d'association au sens de l'al. 2d). La Cour d'appel ((1989), 67 O.R.

the following terms ((1989), 67 O.R. (2d) 536, at p. 565):

[Lavigne's] payment to the union under the agency shop agreement cannot be construed as placing his stamp of approval on anything done by the union or on any cause to which it might contribute.

What the Court of Appeal in effect has said is that association necessarily involves expression. In its view, one associates with a group only when one acts in such a way as to announce to the world that one belongs to the group in question and approves of what it does. Since being forced to make a contribution to an organization by virtue of one's membership in a particular bargaining unit could not reasonably be interpreted as such an act, it does not come within the protection from association provided by the *Charter*.

As intimated, this seems to confuse the right of association with the right of expression and to derive ultimately from the thinking surrounding the issue in the United States. In that country, freedom of association is treated as an aspect of freedom of expression. This is done out of necessity, because the United States constitution contains no express guarantee of freedom of association. Our Constitution, in contrast, guarantees freedom of association in its own right. We are not constrained by the text to define association in terms of expressive activity. Nor do I think that we are so constrained by the purpose and values underlying the freedom.

At the core of the guarantee of freedom of association is the individual's freedom to choose the path to self-actualization. This is an aspect of the autonomy of the individual. It is of little solace to a person who is compelled to associate with others against his or her own will that no one will attribute the views of the group to that person. It is quite reasonable for people to object to supporting causes of which they disapprove, whether or not others would believe that they subscribe to those causes. Consequently, the test should not be whether the payments "may reasonably be seen" as association, or must "indicate to any reasonable person" that the individual has associated himself with an ideological cause. An external mani-

(2d) 536, à la p. 565) a rejeté cet argument en ces termes:

[TRADUCTION] Les versements [de Lavigne] au syndicat en application de l'entente sur le précompte syndical généralisé ne sauraient constituer une approbation donnée à toutes les activités du syndicat ou à toute cause à laquelle il pourrait contribuer.

Ce que dit en fait la Cour d'appel, c'est qu'association comporte forcément expression. À son avis, il y a association à un groupe uniquement lorsque la personne qui y adhère le proclame à la face du monde et qu'elle en approuve les activités. Or, un tel comportement ne pouvant raisonnablement s'inférer de l'obligation, fondée sur l'appartenance à une unité de négociation donnée, de cotiser à une association, cette obligation n'est pas visée par la protection contre l'association prévue par la *Charte*.

Comme on le laisse entendre, cela semble confondre le droit de s'associer avec le droit de s'exprimer, et découler, en fin de compte, de la pensée qui entoure la question aux États-Unis. Dans ce pays, la liberté d'association est considérée comme un aspect de la liberté d'expression. Il en est ainsi par la force des choses car la Constitution américaine ne contient aucune garantie expresse de liberté d'association. Par contre, notre Constitution garantit la liberté d'association comme telle. Nous ne sommes pas contraints par le texte à définir l'association en termes d'activité expressive. Je ne crois pas non plus que l'objet et les valeurs qui sous-tendent la liberté nous y contraignent.

Au cœur de la garantie de liberté d'association, il y a la liberté individuelle de choisir la voie de l'accomplissement personnel. Il s'agit d'un aspect de l'autonomie individuelle. C'est là une piètre consolation pour une personne, qui est forcée de s'associer à autrui contre son gré, de savoir que personne ne lui attribuera les opinions de ce groupe. Il est tout à fait raisonnable pour des gens de refuser d'appuyer des causes qu'ils désapprouvent, peu importe que les autres croient ou non qu'ils souscrivent à ces causes. En conséquence, le critère ne devrait pas être de savoir si les versements «peuvent être raisonnablement perçus» comme un acte d'association ou s'ils doivent «indiquer à toute personne raisonnable» que

festation of some link between the individual and the association is not a prerequisite to the invocation of the right; it is enough that the individual's freedom is impaired.

Can forced payment to the Union be said to impair this freedom? In the *Alberta Reference*, *supra*, four aspects of association were identified: the right to establish, belong to and maintain organizations, and to participate in their activities. Employing this analytical framework, the relevant question is whether the payment of dues falls into any of these categories of association. I think it is fair to construe payment of dues which are used to further the objects of the Union as "maintaining" or "participating in" this particular association. In fact, OPSEU forcefully argued that the mandatory contribution of union dues under an agency shop provision is an essential component of the Union's right to "maintain" the association under s. 2(d) of the *Charter*.

I categorically reject the argument of the Union and supporting interveners that all four aspects of freedom of association identified in the *Alberta Reference*, *supra*, have to be compelled before the freedom from forced association can be said to have been violated. It would be ludicrous to interpret a statement that freedom to associate requires all these conditions as establishing the rule that the freedom to associate will only be violated if all these conditions are denied. By definition, if the freedom consists of the right to organize, belong to and maintain, as well as the right to participate in an association, then the denial of any one of these rights denies the freedom. The obverse of this is that one does not have to be forced to establish, belong to, maintain and participate in an association before the freedom becomes operative. Being forced to do any one of these things is sufficient.

The significance of forced payment of dues is perhaps best appreciated in light of the historical context in which the freedom developed. No one would have suggested that dissenters who for years objected to the payment of tithes in support of the established

l'individu s'est associé à une cause idéologique. La manifestation extérieure d'un lien entre l'individu et l'association n'est pas une condition préalable pour invoquer le droit; il suffit qu'il y ait atteinte à la liberté de l'individu.

Peut-on dire que le versement forcé effectué au syndicat porte atteinte à cette liberté? Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, on a identifié quatre aspects de l'association: le droit de constituer des organisations, d'y appartenir, de les maintenir et de participer à leurs activités. Si l'on applique ce cadre analytique, la question qui se pose est de savoir si le versement de cotisations relève de l'une de ces catégories d'association. J'estime qu'il est juste de considérer que le versement de cotisations servant à promouvoir les objets du syndicat revient à «maintenir» cette association particulière ou à «y participer». De fait, le SEFPO a soutenu avec force que le versement obligatoire de cotisations syndicales en vertu d'une clause de précompte syndical généralisé est une composante essentielle du droit du syndicat, en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*, de «maintenir» l'association.

Je rejette catégoriquement l'argument du syndicat et des intervenants qui l'appuient selon lequel il doit y avoir contrainte quant à chacun des quatre aspects de la liberté d'association énumérés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, pour qu'on puisse dire qu'il y a eu violation de la liberté de ne pas être forcé à s'associer. Il serait ridicule d'interpréter l'exigence que toutes ces conditions soient remplies pour qu'il y ait liberté d'association comme une règle voulant qu'il n'y aura violation de cette liberté que s'il y a manquement à toutes les conditions. Par définition, si la liberté est le droit de constituer une association, d'y appartenir, de la maintenir et d'y participer, la négation de n'importe lequel de ces droits emporte négation de cette liberté. À l'inverse, il n'est pas nécessaire qu'il y ait obligation de constituer une association, d'y appartenir, de la maintenir et d'y participer pour que la liberté entre en jeu. L'obligation de faire l'une de ces choses suffit.

L'importance du versement obligatoire de cotisations s'apprécie peut-être le mieux à la lumière du contexte historique dans lequel a évolué cette liberté. Personne n'aurait laissé entendre que les dissidents qui, pendant des années, se sont opposés au paiement

Church approved of that Church when they grudgingly handed over their money to the local parson. And yet it was eventually recognized that being forced to financially support another's faith, especially one antagonistic to the existence of one's own, was a violation of one's conscience. While this argument was largely made in terms of religious freedom, I think the underlying reasoning has broader applicability.

Having concluded that financial contribution to an organization alone may constitute association within the meaning of the *Charter*, I now turn to the question whether the compelled contribution to the Union in this case can be said to violate the appellant's right of non-association as protected by s. 2(d).

As I indicated above, the right of an individual to refrain from associating with others is a qualified one. To hold otherwise would be to deny the realities of modern society and would open the door to frivolous claims. As Douglas J. stated in *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), at pp. 775-76 (concurring opinion):

Some forced associations are inevitable in an industrial society. One who of necessity rides busses and street cars does not have the freedom that John Muir and Walt Whitman extolled. The very existence of a factory brings into being human colonies. Public housing in some areas may of necessity take the form of apartment buildings which to some may be as repulsive as ant hills. Yet people in teeming communities often have no other choice.

Legislatures have some leeway in dealing with the problems created by these modern phenomena.

Douglas J. concludes that, when an individual's association with others is "compelled by the facts of life", *supra*, at p. 776, the government may intervene to shape the form that association will take, within certain prescribed limits.

In essence, whether, and under what circumstances, such government intervention is permissible is the broad issue presented by this appeal. More par-

de la dîme au profit de l'Église établie approuvaient cette Église lorsqu'ils versaient à contrecœur leur argent au pasteur local. Et pourtant, on a fini par reconnaître qu'être forcé à supporter financièrement la religion d'autrui, particulièrement lorsqu'elle est en opposition avec l'existence de sa propre religion, constituait une violation de la conscience des gens. Bien que cet argument ait été largement avancé en termes de liberté religieuse, je crois que le raisonnement qui le sous-tend peut s'appliquer de façon plus générale.

Ayant conclu que l'apport financier à une organisation peut en soi constituer un acte d'association au sens de la *Charte*, j'en viens maintenant à la question de savoir si on peut dire que la cotisation obligatoire au syndicat viole en l'espèce le droit de ne pas s'associer que l'al. 2d) garantit à l'appelant.

Comme je l'ai indiqué précédemment, le droit de ne pas s'associer avec autrui comporte des réserves. Soutenir le contraire serait nier les réalités de la société moderne et ouvrirait la porte à des demandes frivoles. Comme l'affirme le juge Douglas, dans l'arrêt *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), aux pp. 775 et 776 (opinion concordante):

[TRADUCTION] L'existence de certaines associations à adhésion obligatoire est inévitable dans une société industrielle. Celui qui, par nécessité, prend l'autobus et le tramway n'a pas la liberté que prônaient John Muir et Walt Whitman. La simple présence d'une usine donne naissance à des colonies humaines. En certains endroits, il n'est possible de se loger que dans des immeubles d'appartements aussi rebutants, pour certains, qu'une fourmière. Pourtant, il n'y a souvent pas d'autres choix dans les collectivités surpeuplées.

Le législateur a une certaine latitude pour régler les problèmes qu'engendrent ces phénomènes modernes.

Le juge Douglas conclut que lorsque l'association avec autrui [TRADUCTION] «découle des nécessités de la vie», précité, à la p. 776, le gouvernement peut, dans certaines limites, intervenir pour définir la forme que prendra cette association.

Essentiellement, la question générale que soulève le présent pourvoi est de savoir si, et dans quelles circonstances, une telle intervention gouvernementale

ticularly, the threshold issue in this case is whether Parliament or the legislatures may create democratically run bodies comprised of persons naturally associated with one another in certain activities or interests, and grant them authority to direct those activities without breaching the freedom of association — in the present case, unions.

The legislative mandate for unions under the legislative regime in effect throughout this country would, if freedom of association is not defined in terms of some purposive constraints, not only violate a person's right not to associate, but their right to associate as well, by prohibiting that person from establishing or joining a rival association representing that person's interest except as this might be permitted by the applicable legislation. NUPGE's factum aptly describes the underlying structure of Canadian labour legislation in the following passage, citing P. Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 124-25 and 143-45:

The common premises of Canadian labour relations legislation are certification of a union when a majority of employees choose to be represented by that union, exclusive bargaining authority, binding agreements and the union's duty of fair representation in respect of all members of the bargaining unit. Clearly, such schemes contemplate majoritarian decision-making and, thereby, envisage the existence of dissent even in respect of the threshold question of collective representation by a union as compared to individual employment relations. Regardless of disparate views between groups of workers within a bargaining unit, the essence of labour law in Canada recognizes the need to empower workers collectively as participants in their relationship with their employer. The Rand formula and the agency shop are common vehicles for maintaining union security and obtaining payment for services rendered.

The arguments of the parties really only tangentially touched on the issue of whether the general structure of labour relations in Canada can be consti-

est acceptable. Plus précisément, la question préliminaire, en l'espèce, est de déterminer si le Parlement ou les législatures peuvent créer des organismes démocratiques — en l'occurrence des syndicats — composés de personnes dont les activités ou les intérêts sont naturellement associées dans l'exercice de certaines activités ou la poursuite de certains intérêts, et leur conférer le pouvoir de régir ces activités, sans pour autant enfreindre la liberté d'association.

Si la liberté d'association n'était pas définie en termes de contraintes quant à son objet, le mandat que la loi confère aux syndicats suivant le régime en vigueur dans tout le pays violerait non seulement le droit d'une personne de ne pas s'associer, mais aussi son droit de s'associer en lui interdisant de constituer ou de rallier une association rivale représentant ses intérêts, sauf dans la mesure que pourrait permettre la loi applicable. Le mémoire du SNFPP contient une bonne description de la structure fondamentale de la législation canadienne en matière de relations du travail; on y cite l'article du professeur P. Weiler, intitulé *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), aux pp. 124 et 125 ainsi qu'aux pp. 143 à 145:

[TRADUCTION] Les prémisses sur lesquelles repose l'ensemble de la législation sur les relations du travail au Canada sont l'accréditation d'un syndicat lorsque la majorité des employés choisissent d'être représentés par ce syndicat, l'exclusivité du pouvoir de négociation, la force obligatoire des conventions et l'obligation du syndicat de représenter équitablement tous les membres de l'unité de négociation. De tels régimes envisagent manifestement la prise de décisions majoritaires et, ainsi, la possibilité de dissidence même en ce qui a trait à la question préliminaire de la représentation collective par opposition aux relations du travail individuelles. Faisant fi des opinions divergentes que peuvent partager des groupes de travailleurs au sein d'une unité de négociation, le droit canadien du travail reconnaît essentiellement la nécessité d'établir le pouvoir collectif des travailleurs à titre de participants aux relations qu'ils entretiennent avec leur employeur. La formule Rand ou le précompte syndical généralisé est un moyen courant de maintenir la sécurité syndicale et d'obtenir paiement pour les services rendus.

En réalité, les parties n'ont fait qu'effleurer, dans leurs arguments, la question de savoir s'il est possible de contester constitutionnellement l'économie géné-



tutionally attacked on the ground that it compels working through a single bargaining agency. They largely proceeded on the assumption that it was in that respect constitutionally unimpeachable. Counsel for the appellant, by conceding that dues might properly be collected for the purposes of financing collective bargaining, must obviously have intended to concede the larger right. I do not doubt that he was correct in doing so.

Collective bargaining is one means of addressing the concerns of labour relations in a modern industrial society. The importance of the role that the collective bargaining movement has historically played in improving the conditions of workers in this country cannot be denied. It is not unreasonable for the legislature to require those workers who receive the benefits from collective bargaining to contribute towards its cost.

I would also add that some of the concerns which might normally be raised by a compelled association are tempered when that association is, as in this case, established in accordance with democratic principles. Professor Norman Cantor, "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, is clear in his view that government should be able to confer on democratic institutions powers to receive payments for services and to contribute to causes serving their ends even though these may be objected to by dissenters. He states, at pp. 6-7:

It is too facile . . . to label as "forced ideological association" compelled payments to service institutions — institutions which then, acting in accord with fiduciary standards and in the interests of those serviced, expend part of the collected monies for political action. Government should be able to assign certain important functions, such as labor representation, to the private sector and to distribute related costs to all those who benefit from the performance of that function. The constitutional interests genuinely at stake do not preclude the collection of service fees from ideologically offended payors.

rale des relations du travail au Canada pour le motif qu'elle oblige à passer par un agent négociateur unique. Elles ont largement tenu pour acquis que cette économie était, à cet égard, inattaquable sur le plan constitutionnel. En reconnaissant que des cotisations pourraient à juste titre être perçues aux fins de financer la négociation collective, il est évident que l'avocat de l'appelant doit avoir voulu concéder ce droit général. Je n'ai aucun doute qu'il a eu raison de le faire.

La négociation collective est l'un des moyens de régler les préoccupations des relations du travail dans une société industrielle moderne. Il est impossible de nier l'importance du rôle qu'a historiquement joué le mouvement de la négociation collective dans l'amélioration des conditions des travailleurs dans ce pays. Il n'est donc pas déraisonnable que le législateur exige des travailleurs qui tirent avantage de la négociation collective qu'ils contribuent à en absorber le coût.

J'ajouterais également que certaines des préoccupations que pourrait normalement soulever l'association forcée sont atténuées lorsque cette association est, comme en l'espèce, constituée conformément aux principes démocratiques. Le professeur Norman Cantor, dans «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, exprime clairement l'avis que le gouvernement devrait être en mesure de conférer à des institutions démocratiques le pouvoir de recevoir paiement pour leurs services et de contribuer à des causes servant leurs fins, et ce, malgré l'opposition de dissidents. Il dit, aux pp. 6 et 7:

[TRADUCTION] Il est trop facile [. . .] de qualifier d'«association idéologique forcée» les paiements obligatoires fait à des institutions de services — des institutions qui agissent, alors, en conformité avec les normes fiduciaires et les intérêts de ceux qu'elles servent, consacrent une partie des sommes perçues à l'action politique. Le gouvernement doit pouvoir assigner certaines fonctions importantes, telle la représentation des travailleurs, au secteur privé et en répartir les coûts entre tous ceux qui profitent de l'exercice de cette fonction. Les intérêts constitutionnels véritablement en jeu n'empêchent pas la perception de frais de services auprès des contribuables qui se sentiraient offensés sur le plan idéologique.

Forced payments in return for services entail no imposition of ideological conformity. Nor do the amounts collected impair the ability of workers to conduct their own political expression. To the extent that it offends workers and other forced contributors to see their monies ultimately benefit certain political causes, that harm does not warrant constitutional prohibition of political uses of extracted funds. A worker who complains about a union's political expenditures in pursuit of employment-related worker benefits should have no more first amendment right to a refund of the relevant portion of fees paid than a taxpayer who objects to various political expenditures by the government.

Cantor is there speaking of freedom of expression as he must, of course, in the context of the United States Constitution. It must be remembered that the debate in that country has of necessity been framed in terms of a right of association flowing from the freedom of expression; there is no express guarantee of freedom of association. Nevertheless, it may also be maintained that Cantor argues for a definition of freedom of association in accordance with purposes more attuned to modern life.

Professor Brian Etherington, in his article, "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1, has this to say, at p. 43:

A compelled combining of efforts towards a common end, often required in modern society in the form of forced payments to regulatory or service associations to further the collective social welfare, should only be held to constitute an infringement on an individual's freedom of association where it can be found to affect detrimentally the constitutional interests of maintaining free and democratic political processes or individual liberty interests in terms of development of self-potential.

This sort of approach, I may say, appears consistent with the view expressed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, that the guaranteed freedoms must be understood purposively in light of the interests they were meant to protect. While they should be interpreted generously and not

L'obligation de payer pour des services n'entraîne pas l'imposition de la conformité idéologique. Les sommes perçues n'empêchent pas non plus les travailleurs d'exprimer leurs propres opinions politiques. Dans la mesure où les travailleurs et autres cotisants forcés s'offusquent de voir leur argent profiter en fin de compte à certaines causes politiques, ce préjudice ne justifie pas qu'on interdise constitutionnellement l'usage des fonds soutirés à des fins politiques. Le travailleur qui se plaint des dépenses de caractère politique qu'engage un syndicat dans la poursuite de bénéfices liés à l'emploi ne devrait pas avoir davantage le droit de se faire rembourser, en vertu du premier amendement, la partie pertinente des frais payés que le contribuable qui s'oppose à diverses dépenses politiques du gouvernement.

Dans ce passage, Cantor parle de la liberté d'expression comme il doit le faire, bien sûr, dans le contexte de la Constitution des États-Unis. Il faut se rappeler que, dans ce pays, on a dû faire dériver le droit d'association de la liberté d'expression, la liberté d'association ne faisant pas l'objet d'une garantie expresse. Néanmoins, on pourrait aussi soutenir que Cantor plaide en faveur d'une définition de la liberté d'association plus conforme aux exigences de la vie moderne.

Dans son article, intitulé «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *Rev. Ottawa* 1, le professeur Brian Etherington dit ceci, à la p. 43:

[TRADUCTION] On ne devrait juger que la conjugaison forcée d'efforts dans la poursuite d'un objectif commun, souvent exigée dans la société moderne sous la forme de cotisations obligatoires à des associations de réglementation ou de services, dans le but de favoriser le bien-être collectif et social, ne constitue une atteinte à la liberté d'association individuelle que s'il peut être démontré qu'elle se fait au détriment des intérêts constitutionnels du maintien d'un processus politique libre et démocratique ou des droits à la liberté individuelle sur le plan de l'épanouissement personnel.

Ce type d'analyse m'apparaît en accord avec l'avis qu'a exprimé le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, suivant lequel les libertés garanties doivent recevoir une interprétation fondée sur l'objet visé, en fonction des intérêts qu'elles visent à protéger. Tout en soulignant que

legalistically, he added, "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 . . . be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts".

Professor Etherington attempts to add further content to his purposive definition by identifying four primary liberty interests that can be threatened by compelled association (at pp. 43-44):

In terms of the political process and individual liberty interests at stake, there are four primary dangers to those interests which various forms of forced contributions to service associations may represent and which a doctrine of freedom of non-association should guard against. The first is governmental establishment of, or support for, particular political parties or causes. The second is impairment of the individual's freedom to join or associate with causes of his choice. The third is the imposition of ideological conformity. The fourth is personal identification of an objector with political or ideological causes which the service association supports. If one of these dangers is present in a governmentally supported scheme for forced payments in return for services, then the potential exists for interference with a free and deliberative democratic process or infringement of the individual liberty interest in freedom to develop one's self-potential, and the compelled association should be held to be *prima facie* violative of subsection 2(d).

There is much to be said for this approach to the freedom of association. However, it may also be argued that the values identified by Professor Etherington are merely some of the core values protected by s. 2(d), and that other values less central to the freedom may, in proper context, merit *Charter* protection. In either case, I am of the view that such an approach is only applicable once one has overcome the threshold issue I have identified earlier, namely, whether in a particular case it is appropriate for the legislature to require persons with similar interests in a particular area to become part of a single group to foster those interests. To put it another way, one must, to use Professor Etherington's words, first be satisfied that the "compelled combining of efforts

l'interprétation doit être libérale et non formaliste, il ajoute qu'«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 [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés».

Le professeur Etherington tente, aux pp. 43 et 44, d'étoffer sa définition fondée sur l'objet visé en identifiant quatre aspects fondamentaux de la liberté susceptibles d'être menacés par l'obligation de s'associer:

[TRADUCTION] Sur le plan du processus politique et des droits à la liberté individuelle en jeu, les différentes formes de cotisations obligatoires à des associations de services peuvent présenter quatre grands dangers contre lesquels une théorie de la liberté de ne pas s'associer doit nous prémunir. Le premier danger est la création par le gouvernement de causes ou de partis politiques particuliers, ou le soutien qu'il y apporte. Le second est l'atteinte à la liberté de l'individu de se joindre ou de s'associer à des causes de son choix. Le troisième est l'imposition de la conformité à une idéologie. Le quatrième est l'identification personnelle de l'opposant aux causes politiques ou idéologiques que l'association de services soutient. Si un régime de cotisations obligatoires versées en échange de services, avalisé par le gouvernement, comporte l'un de ces dangers, il existe alors un risque d'ingérence dans un processus démocratique, libre et délibératif ou d'atteinte au droit à la liberté individuelle qui réside dans la liberté de s'épanouir personnellement, et l'on devrait conclure que l'obligation de s'associer viole, à première vue, l'al. 2d).

Cette façon d'aborder la liberté d'association présente beaucoup d'intérêt. Toutefois, l'on peut aussi soutenir que les valeurs qu'a identifiées le professeur Etherington ne sont que quelques-unes des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2d) et que d'autres valeurs moins essentielles à cette liberté pourraient, dans un contexte approprié, mériter la protection de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que cette analyse n'est applicable que si la question préliminaire, que j'ai déjà identifiée, a été résolue, savoir s'il convient, dans un cas particulier, que le législateur oblige des personnes partageant des intérêts similaires dans un domaine donné à adhérer à un groupe unique afin de promouvoir ces intérêts. En d'autres termes, il faut, pour reprendre les propos du profes-

towards a common end” is required to “further the collective social welfare” (p. 43). Where such a combining of efforts is required, and where the government is acting with respect to individuals whose association is already “compelled by the facts of life”, such as in the workplace, the individual’s freedom of association will not be violated unless there is a danger to a specific liberty interest such as the four identified by Professor Etherington above. This approach only applies, however, so long as the association is acting in furtherance of the cause which justified its creation. Where the association acts outside this sphere, different considerations arise.

This brings us to the specific nature of the alleged violation in the present case. While the appellant’s proposition in its broadest compass comes close to claiming a right to isolation despite his natural association with his fellow workers, what he really objects to is the compelled payment of dues which are then used to support matters that are not, in his view, related to collective bargaining concerns. This, of course, poses a more difficult problem.

It must be recognized that there is a vast difference between saying that the *Charter* does not entitle a person to artificial isolation from his or her co-workers, and saying that that person never has a right to object to the extent or nature of his or her association with them. To bring the discussion down to earth somewhat, I would suggest that a worker like Lavigne would have no chance of succeeding if his objection to his association with the Union was the extent that it addresses itself to the matters, the terms and conditions of employment for members of his bargaining unit, with respect to which he is “naturally” associated with his fellow employees. Few would think he should not be required to pay for the services the Union renders him in this context. Significantly, he does not object to these matters. With respect to these, the Union is simply viewed as a reasonable vehicle by which the necessary interconnectedness of Lavigne and his fellow workers is expressed.

seur Etherington, être d’abord convaincu que [TRADUCTION] «la conjugaison forcée d’efforts dans la poursuite d’un objectif commun» est requise pour «favoriser le bien-être collectif et social» (p. 43).<sup>a</sup> Lorsqu’une telle conjugaison d’efforts est requise et que le gouvernement agit à l’égard d’individus dont l’association «découle» déjà «des nécessités de la vie», comme dans un lieu de travail, il n’y aura pas atteinte à la liberté individuelle d’association, sauf si<sup>b</sup> l’un des quatre droits spécifiques à la liberté, cités précédemment par le professeur Etherington, est compromis. Cette analyse ne s’applique, cependant, que dans la mesure où l’association agit dans la poursuite de la cause qui en a justifié la création. Lorsque<sup>c</sup> l’association agit à l’extérieur de cette sphère, des considérations différentes entrent en jeu.

Cela nous amène à la nature précise de la violation alléguée en l’espèce. Bien que la position de l’appellant s’apparente, selon son interprétation la plus large, à la revendication d’un droit à l’isolement malgré son association naturelle avec ses compagnons de travail, ce à quoi il s’oppose, en réalité, c’est au versement obligatoire de cotisations qui servent ensuite à soutenir des causes non liées, à son avis, à la négociation collective. Il va sans dire que cela pose un problème plus difficile.

Il faut reconnaître qu’il y a une immense différence entre dire que la *Charte* ne permet pas à une personne de s’isoler artificiellement de ses compagnons de travail et prétendre que cette personne ne peut jamais s’opposer à l’étendue ou à la nature de son association avec eux. D’une manière un peu plus concrète, j’estimerais qu’un travailleur comme Lavigne n’aurait aucune chance de succès si son refus de s’associer avec le syndicat visait les conditions d’emploi des membres de son unité de négociation, dans le cadre de laquelle il est «naturellement» associé à ses compagnons de travail. Peu nombreux seraient ceux qui estimerait qu’il ne devrait pas être tenu de payer pour les services que lui rend le syndicat dans ce contexte. Fait révélateur, son opposition ne porte pas sur ces questions. À cet égard, le syndicat est simplement considéré comme le moyen d’expression raisonnable de l’indispensable interconnexion entre Lavigne et ses compagnons de travail.

When, however, the Union purports to express itself in respect to matters reflecting aspects of Lavigne's identity and membership in the community that go beyond his bargaining unit and its immediate concerns, his claim to the protection of the *Charter* cannot as easily be dismissed. In regard to these broader matters, his claim is not to absolute isolation but to be free to make his own choices, unfettered by the opinion of those he works with, as to what associations, if any, he will be associated with outside the workplace.

I would at this point respond to the Union's argument to the effect that Lavigne's claim can be characterized as the claim of the minority to be free from the democratically expressed will of the majority of the community, the bargaining unit, which the Union represents. Consistent with what I have already stated, I would say that this characterization of Lavigne's claim is more clearly defensible as it relates to his association with the Union when it is engaged in representing Lavigne and his fellow workers in collective bargaining, grievance arbitration, and the like. But, as noted, it is not as clear as regards the extent to which Lavigne's claim relates to his association with the Union in its capacity as an organization which speaks on matters of local, national and world politics. The essential question is whether democracy in the workplace has been kept within its proper or constitutionally permissible sphere.

The experience of the United States is helpful in considering this difficult issue. The courts in that country have attempted to make a clear distinction between an individual's relationship with government and his or her relationship with other democratic institutions, such as professional associations and unions. Thus Powell J. in *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), had this to say, at p. 259, n. 13:

Compelled support of a private association is fundamentally different from compelled support of government. Clearly, a local school board does not need to demonstrate a compelling state interest every time it spends a taxpayer's money in ways the taxpayer finds

Cependant, lorsque le syndicat prétend s'exprimer sur des questions reflétant des aspects de l'identité de Lavigne et de son appartenance à la collectivité qui vont au-delà de son unité de négociation et de ses préoccupations immédiates, il n'est pas aussi aisé de rejeter sa demande de protection de la *Charte*. Sur ces questions de portée plus générales, il ne revendique pas l'isolement absolu, mais la liberté de faire ses propres choix, indépendamment de l'opinion de ses compagnons de travail, quant aux associations, s'il y a lieu, qu'il appuiera à l'extérieur de son lieu de travail.

Je répondrais à ce stade-ci à l'argument du syndicat suivant lequel la demande de Lavigne peut être qualifiée de demande de la minorité de ne pas être assujettie à la volonté démocratiquement exprimée de la majorité de la collectivité, savoir l'unité de négociation, que représente le syndicat. Comme je l'ai dit précédemment, cette caractérisation de la demande de Lavigne est nettement plus défendable dans la mesure où elle vise son association avec le syndicat lorsqu'il agit à titre de représentant de Lavigne et de ses compagnons de travail lors de la négociation collective, de l'arbitrage de griefs et ainsi de suite. Mais, tel que noté, la situation n'est pas aussi claire dans la mesure où la prétention de Lavigne vise le syndicat en sa qualité d'organisation qui se prononce sur des questions de politique locale, nationale et internationale. La question essentielle est alors de savoir si la démocratie en milieu de travail a été maintenue dans les limites qui lui sont appropriées ou qui sont constitutionnellement acceptables.

Pour résoudre cette épineuse question, il est utile d'examiner l'expérience des États-Unis. Les tribunaux de ce pays se sont efforcés d'établir une distinction claire entre les relations de l'individu avec le gouvernement et celles qu'il entretient avec d'autres institutions démocratiques, telles les associations professionnelles et les syndicats. Le juge Powell s'est exprimé ainsi, dans l'arrêt *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), à la p. 259, n. 13:

[TRADUCTION] Il y a une différence fondamentale entre l'obligation d'appuyer une association privée et celle d'appuyer le gouvernement. De toute évidence, une commission scolaire locale n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt sérieux de l'État chaque fois

abhorrent. But the reason for permitting the government to compel the payment of taxes and to spend money on controversial projects is that the government is representative of the people. The same cannot be said of a union, which is representative only of one segment of the population, with certain common interests. The withholding of financial support is fully protected as speech in this context.

With respect to democratic institutions other than the government, and to unions in particular, the United States Supreme Court has attempted to draw the line between those actions designed “to promote the cause which justified bringing the group together” (p. 223) (quoting *Machinists v. Street, supra*, at p. 778), and those actions which fall outside that sphere. Thus in *Abood*, the court concluded that a union could not constitutionally spend the funds of dissenting employees on “ideological causes not germane to its duties as collective-bargaining representative” (p. 235). This standard was reiterated by the court seven years later in *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984), at p. 456; see also *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991).

Although it is useful to look to and perhaps draw from the American experience, one must always be alert to the social and political differences between the two countries which are relevant to constitutional jurisprudence. As noted previously, the express mention of freedom of association in the *Charter* argues for a broader interpretation than has been accorded the right in the United States, where its existence has had to be gleaned from the freedom of expression, and only forced contributions to ideological causes are open to constitutional challenge. The presence of s. 1 in our *Charter* also encourages a broader reading of the guaranteed rights and freedoms because they can by that provision be shaped by the reasonable limits to any right or freedom that must exist in a free and democratic society.

qu'elle dépense l'argent d'un contribuable d'une façon que ce dernier réproouve. Mais si le gouvernement peut exiger le paiement de taxes et consacrer l'argent ainsi perçu à des projets controversés, c'est qu'il représente le peuple. On ne peut pas en dire autant d'un syndicat, lequel ne représente qu'une partie de la population ayant des intérêts communs. Dans ce contexte, le refus d'apporter son soutien financier est entièrement protégé comme relevant de la liberté de parole.

En ce qui a trait aux institutions démocratiques autres que le gouvernement, en particulier les syndicats, la Cour suprême des États-Unis a tenté de tracer une ligne de démarcation entre les actions destinées [TRADUCTION] «à promouvoir la cause qui a justifié la constitution du groupe» (p. 223) (citant l'arrêt *Machinists v. Street*, précité, à la p. 778), et les actions excédant cette sphère. Ainsi, dans l'arrêt *Abood*, la Cour a conclu qu'un syndicat ne pouvait pas constitutionnellement affecter les fonds provenant d'employés dissidents à des [TRADUCTION] «causes idéologiques non reliées à ses fonctions de représentant à la table de négociation» (p. 235). La cour a repris cette norme sept ans plus tard dans l'arrêt *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984), à la p. 456; voir aussi *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991).

Bien qu'il soit utile d'examiner l'expérience américaine et peut-être même de s'en inspirer, il faut toujours être conscient des différences sociales et politiques qui séparent les deux pays et qui sont pertinentes à la théorie du droit constitutionnel. Comme je l'ai déjà souligné, la mention expresse de la liberté dans la *Charte* milite en faveur d'une interprétation plus large que celle qui a été accordée à ce droit aux États-Unis, où son existence a dû être dégagée de la liberté d'expression et où seules les contributions forcées à des causes idéologiques peuvent faire l'objet d'une attaque constitutionnelle. La présence de l'article premier dans notre *Charte* encourage également une interprétation plus libérale des droits et libertés garantis parce qu'ils peuvent ainsi, en vertu de cette disposition, être définis en fonction des restrictions raisonnables à tout droit ou à toute liberté qui doit exister dans une société libre et démocratique.

This is the approach that has been followed by this Court in dealing with the *Charter*. In the United States, the courts have accommodated other individual rights by restricting the guaranteed rights in particular contexts. My colleagues propose a much narrower approach to the right of association than that adopted in the United States or in this country by limiting it in the abstract — Wilson J. by restricting the right to its “positive” aspects, and McLachlin J. by adopting a restrictive approach to the purposes of the right. This narrowing of the right, in my view, is contrary to the generous approach *Big M Drug Mart* instructs us to take to constitutional rights, and gives inadequate attention to the fact that the *Charter* provides a flexible instrument to tailor the right in context by means of s. 1, which permits such reasonable limits as may be necessary in a free and democratic society.

It is somewhat ironic that in the United States, where there is only a right of freedom of expression, the courts have extended this concept to protect against forced payments to ideological causes, even where there is no personal identification of the payor. In Canada, where we have an explicit right of freedom of association, and a mandate of broad interpretation with the additional possibility of limitation under s. 1, my colleagues would hold that forced payment in support of ideological causes does not even amount to a *prima facie* violation of an individual’s rights.

In my view, it is more consistent with the generous approach to be applied to the interpretation of rights under the *Charter* to hold that the freedom of association of an individual member of a bargaining unit will be violated when he or she is compelled to contribute to causes, ideological or otherwise, that are beyond the immediate concerns of the bargaining unit. As I stated previously, this distinction derives logically from the fact that the reason the forced association is permissible is because the combining of efforts of a particular group of individuals with similar interests in a particular area is required to further the collective good. When that association extends into areas outside the realm of common interest that

Voilà le point de vue qu’a suivi notre Cour en traitant de la *Charte*. Aux États-Unis, les tribunaux judiciaires ont fait place à d’autres droits individuels en restreignant les droits garantis dans des contextes particuliers. Mes collègues proposent une interprétation beaucoup plus étroite du droit d’association que celle adoptée aux États-Unis ou dans notre pays en la limitant dans l’abstrait: le juge Wilson restreint le droit à ses aspects «positifs», tandis que le juge McLachlin adopte une interprétation restrictive des objets du droit. J’estime que cette conception restreinte du droit est contraire à l’interprétation libérale que l’arrêt *Big M Drug Mart* nous dit d’adopter en ce qui concerne les droits constitutionnels et ne tient pas suffisamment compte du fait que la *Charte* fournit un moyen souple de façonner le droit en contexte au moyen de l’article premier, ce qui permet d’imposer les limites raisonnables qui peuvent être nécessaires dans une société libre et démocratique.

Il est quelque peu ironique qu’aux États-Unis, où il n’existe qu’un droit à la liberté d’expression, les tribunaux aient élargi ce concept de manière à assurer une protection contre les contributions forcées à des causes idéologiques, même dans les cas où il n’y a pas identification personnelle du contribuable. Au Canada, où il existe un droit explicite à la liberté d’association et un mandat d’interprétation large assortie la possibilité additionnelle d’apporter des restrictions en vertu de l’article premier, mes collègues concluraient que les contributions forcées à des causes idéologiques ne constituent même pas une violation à première vue des droits d’un individu.

À mon avis, il est plus conforme à la façon libérale d’aborder l’interprétation des droits garantis par la *Charte* de conclure qu’il y aura atteinte à la liberté d’association du membre d’une unité de négociation s’il est astreint à contribuer à des causes, idéologiques ou autres, qui vont au-delà des préoccupations immédiates de l’unité de négociation. Comme je l’ai dit précédemment, cette distinction découle logiquement du fait que c’est parce que la conjugaison des efforts d’un groupe particulier d’individus partageant des intérêts semblables dans un domaine donné est nécessaire au bien collectif que l’association forcée est acceptable. Lorsque cette association s’aventure dans des domaines extérieurs à celui de l’intérêt com-

justified its creation, it interferes with the individual's right to refrain from association.

I hasten to add, and it will become more evident later, that I am quite aware that it may be desirable — indeed, from a practical standpoint, necessary — for a union to engage in the broader political and social processes of the country. Nor am I insensitive to the difficulty of attempting to draw a line between activities that are related to the workplace and those that are not. But one must be wary here of confusing the interests of the union with the requirements of the *Charter*. And as *Le Dain J.*, speaking for the majority, observed in the *Alberta Reference, supra*, at p. 390, meaning can only be given to s. 2(d) of the *Charter* in the context of the wide range of associations and activities to which the right must be applied. The right must be interpreted “in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be”; see also concurring opinion of *McIntyre J.*, at pp. 393-94.

I need not pursue the matter further, however. I conclude that, whatever the precise dividing line may be, the appellant has sufficiently discharged the burden of establishing that his rights under the *Charter* have been infringed in this case. Expenditures relating to items such as the disarmament movement and opposition to the SkyDome violate the appellant's freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*, as these expenses are not sufficiently related to the concerns of the appellant's bargaining unit, or to the Union's functions as exclusive bargaining representative.

I now turn to the issue whether there is a justifiable limitation under s. 1 of the *Charter*.

### Section 1

In dealing with s. 1, I propose to focus on the alleged interference with the appellant's freedom of association in connection with the use of his money for assisting causes to which he objects. He concedes that the collection of dues to support collective bar-

mun ayant justifié sa création, elle entrave le droit de l'individu de ne pas s'associer.

Je m'empresse d'ajouter, et il deviendra plus évident par la suite, que je suis tout à fait conscient qu'il peut être souhaitable, voire même en pratique nécessaire, qu'un syndicat s'engage dans le contexte plus général de la vie politique et sociale du pays. Je ne suis pas non plus insensible à la difficulté de tenter de tracer une ligne de démarcation entre les activités reliées au milieu de travail et celles qui ne le sont pas. Mais il faut se garder ici de confondre intérêts du syndicat et exigences de la *Charte*. Et comme le juge *Le Dain* le fait observer, au nom de la Cour à la majorité, dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, à la p. 390, on ne peut donner un sens à l'al. 2d) de la *Charte* que dans le contexte de toute la gamme d'associations et d'activités auxquelles le droit doit s'appliquer. Ce droit doit s'interpréter «dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles»; voir aussi l'opinion concordante du juge *McIntyre*, aux pp. 393 et 394.

Cependant, il ne m'est pas nécessaire de m'étendre davantage sur ce sujet. Je conclus que, quelle que puisse être la ligne précise de démarcation, l'appellant s'est suffisamment déchargé de son fardeau d'établir qu'il y a eu, en l'espèce, atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Les dépenses reliées à des causes comme le mouvement en faveur du désarmement et l'opposition au SkyDome violent la liberté d'association que garantit à l'appellant l'al. 2d) de la *Charte*, vu que ces dépenses ne sont pas suffisamment reliées aux préoccupations de son unité de négociation ou aux fonctions du syndicat à titre d'agent négociateur exclusif.

Je vais maintenant aborder la question de savoir s'il existe une limite justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### i L'article premier

Dans cet examen de l'article premier, je vais concentrer mon attention sur l'atteinte alléguée à la liberté d'association de l'appellant en ce qui a trait à l'utilisation de son argent pour soutenir des causes auxquelles il s'oppose. L'appellant reconnaît que la



gaining in the workplace is a reasonable limitation to his freedom of association under s. 1. And it will be obvious from what I have said previously that I agree that, in so far as the Rand formula provides for a mechanism for the payment of dues to the Union for collective bargaining, it does not infringe on the freedom of association. I confine myself, then, to a discussion of the issues regarding the compelling of "dissenters" like Lavigne to contribute to a fund used for causes not directly related to the workplace.

To take the first step in the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), what can be said to be the state objective in compelling someone like the appellant to pay dues to the Union knowing that those dues could be used to fund activities not immediately relevant, or at all relevant to the representation of his interest at the bargaining table? There appear to be two closely interrelated objectives.

The first is to ensure that unions have both the resources and the mandate necessary to enable them to play a role in shaping the political, economic and social context within which particular collective agreements and labour relations disputes will be negotiated or resolved. The balance of power between management and labour at any given time or in any particular industry or workplace is a product of many factors. It is, in part, clearly a product of factors specific to the industry or workplace in question, such as productivity, and the existence or non-existence of a history of bitter strikes and sharp practice. But it is also in part a product of more general factors, such as the prevailing public sentiment as to the importance of unions or the state of the economy. It is also a product of the state of government legislation and policy, most obviously in the area of labour relations itself, but also in regard to social and economic policy generally. Government policy on day-care, for example, will affect what a union can achieve for its members at the bargaining table. If universal day-care is paid for by taxpayers as a whole, union negotiators in a particular workplace will not have to pay for it by making wage concessions as a way of convincing the employer to provide

perception de cotisations aux fins de la négociation collective en milieu de travail constituée, en vertu de l'article premier, une restriction raisonnable à sa liberté d'association. Et d'après ce que j'ai déjà dit, il est évident que je conviens que, dans la mesure où la formule Rand établit un mécanisme de versement des cotisations au syndicat aux fins de la négociation collective, elle n'enfreint pas la liberté d'association. Je me bornerai donc à examiner les questions relatives à l'obligation faite aux dissidents, tel Lavigne, de contribuer à un fonds utilisé pour soutenir des causes non directement reliées au lieu de travail.

Eu égard au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), quel objectif l'État peut-il viser en obligeant quelqu'un comme l'appelant à cotiser au syndicat, tout en sachant que ces cotisations pourront servir à financer des activités qui n'ont qu'un lien lointain, sinon aucun, avec la représentation de ses intérêts à la table de négociation? Il paraît y avoir deux objectifs étroitement reliés.

Le premier est de faire en sorte que les syndicats aient à la fois les ressources et le mandat nécessaires pour leur permettre d'influer sur le contexte politique, économique et social dans lequel seront négociées des conventions collectives ou se résoudront des conflits de travail. L'équilibre du pouvoir entre la direction et les employés à un moment donné ou dans une industrie ou un milieu de travail donné est le fruit de plusieurs facteurs. D'une part, cet équilibre est clairement le fruit de facteurs spécifiques à l'industrie ou au lieu de travail en question, telles la productivité et l'existence ou l'inexistence d'une histoire de grèves virulentes et de manœuvres déloyales. Mais c'est aussi, d'autre part, le produit de facteurs plus généraux, tel le sentiment public qui prévaut quant à l'importance des syndicats ou la situation économique. Cet équilibre est aussi fonction de l'état de la législation et des politiques gouvernementales, tout particulièrement dans le domaine des relations du travail lui-même, mais également, de façon générale, en matière de politique socio-économique. La politique gouvernementale en matière de garderies, par exemple, influera sur ce qu'un syndicat pourra obtenir pour ses membres à la table de négociation. Si l'ensemble des contribuables contribuent au finance-

it. Even if the government introduces certain taxes, the balance of power between workers and management may be affected. Concerned to cushion their membership against a tax's inflationary effect, unions may have to make concessions in areas they would otherwise have fought for, such as vacation time or worker safety. This, then, is one of the principal objectives that lies behind the government's willingness to force contribution to union coffers knowing that it will be spent on things not immediately related to collective bargaining on behalf of the workers making the contributions.

The second government objective I have alluded to explains why government puts no limits on the uses to which contributed funds can be put. This objective is that of contributing to democracy in the workplace. The integrity and status of unions as democracies would be jeopardized if the government's policy was, in effect, that unions can spend their funds as they choose according to majority vote provided the majority chooses to make expenditures the government thinks are in the interest of the union's membership. It is, therefore, for the union itself to decide, by majority vote, which causes or organizations it will support in the interests of favourably influencing the political, social and economic environment in which particular instances of collective bargaining and labour-management dispute resolution will take place. The old slogan that self-government entails the right to be wrong may be a good way of summing up the government's objective of fostering genuine and meaningful democracy in the workplace.

I turn now to the proportionality tests. Is there a rational connection between the state objectives identified, which is to encourage union democracy and to permit unions to be players in the broader political, economic and social debates in society, and the means chosen to advance those objectives, the requirement that all members of a unionized work-

ment d'un système universel de garderies, les négociateurs syndicaux d'un milieu de travail donné n'auront pas à faire de concessions salariales pour convaincre l'employeur d'offrir ce service à son personnel. Même si le gouvernement introduit certaines taxes, l'équilibre du pouvoir entre les travailleurs et la direction peut être modifié. Soucieux de protéger leurs membres contre l'effet inflationniste d'une taxe, les syndicats devront peut-être faire des concessions sur des sujets pour lesquels ils se seraient autrement battus, tels les congés et la sécurité au travail. Voilà donc l'un des principaux objectifs qui sous-tendent la volonté du gouvernement de rendre obligatoire la cotisation à la caisse d'un syndicat, même s'il sait que cette cotisation sera, au nom des travailleurs cotisants, utilisée à des fins non immédiatement reliées à la négociation collective.

Le second objectif gouvernemental que j'ai évoqué explique pourquoi le gouvernement n'impose pas de restrictions à l'usage qui peut être fait des fonds ainsi perçus. Cet objectif est celui de promouvoir la démocratie en milieu de travail. L'intégrité et le statut des syndicats en tant qu'entités démocratiques seraient compromis si la politique gouvernementale consistait, en fait, à permettre aux syndicats de dépenser leurs fonds comme bon leur semble en conformité avec les vœux de la majorité, pourvu que la majorité choisisse d'effectuer des dépenses qui, de l'avis du gouvernement, sont dans l'intérêt des syndiqués. C'est donc au syndicat lui-même qu'il appartient de décider, à la majorité des voix, quelles causes ou associations il appuiera dans le but d'influencer favorablement le cadre politique, social et économique dans lequel se dérouleront des négociations collectives et se résoudront des conflits de travail. Le vieux dicton selon lequel se gouverner, c'est avoir le droit de se tromper, pourrait bien résumer l'objectif du gouvernement de promouvoir la démocratie véritable et constructive en milieu de travail.

Passons maintenant aux critères de proportionnalité. Y a-t-il un lien rationnel entre les objectifs identifiés de l'État, soit d'encourager la démocratie syndicale et de permettre aux syndicats de jouer un rôle dans les grands débats politiques, sociaux et économiques, et les moyens choisis pour atteindre ces objectifs, soit l'exigence que tous les membres d'un

place contribute to union coffers without any guarantee as to how their contributions will be used? In my view, the answer must clearly be yes. Compelling contributions by all represented by the union, all who benefit from the union's attempt to push the general political, social and economic environment in a direction favourable to unions and their members, provides the union with the stable financial base needed to underwrite political, economic and social activism. The fact that no restriction is put on the manner in which contributed money is expended leaves the decision as to what is and what is not in the interests of the union and its members in the hands of the union membership. It, therefore, clearly has the effect of promoting democratic unionism.

I turn to the question of minimal impairment. It could be argued that the state objectives of fostering a politically active union movement guided by democratic decision-making could be achieved while more fully respecting the rights of those in the position of the appellant. They could simply be given a right of "opting out" of paying dues to the extent that such dues are spent promoting opinions or organizations with which they disagree. Alternatively, the government could impose some guidelines on what causes will be deemed to be within the legitimate area of interest of unions. Surely the state could preclude unions from spending money on things like opposition to the SkyDome or Arthur Scargill without undermining the unions' ability to influence affairs relevant to collective bargaining or rendering democracy in the workplace meaningless.

The problem with the opting-out formula is that it could seriously undermine unionism's financial base. It could perhaps even undermine its membership base, since its availability would be an incentive to refrain from becoming a member of a union. If one could opt out, there would be less incentive to become a member, since, presumably, one of the present advantages of membership is that one gets a vote on how one's money will be spent. This would obvi-

milieu de travail syndiqué cotisent à la caisse du syndicat sans aucune garantie quant à la manière dont leurs cotisations seront utilisées? À mon avis, la réponse doit être clairement affirmative. Obliger tous ceux qui sont représentés par le syndicat, tous ceux qui bénéficient des efforts qu'il déploie pour donner au contexte politique, social et économique général une impulsion favorable aux syndicats et aux syndiqués, à verser des cotisations assure à ce syndicat la stabilité financière requise pour soutenir son activisme politique, économique et social. L'absence de restrictions quant à la manière dont les sommes perçues sont dépensées fait en sorte que c'est aux syndiqués eux-mêmes qu'est laissée la responsabilité de décider de ce qui est ou non dans l'intérêt du syndicat et de ses membres. Cela a clairement pour effet de promouvoir le syndicalisme démocratique.

J'en viens à la question de l'atteinte minimale. On pourrait soutenir qu'il serait possible d'atteindre l'objectif de l'État de favoriser l'implantation d'un syndicalisme politiquement actif, guidé par des prises de décision démocratiques, tout en assurant un meilleur respect des droits des personnes dans la situation de l'appelant. On pourrait simplement leur reconnaître le droit de se «désengager» du versement des cotisations dans la mesure où celles-ci servent à promouvoir des opinions ou des organisations avec lesquelles elles sont en désaccord. Ou encore, le gouvernement pourrait imposer des lignes directrices quant aux causes réputées relever du champ d'intérêts légitime des syndicats. L'État pourrait sûrement interdire aux syndicats d'affecter des sommes à des fins comme l'opposition au SkyDome ou l'appui à Arthur Scargill, sans miner la capacité des syndicats d'influer sur des questions pertinentes à la négociation collective ou sans faire perdre tout son sens à la démocratie en milieu de travail.

La formule de désengagement pose cependant un problème en ce qu'elle risque de miner sérieusement la base financière du syndicalisme. Elle pourrait peut-être même contribuer à diminuer le nombre de ses effectifs, puisqu'on pourrait y voir une incitation à ne pas adhérer à un syndicat. La possibilité de se désengager rendrait l'adhésion moins intéressante puisqu'il est vraisemblable que l'un des avantages actuels de l'adhésion est l'acquisition d'un droit de voter sur la

ously be less attractive if one could unilaterally prevent one's money from being spent on matters of which one disapproves. I would add that the ability to opt out would undermine the spirit of solidarity which is so important to the emotional and symbolic underpinnings of unionism.

To return to the effect an opting-out alternative would have on the finances of unionism, as Lavigne's claim makes clear, those compelled to pay dues will not only object to the spending of union money on things that are "clearly" not relevant to collective bargaining. For example, he objects to the Union's support for the NDP. It was submitted, however, and there is evidence to support the view that the cause of unionism and of working people generally has been advanced by the NDP. The respondents referred to the role that party played in the establishment of medicare, pensions, and unemployment insurance, and of what unions would have had to give up in the way of demands in other areas in order to get medical coverage from employers, private unemployment insurance coverage, and so on. In the light of the foregoing, it is inconceivable that support of the NDP could be considered irrelevant to the union's obligation to represent those who pay dues to it. But the important point is that if individuals can "opt out" of supporting the NDP, the unions will simply have much fewer dollars to support it.

The NDP is rather an obvious example. Another, which might be said to be unrelated to collective bargaining, is support for one or another of the various women's groups active on today's political landscape. Many individual contributors would probably not want their dollars going to the support of such causes. But when one thinks of the continuing wage disparity between men and women in most lines of work, there can be little doubt that a union could credibly argue that in supporting feminist groups, it hopes to play a role in changing the social attitudes

façon de dépenser ses fonds. Cette perspective serait, de toute évidence, moins attrayante si quelqu'un pouvait unilatéralement empêcher que ses cotisations soient affectées à des causes qu'il désapprouve. J'ajouterais que la capacité de désengagement minerait l'esprit de solidarité si essentiel au fondement émotionnel et symbolique du syndicalisme.

Pour revenir à l'effet qu'aurait la possibilité de désengagement sur les finances du syndicalisme, ceux qui sont tenus de verser des cotisations ne s'opposeraient pas seulement, comme il ressort nettement de la demande de Lavigne, à ce que les fonds soient consacrés à des fins «clairement» non rattachées à la négociation collective. Lavigne s'oppose, par exemple, à l'appui que le syndicat accorde au NPD. Cependant, on a fait valoir, et il existe une preuve qui justifie ce point de vue, que le NPD a contribué à promouvoir la cause du syndicalisme et des travailleurs en général. Les intimés ont parlé du rôle qu'a joué ce parti dans l'établissement de l'assurance-maladie, du régime des pensions et de l'assurance-chômage et des exigences auxquelles les syndicats auraient dû renoncer dans d'autres domaines afin d'obtenir des employeurs un régime médical, un régime privé d'assurance-chômage, et ainsi de suite. Compte tenu de ce qui précède, il est inconcevable de pouvoir considérer l'appui au NPD comme non rattaché à l'obligation du syndicat de représenter ceux qui lui versent des cotisations. Mais l'important est que si les individus peuvent «se désengager» de l'appui donné au NPD, les syndicats auront tout simplement beaucoup moins d'argent à verser à la cause de ce parti.

Le NPD est un exemple assez évident. L'appui à l'un des divers groupes féministes présentement actifs sur la scène politique est un autre exemple de cause qu'on pourrait qualifier de non reliée à la négociation collective. Il est probable que de nombreux cotisants ne voudront pas que leur argent serve à appuyer de telles causes. Mais si l'on songe à la persistance des disparités salariales entre hommes et femmes dans la plupart des champs d'activités, il ne fait guère de doute qu'un syndicat pourrait, de manière plausible, soutenir qu'en appuyant des groupes féministes, il espère jouer un rôle dans la modification des comportements sociaux qui contri-

that contribute to continued wage discrimination against its female members.

My point here is not that the union should or should not support, or be allowed to support this or that cause. Rather, it is that the number of causes it will be able to support will be severely reduced, if individual contributors are free to "opt out" in order to avoid funding causes they find distasteful. The ability of unions to favourably affect the political, social and economic environment in which collective bargaining and dispute resolution take place will be correspondingly reduced. Just as importantly, these developments will have serious consequences for the state objective of encouraging healthy democratic decision-making and debate within unions. Under an opting-out regime, the criterion under which expenditure decisions will be made may well become the acceptability of proposed expenditure to those likely to exercise the right to opt out, rather than a genuine attempt to identify and pursue what is in the best interests of those represented by the union.

As to the alternative under which the government would draw up guidelines as to what would be deemed valid union expenditure and what would not, I would first of all reiterate the point made earlier that this could give rise to the implication that union members are incapable of controlling their own institutions. This kind of paternalism would not do much for the status of unions as self-governing and democratic institutions. Just as importantly, I would draw attention to what I have already said about the difficulty of determining whether a particular cause is or is not related to the collective bargaining process. The appellant complains of what he deems to be glaring examples, but as I have tried to illustrate, many activities, be they concerned with the environment, tax policy, day-care or feminism, can be construed as related to the larger environment in which unions must represent their members. Where one chooses to draw the line will depend on one's political and philosophical predilections, as well as one's understanding of how society works. A legislature may at some point, as apparently was the case in Ontario in

buent à perpétuer la discrimination salariale dont font l'objet ses membres du sexe féminin.

Je ne prétends pas que le syndicat devrait, ou ne devrait pas, appuyer ou être autorisé à appuyer telle ou telle cause. J'estime plutôt que le nombre de causes qu'il sera en mesure d'appuyer sera sensiblement réduit s'il est loisible aux cotisants, pris individuellement, de se «désengager» pour éviter d'avoir à financer des causes qu'ils réprouvent. La capacité des syndicats d'influencer favorablement le cadre politique, social et économique dans lequel se déroule la négociation collective et se résolvent les différends en sera d'autant réduite. Facteur tout aussi important, ces changements auront de graves répercussions sur l'objectif de l'État, qui est d'encourager des prises de décision et des débats sains et démocratiques à l'intérieur des syndicats. En vertu d'un régime de désengagement, le critère applicable pour prendre des décisions en matière de dépenses peut fort bien devenir l'acceptabilité de la dépense projetée aux yeux des personnes susceptibles d'exercer leur droit de désengagement, et non la recherche et la poursuite véritables des meilleurs intérêts des gens représentés par le syndicat.

Quant à l'autre solution qui permettrait au gouvernement de concevoir des lignes directrices permettant de déterminer ce qui serait réputé constituer une dépense syndicale valide et ce qui ne le serait pas, je répéterais d'abord l'argument avancé précédemment, savoir qu'on pourrait en déduire que les syndiqués sont incapables de gérer leurs propres institutions. Un tel paternalisme ne renforcerait pas beaucoup le statut des syndicats en tant qu'institutions démocratiques autonomes. Autre élément tout aussi important, j'attirerais l'attention sur ce que j'ai dit précédemment quant à la difficulté de déterminer si une cause donnée est reliée ou non au processus de négociation collective. L'appelant se plaint de ce qu'il considère comme des exemples flagrants mais, comme j'ai tenté de le montrer, nombre d'activités, qu'elles se rattachent à l'environnement, à la politique fiscale, aux garderies ou au féminisme, peuvent être considérées comme liées au cadre plus général à l'intérieur duquel les syndicats doivent représenter leurs membres. L'endroit où l'on tracera la ligne dépendra des prédilections politiques et philosophiques de cha-

the past and continues to be the case in other jurisdictions, decide that it will draw lines between proper and improper use of union dues. In the meantime, I think it would be highly unfortunate if the courts involved themselves in drawing such lines on a case-by-case basis. Such a result would ensue if the Court were to conclude that the limits on the appellant's s. 2(d) rights in this case are not "demonstrably justified in a free and democratic society".

In this regard, I think it is appropriate to address McLachlin J.'s assertion that recognizing a right to freedom of association in this context will subject the courts to an endless stream of frivolous claims challenging compelled financial contribution. As I have already indicated, s. 2(d) of necessity assumes the validity of association with the government and its policies. Accordingly, an individual is not entitled to use s. 2(d) as a means of challenging the expenditure of tax dollars. The same is true of other associations that inhere in the very structure of a democratic society. In the latter case, it is true, enforced expenditures must be confined within their proper ambit, but the resolution of that issue involves substantially the same considerations as the determination of whether they fall within its ambit for administrative law purposes, a question that calls for determination in any event. It is also worth noting that in the United States, although the courts have adopted a somewhat more rigorous approach, the simple fact is that the legal system has not been subjected to an uncontrollable flood of litigation.

### *Freedom of Expression*

In my view, the courts below arrived at the correct conclusion on this issue. This Court has, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968, stated that "[a]ctivity is expressive if it attempts to convey meaning". I do not think that the

cun, ainsi que de sa propre compréhension du fonctionnement de la société. Il se peut qu'à un certain moment le législateur décide, comme ce fut apparemment le cas dans le passé en Ontario et comme ce l'est encore ailleurs, qu'il tracera une ligne de démarcation entre l'utilisation légitime et l'utilisation illégitime des cotisations syndicales. Entre-temps, j'estime qu'il serait très malheureux que les tribunaux s'aventurent à tracer de telles lignes de démarcation en fonction de chaque cas. Tel serait pourtant le résultat si la Cour devait conclure que les limites imposées en l'espèce aux droits que l'al. 2d) garantit à l'appelant ne sont pas de celles «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

À cet égard, je suis d'avis qu'il convient d'examiner l'affirmation du juge McLachlin selon laquelle la reconnaissance d'un droit à la liberté d'association dans ce contexte fera en sorte que les tribunaux seront perpétuellement submergés par un flot de demandes frivoles qui contesteront les contributions financières obligatoires. Comme je l'ai déjà indiqué, l'al. 2d) présume nécessairement la validité de l'association avec le gouvernement et ses politiques. Par conséquent, un particulier n'est pas autorisé à utiliser l'al. 2d) pour contester la dépense des dollars tirés de l'impôt sur le revenu. C'est la même chose dans le cas d'autres associations qui font partie intrinsèquement de la structure même d'une société démocratique. Dans ce dernier cas, il est vrai que les dépenses obligatoires doivent être restreintes dans des limites convenables, mais la résolution de cette question comporte essentiellement les mêmes considérations que la réponse à la question de savoir si elles en relèvent aux fins du droit administratif, une question qu'il faut résoudre de toute façon. Il convient également de souligner qu'aux États-Unis, bien que les tribunaux aient adopté une position quelque peu plus ferme, le système juridique n'a tout simplement pas été submergé par un flot incontrôlable de litiges.

### *i La liberté d'expression*

À mon avis, les tribunaux d'instance inférieure ont tiré la bonne conclusion sur cette question. Notre Cour a affirmé, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 968, que «[l]'activité est expressive si elle tente de trans-

appellant's contribution to the Union can be said to be an attempt to convey meaning. I fail to see how Lavigne, as one of many who either willingly or unwillingly contribute to the Union, can be said to be responsible for the use to which the money contributed is put. Nor would reasonable people regard him as responsible for the use to which that money was put. In short, the manner in which the Union expends its funds would properly be regarded as the expression of the opinions and positions of the Union *qua* corporate entity. It would not be regarded as an expression of the thoughts and opinions of the many individuals who contribute to the Union's coffers.

I find support for this view in the concurring judgment of Harlan J. in *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961). In that case, a state bar association compelled the payment of dues from all members of the state's legal profession. Although the majority decided the case in favour of the association without having to address the constitutional question, Harlan J., with whom Frankfurter J. agreed, addressed the first amendment question directly. To do so, he had to distinguish the court's earlier decision in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), in which it had struck down a state ordinance requiring all school children to salute the flag. Harlan J. stated, at p. 858:

What seems to me obvious is the large difference in degree between, on the one hand, being compelled to raise one's hand and recite a belief as one's own, and, on the other, being compelled to contribute dues to a bar association fund which is to be used in part to promote the expression of views in the name of the organization (not in the name of the dues payor), which views when adopted may turn out to be contrary to the views of the dues payor. I think this is a situation where the difference in degree is so great as to amount to a difference in substance.

While I have no doubt that the contribution of money to a fund would in many circumstances constitute an activity capable of expressing meaning, I do not think it does in the circumstances of the present case. The appellant is one of many anonymous contributors to a fund which will be spent in the name of the Union as representative of the majority of employees.

mettre une signification». Je ne crois pas que la cotisation de l'appelant au syndicat puisse être considérée comme une tentative de transmettre une signification. Je ne vois pas comment on pourrait dire que Lavigne, qui est l'un de ceux qui cotisent volontairement ou non au syndicat, est responsable de l'usage qui est fait des fonds ainsi perçus. Aucune personne raisonnable ne le considérerait non plus comme responsable de l'usage qui est fait de ces fonds. Bref, la façon dont le syndicat dépense ses fonds serait à juste titre considérée comme l'expression des opinions et des positions du syndicat en tant qu'entité morale. On n'y verrait pas l'expression de la pensée et des opinions de ses nombreux cotisants.

Cette opinion trouve appui dans l'opinion concordante du juge Harlan dans l'arrêt *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961). Dans cette affaire, le Barreau d'un État exigeait des cotisations de tous les membres de la profession juridique de cet État. Bien que la Cour ait tranché à la majorité en faveur du Barreau sans se prononcer sur la question constitutionnelle, le juge Harlan, à l'opinion duquel a souscrit le juge Frankfurter, a examiné directement la question du premier amendement. Pour ce faire, il a dû établir une distinction avec l'arrêt antérieur *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), où la Cour avait invalidé l'ordonnance d'un État exigeant que tous les écoliers saluent le drapeau. Le juge Harlan a dit, à la p. 858:

[TRADUCTION] Il me semble évident qu'il existe une grande différence de degré entre, d'une part, être tenu de lever la main et de faire sienne une conviction et, d'autre part, être obligé de verser des cotisations à un fonds d'un Barreau servant en partie à promouvoir l'expression d'opinions au nom de l'organisation (et non au nom du cotisant), opinions qui, une fois adoptées, peuvent se révéler contraires à celles du cotisant. J'estime qu'il s'agit d'un cas où la différence de degré est telle qu'elle équivaut à une différence de fond.

Bien que je ne doute pas que les contributions financières constitueraient, en maintes circonstances, une activité susceptible de transmettre une signification, je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. L'appellant n'est que l'un des nombreux cotisants anonymes dont les cotisations seront dépensées au nom du syndicat représentant la majorité des employés. Plus par-

More particularly, the Rand formula is so designed that he is not even a member of the Union.

### Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs to the Ontario Public Service Employees Union, the Canadian Labour Congress, the Ontario Federation of Labour and the National Union of Provincial Government Employees.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Did the Ontario Court of Appeal correctly hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the circumstances of this case, on the basis that the substance of the application concerns the expenditure of funds by the respondent Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), and not the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to OPSEU?

No.

2. If the answer to question 1 is in the negative, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU, as provided for in article 12.01 of the collective agreement between the respondent Ontario Council of Regents and the respondent OPSEU pursuant to ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74?

Yes.

3. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed

ticulièrement, la formule Rand fait en sorte qu'il n'est même pas membre du syndicat.

### Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur du Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, du Congrès du travail du Canada, de la Fédération du travail de l'Ontario et du Syndicat national de la fonction publique provinciale.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas dans les circonstances de la présente affaire, pour le motif que la requête porte essentiellement sur les dépenses effectuées par l'intimé le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario (SEFPO) et non sur l'exigence que l'appellant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales du SEFPO?

Non.

2. Si la réponse à la première question est négative, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'exigence que l'appellant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO, tel que prévu à l'article 12.01 de la convention collective intervenue entre l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Ontario et l'intimé le SEFPO conformément aux art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74?

Oui.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appellant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appellant verse des sommes équivalentes aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par



by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, to the extent that these sums are expended on matters not substantially related to the labour relations process. <sup>a</sup>

5. If the answer to either of questions 3 or 4 is affirmative, is the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU justified in whole or in part by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>b</sup>

Yes.

The following are the reasons delivered by <sup>d</sup>

CORY J.—On the question as to what constitutes “government” I am bound by the reasons of the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. I therefore agree with the reasons expressed by Justice La Forest on this issue. <sup>e</sup>

In all other respects I am in agreement with the reasons of Justice Wilson.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Justices Wilson and La Forest. I agree with their conclusion that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to the Union’s activities, for the reasons expressed by La Forest J. I also agree with my colleagues that the payments at issue do not constitute expression under s. 2(b) of the *Charter*. I depart from my colleague La Forest J. on a single point. In my view, the payments here in question do not violate s. 2(d) because they do not bring Lavigne into association with ideas and values to which he does not voluntarily subscribe. As I find no violation of s. 2, I consider it unnecessary to make any comment concerning the respective s. 1 discussions of my colleagues. <sup>g</sup>

l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, dans la mesure où ces sommes sont dépensées à des fins qui ne sont pas essentiellement reliées au processus des relations du travail.

5. Si la réponse à l’une ou l’autre des troisième ou quatrième questions est affirmative, l’exigence que l’appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l’intimé le SEFPO est-elle justifiée en totalité ou en partie par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>c</sup>

Oui.

Version française des motifs rendus par <sup>d</sup>

LE JUGE CORY—Quant à la question de savoir ce qui constitue le «gouvernement», je suis lié par les motifs exposés par la Cour, à la majorité, dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Je souscris donc aux motifs exposés par le juge La Forest à ce sujet. <sup>e</sup>

À tous les autres égards, je souscris aux motifs du juge Wilson. <sup>f</sup>

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J’ai lu les motifs des juges Wilson et La Forest. Pour les motifs exposés par le juge La Forest, je souscris à leur conclusion que la *Charte canadienne des droits et libertés* s’applique aux activités du syndicat. Je suis également d’accord avec mes collègues pour dire que les versements contestés ne constituent pas un acte d’expression au sens de l’al. 2b) de la *Charte*. Je me dissocie de mon collègue le juge La Forest sur un seul point. J’estime que les versements dont il est question en l’espèce ne violent pas l’al. 2d) parce qu’ils n’ont pas pour effet d’associer Lavigne à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Vu ma conclusion qu’il n’y a pas de violation de l’art. 2, je juge inutile de faire des observations sur les analyses respectives de l’article premier auxquelles ont procédé mes collègues. <sup>g</sup>

I. The Scope of Freedom of Association in s. 2(d) of the Charter

In order to determine whether the payments at issue fall under the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* it is necessary to consider the purpose of the right, that is the interests it was intended to protect: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. It is also necessary to have regard to the history and context of the right and activity in question: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. See also *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, per La Forest J.

A. *The Interests Protected by s. 2(d)*

Freedom of association protects the freedom of individuals to interact with, support and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, per Dickson C.J., dissenting in the result. We are social animals, and as such can fully actualize ourselves only in interaction with others. Viewed thus, freedom of association most fundamentally protects the right of the individual to realize his or her full potential by acting in association with others. Social self-actualization lies at the heart of freedom of association.

The next question is whether s. 2(d) includes a right not to associate. While it is not necessary for my purposes to resolve that issue, I am inclined to the view that the interest protected by s. 2(d) goes beyond being free from state-enforced isolation, as contended by the interveners OFL and CLC. In some circumstances, forced association is arguably as dissonant with self-actualization through associational activity as is forced expression. For example, the compulsion to join the ruling party in order to have any real opportunity of advancement is a hallmark of a totalitarian state. Such compulsion might well amount to enforced ideological conformity, effectively depriving the individual of the freedom to associate with other groups whose values he or she

I. La portée de la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la Charte

Pour déterminer si les versements contestés sont visés par la garantie de la liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte*, il est nécessaire d'examiner l'objet du droit, c'est-à-dire les intérêts qu'il est destiné à protéger: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Il est aussi nécessaire de tenir compte de l'historique et du contexte du droit et de l'activité en question: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest.

A. *Les intérêts protégés par l'al. 2d)*

La liberté d'association garantit la liberté des individus d'interagir avec d'autres êtres humains, de les aider et d'être aidés par eux dans les diverses activités qu'ils choisissent d'exercer: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, dissident quant au résultat. L'être humain est sociable, et comme tel il ne peut s'épanouir pleinement que par l'interaction avec ses semblables. Considérée sous cet angle, la liberté d'association protège, de la manière la plus fondamentale, le droit de l'individu de se réaliser pleinement en agissant de concert avec autrui. L'épanouissement social réside au cœur même de la liberté d'association.

La question suivante consiste à déterminer si l'al. 2d) comprend le droit de ne pas s'associer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, à mon avis, de résoudre cette question, je suis portée à croire que le droit protégé par l'al. 2d) ne s'arrête pas à la protection contre l'isolement imposé par l'État, comme l'affirment les intervenants la FTO et le CTC. Dans certaines circonstances, on peut soutenir que l'association forcée est aussi incompatible avec l'épanouissement personnel au moyen de l'activité collective que l'est l'expression forcée. Par exemple, l'obligation d'adhérer au parti au pouvoir pour jouir de réelles possibilités d'avancement est la marque d'un État totalitaire. Cette contrainte peut fort bien équivaloir à l'imposition de la conformité idéologique, qui prive réelle-

might prefer. As La Forest J. suggests, at p. 318, "Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it."

In my view, freedom from compelled association, whatever its ambit, could not extend to the payments here at issue. Freedom not to associate, like freedom to associate, must be based on the value of individual self-actualization through relations with others. The justification for a right not to associate would appear to be the individual's interest in being free from enforced association with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. For the purposes of this case, I shall refer to this as the interest in freedom from coerced ideological conformity.

It follows from this definition that negative associational activity falling under s. 2(d) is not to be determined by the type of the coerced activity impugned (e.g. mandatory payments), but by whether the activity associates the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. This approach is similar to that taken toward the right of expression in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, where it was held that the test for whether conduct falls within s. 2(b) of the *Charter* was not the activity *per se* (e.g. speech or conduct), but whether the activity was one intended to convey meaning.

If one accepts that the interest protected by the right not to associate is the interest in being free from enforced ideological conformity, then one cannot assume that payments fall within s. 2(d) simply because they be used to support a group cause. It is necessary to go further and ask whether the payments are such that they associate the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. Applying an objective standard, the final test is this: are the payments such that they may re-

ment l'individu de la liberté de s'associer avec d'autres groupes dont il pourrait préférer les valeurs. Comme le laisse entendre le juge La Forest, à la p. 318, «[l']association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera.»

À mon sens, la liberté de ne pas être forcé de s'associer, quelle que soit sa portée, ne pourrait s'étendre aux versements contestés en l'espèce. La liberté de ne pas s'associer, tout comme la liberté d'association, doit se fonder sur la valeur de l'épanouissement individuel au moyen des relations avec autrui. La justification du droit de ne pas s'associer semble résider dans l'intérêt qu'a un individu d'être libre de ne pas être forcé de s'associer à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. J'appellerai cela, aux fins de la présente affaire, l'intérêt de ne pas se voir imposer la conformité idéologique.

Il découle de cette définition que l'acte d'association négatif, qui relève de l'al. 2d), doit être déterminé non pas en fonction du type d'activité forcée contestée (en l'occurrence, les versements obligatoires), mais en fonction de la question de savoir si l'activité a pour effet d'associer l'individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Ce point de vue est semblable à celui que l'on a adopté à l'égard du droit d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où l'on a statué que le critère applicable pour déterminer si une conduite relève de l'al. 2b) de la *Charte* réside non pas dans l'activité elle-même (c'est-à-dire les paroles ou la conduite), mais dans la question de savoir si l'activité est destinée à transmettre une signification.

Si l'on reconnaît que l'intérêt protégé par le droit de ne pas s'associer est l'intérêt de la liberté de ne pas se voir imposer la conformité idéologique, on ne peut alors présumer que les versements relèvent de l'al. 2d) simplement parce qu'ils servent à appuyer la cause d'un groupe. Il faut aller plus loin et se demander si les versements sont de nature à associer un individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Si l'on applique une norme objective, le critère final est le suivant: les

sonably be regarded as associating the individual with ideas and values to which the individual does not voluntarily subscribe? This is not to suggest that public identification is an essential prerequisite to any involuntary association; the point, rather, is that before any involuntary association can be said to arise, there must be activity which can fairly be adjudged to bring an individual into association with ideas or values to which he or she does not voluntarily subscribe.

### B. *The Nature of the Payments*

As asserted by Wilson J. in *Edmonton Journal*, context is vital in determining whether an impugned activity falls under a *Charter* guarantee. It is therefore necessary to consider the nature of the payment at issue in this case and the circumstances in which the issue arises.

The payments in question are compelled under legislation applying the Rand formula. The Rand formula has been part of Canadian labour relations for many years. It was designed to resolve the problem of persons such as Lavigne, whose employer contracts with a union of which they do not wish to be a member. The formula permits individual employees to choose not to belong to the union, but stipulates that they must pay union dues, in order to avoid the unfairness of giving non-union employees a "free ride". In essence, while not a member of the union, the person who opts out is required to pay dues on the basis that he or she benefits from the activities of the union on behalf of all employees.

The need for compromises such as the Rand formula arises from the fact that Canadian labour relations generally permit only one union to represent all employees in a designated work grouping. This may be contrasted with the quite different system prevailing in parts of Europe, where a worker may choose between several different unions. In a system which permits only one union, there may be workers who do not wish to associate themselves with it. The Rand formula allows a worker to choose whether or

versements sont-ils de nature à pouvoir être raisonnablement considérés comme associant l'individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement? Cela ne revient pas à laisser entendre que l'identification aux yeux du public est une condition préalable essentielle à toute association involontaire; il reste plutôt que, pour que l'on puisse dire qu'il y a association involontaire, il doit y avoir une activité dont il est possible de décider à juste titre qu'elle a pour effet d'associer un individu à des idées ou à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement.

### B. *La nature des versements*

Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, le contexte est essentiel pour déterminer si une activité contestée est visée par une garantie de la *Charte*. Il est donc nécessaire de considérer la nature du versement en cause en l'espèce et les circonstances dans lesquelles la question se pose.

Les versements en question sont obligatoires selon la législation appliquant la formule Rand. Cette formule fait partie des relations de travail au Canada depuis plusieurs années. Elle vise à résoudre le problème des gens tels que Lavigne, dont l'employeur se lie par contrat avec un syndicat auquel ils ne veulent pas appartenir. La formule permet aux employés, pris individuellement, de choisir de ne pas faire partie d'un syndicat, mais elle stipule qu'ils doivent verser des cotisations syndicales, afin d'éviter l'injustice que représente la «resquille». Essentiellement, bien qu'elle ne fasse pas partie du syndicat, la personne qui choisit de ne pas en faire partie est tenue de verser des cotisations parce qu'elle bénéficie des activités syndicales exercées pour le compte de tous les employés.

Le besoin d'en arriver à des compromis comme la formule Rand tient à ce que les relations de travail canadiennes ne permettent généralement qu'à un seul syndicat de représenter tous les employés d'un certain groupe de travail. Cela peut être mis en contraste avec le système fort différent qui existe dans certaines parties de l'Europe, où un travailleur peut choisir entre plusieurs syndicats différents. Dans un système ne permettant qu'un seul syndicat, il se peut que des ouvriers ne veuillent pas s'y associer. La formule

not to be a member of the union, but requires that in any event he or she pay dues. As such, it represents a carefully crafted balance between the interest of the majority in the union and individuals who may not wish to belong to the union. (It should not be overlooked in considering the dynamics of this balance that the individual members comprising the majority of the union may have a constitutionally protected right under s. 2(d) to pursue activities with which certain members may not wish to associate themselves.)

It is against this background that the payments at issue on this appeal must be viewed.

## II. Does the Charter Apply?

The question is whether the payments here at issue constitute associational activity under s. 2(d) of the *Charter*, taking a purposive view of the right (i.e., viewing it in terms of the interests it is designed to protect) and a contextual view of the payments.

Assuming that a right not to associate exists, it follows from what I have already said that its purpose must be to protect the interest of individuals against enforced ideological conformity. Does the requirement that Lavigne make payments to the Union, which the Union may thereafter spend in part in support of causes which Lavigne does not support, fall within this interest?

In my view, it does not. The test, as set out above, is whether the payments can reasonably be regarded as associating the individual with ideas and values to which the individual does not voluntarily subscribe. The payments here at issue do not meet this test because under the *Rand* formula there is no link between the mandatory payment and conformity with the ideas and values to which Lavigne objects.

The fact that one pays money which may ultimately be expended in support of a cause does not necessarily associate one with the cause. In buying an automobile, for example, one does not by paying

Rand laisse au travailleur le choix d'appartenir ou non au syndicat, mais l'oblige à payer de toute façon les cotisations syndicales. Comme telle, cette formule représente un équilibre soigneusement aménagé entre l'intérêt de la majorité qui fait partie du syndicat et celui des travailleurs qui peuvent préférer ne pas y appartenir. (Il ne faut pas oublier, lorsque l'on considère la dynamique de cet équilibre, que les syndiqués qui forment la majorité du syndicat peuvent posséder le droit, constitutionnellement garanti par l'al. 2d), d'exercer des activités auxquelles certains membres peuvent préférer ne pas s'associer.)

C'est dans ce contexte que les versements contestés dans ce pourvoi doivent être considérés.

## II. La Charte s'applique-t-elle?

La question est de savoir si les versements ici en cause constituent un acte d'association au sens de l'al. 2d) de la *Charte*, si l'on adopte une conception du droit fondée sur l'objet qu'il vise (c'est-à-dire si on le considère en fonction des intérêts qu'il est destiné à protéger) et une perception des versements fondée sur le contexte dans lequel ils sont effectués.

Si l'on présume qu'il existe un droit de ne pas s'associer, il découle de ce que j'ai déjà dit que son objet doit être la protection de l'intérêt qu'ont les individus à ne pas se voir imposer la conformité idéologique. L'obligation pour Lavigne de verser des cotisations au syndicat, dont ce dernier peut ensuite se servir en partie pour soutenir des causes que Lavigne réprouve, relève-t-elle de cet intérêt?

Je ne le crois pas. Le critère, tel qu'il est exposé plus haut, consiste à déterminer si les versements peuvent raisonnablement être considérés comme associant un individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Les versements ici en cause ne répondent pas à ce critère parce que, selon la formule *Rand*, il n'existe aucun lien entre le versement obligatoire et la conformité à des idées et à des valeurs auxquelles Lavigne s'oppose.

Le fait de verser des deniers qui peuvent en fin de compte servir à appuyer une cause n'associe pas nécessairement celui qui les verse à cette cause. Celui qui achète une automobile, par exemple, n'indique

money to the dealer indicate any support for the way the dealer or the manufacturer of the vehicle may spend the portions of the price it retains as profit. The same applies to a payment to a telephone utility for a service some might regard as essential. In both situations, the payment is devoid of ideological content. It is merely an exchange for something one wants. Similarly, in paying taxes, one is not endorsing the purposes to which the government may devote those taxes. The transaction does not connote association on the part of the payor with the causes the government may support.

Mandatory payments under the Rand formula fall into the same category. The whole purpose of the formula is to permit a person who does not wish to associate himself or herself with the union to desist from doing so. The individual does this by declining to become a member of the union. The individual thereby dissociates himself or herself from the activities of the union. Fairness dictates that those who benefit from the union's endeavours must provide funds for the maintenance of the union. But the payment is by the very nature of the formula bereft of any connotation that the payor supports the particular purposes to which the money is put. By the analogy with government, the payor is paying by reason of an assumed or imposed obligation arising from this employment, just as a taxpayer pays taxes by reason of an assumed or imposed obligation arising from living in this country. By the analogy of commerce, the payor is simply paying for services and benefits received.

The comments of Cantor, "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, at p. 7, are apposite:

Government should be able to assign certain important functions, such as labor representation, to the private sector and to distribute related costs to all those who benefit from the performance of that function. The constitutional interests genuinely at stake do not preclude the collection of service fees from ideologically offended payors.

pas en payant qu'il approuve la façon dont le concessionnaire ou le fabricant de la voiture peuvent employer la partie du prix qu'ils conservent à titre de bénéfice. On peut dire la même chose du paiement fait à une compagnie de téléphone pour un service que certains pourraient considérer comme essentiel. Dans les deux cas, le paiement est dépourvu de contenu idéologique. Il ne s'agit que d'une monnaie d'échange. De la même façon, le contribuable, en payant ses impôts, ne donne pas son adhésion aux fins auxquelles le gouvernement consacre ces impôts. L'opération n'implique pas qu'il y a association du contribuable aux causes que peut soutenir le gouvernement.

Les versements obligatoires en vertu de la formule Rand tombent dans la même catégorie. Le but général de la formule est de donner à quiconque ne veut pas adhérer à un syndicat le choix de ne pas le faire, en refusant d'en faire partie et en se dissociant ainsi des activités du syndicat. L'équité exige que quiconque bénéficie des entreprises du syndicat lui fournisse les fonds nécessaires à son existence. Mais ce versement, de par la nature même de la formule, n'implique nullement que celui qui le fait appuie les fins auxquelles l'argent est consacré. Par analogie avec le gouvernement, la personne qui paie s'exécute en raison d'une obligation assumée ou imposée découlant de son emploi, tout comme le contribuable paie ses impôts en raison de l'obligation assumée ou imposée qui découle du fait de vivre dans notre pays. Si on fait une analogie avec le commerce, la personne qui paie le fait simplement en contrepartie de services et d'avantages reçus.

Les remarques de Cantor, dans son article intitulé «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, à la p. 7, sont pertinentes:

[TRADUCTION] Le gouvernement doit pouvoir assigner certaines fonctions importantes, telle la représentation des travailleurs, au secteur privé et en répartir les coûts entre tous ceux qui profitent de l'exercice de cette fonction. Les intérêts constitutionnels véritablement en jeu n'empêchent pas la perception de frais de services auprès des contribuables qui se sentiraient offensés sur le plan idéologique.

Forced payments in return for services entail no imposition of ideological conformity. Nor do the amounts collected impair the ability of workers to conduct their own political expression. To the extent that it offends workers and other forced contributors to see their monies ultimately benefit certain political causes, that harm does not warrant constitutional prohibition of political uses of extracted funds. [Emphasis added.]

For these reasons, I agree entirely with the Court of Appeal's characterization of Lavigne's position ((1989), 67 O.R. (2d) 536, at p. 565):

He is not forced to join the union; he is not forced to participate in its activities, and he is not forced to join with others to achieve its aims.

... neither the payment, nor the use to which any part of it might be put by the union or any labour body with which it is affiliated, operates so as to compel the non-member to join or associate with any political party or to join or associate with causes other than those of his choice or to be identified with any of the aims and objectives of the union. In the absence of dangers of this nature, we see no threat to any constitutional interest protected by s. 2(d).

I add two ancillary points.

First, practicality and policy support this approach, in my view. I see no escape from the conclusion that extending s. 2(d) to cover compelled financial contributions *per se* would recognize the *prima facie* validity of a plethora of claims and put the courts into the business of assessing the justifiability of a great many government actions (whether by the means of distinguishing between "immediate concerns" and more attenuated goals under s. 2(d), as on *La Forest J.*'s analysis, or under s. 1 of the *Charter*) — in circumstances where there may be "no threat to any constitutional interest", as the Court of Appeal put it. Examples of potential claims abound. Customers of telephone companies are compelled to pay government-set rates for provision of a service that could be regarded as a necessity; does that mean that gives individuals the constitutional right to object to company expenditures of which they do not approve? If tax revenues are used to support a particular regime

L'obligation de payer pour des services n'entraîne pas l'imposition de la conformité idéologique. Les sommes perçues n'empêchent pas non plus les travailleurs d'exprimer leurs propres opinions politiques. Dans la mesure où les travailleurs et autres cotisants forcés s'offusquent de voir leur argent profiter en fin de compte à certaines causes politiques, ce préjudice ne justifie pas qu'on interdise constitutionnellement l'usage des fonds soutirés à des fins politiques. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je suis entièrement d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle qualifie la position de Lavigne comme suit ((1989), 67 O.R. (2d) 536, à la p. 565):

[TRADUCTION] Il n'est pas forcé d'adhérer au syndicat, il n'est pas tenu de participer à ses activités et il n'est pas obligé de s'associer à autrui pour atteindre ses objectifs.

... ni le versement, ni l'usage auquel une partie de ce versement pourrait être affecté par le syndicat ou toute centrale syndicale à laquelle il est associé a pour effet de contraindre le non-syndiqué à se rallier ou à s'associer à un parti politique ou à des causes autres que celles de son choix ou à être identifié aux buts et objectifs du syndicat. En l'absence de dangers de cette nature, nous ne voyons aucune menace pour un droit constitutionnel protégé par l'al. 2d).

J'ajoute deux points complémentaires.

Tout d'abord, à mon sens, des considérations pratiques et de principe militent en faveur de ce point de vue. Je ne vois pas comment on peut échapper à la conclusion qu'interpréter l'al. 2d) de manière à viser les contributions financières forcées, elles-mêmes, serait reconnaître la validité à première vue d'une multitude de revendications et contraindre les tribunaux à apprécier le caractère justifiable d'un très grand nombre d'actions gouvernementales (que ce soit en distinguant entre les «préoccupations immédiates» et les objectifs moins précis dans celle fondée sur l'al. 2d), comme c'est le cas dans l'analyse du juge *La Forest*, ou dans celle fondée sur l'article premier de la *Charte*) — dans les circonstances où il peut n'exister [TRADUCTION] «aucune menace pour un droit constitutionnel», comme l'a dit la Cour d'appel. Il y a une abondance d'exemples de revendications possibles. Les usagers du téléphone sont tenus de payer des taux fixés par le gouvernement pour la

in a foreign country (as, for example, happened when Canada subsidized the building of a Canadian nuclear reactor in Romania), is the taxpayer who objects to the regime forced to “associate” with it, or with other taxpayers who may support our government’s policy? If a government expends funds for the performance of abortions, is a person who morally objects to abortions entitled to withhold taxes?

To distinguish the payment of tax, my colleague La Forest J. refers to the ground asserted by Powell J. in *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), at p. 259, n. 13, that governments are “representative of the people”, while a union is “representative only of one segment of the population”. With respect, I find this a debatable distinction. In the case of both a country and a union, money is taken only from those who are legally represented by the payor. The same problem of dissenters from policy and the same considerations of benefits received arise in each case. Nor can the two situations be distinguished on the ground that the union’s expenditures may be less justifiable than government’s. Public financing of particular causes goes well beyond an even-handed subsidizing of mainstream political parties.

The second ancillary point relates to the American jurisprudence on this subject. Neither Wilson J. nor La Forest J. adopts an “American” approach. However, in view of the submissions of the parties, it may be worth noting certain differences between the legal position in the United States and in Canada. First, the origin of the constitutional protection in the United States is quite different. The United States Constitution does not guarantee freedom of association. The jurisprudence has developed as a branch of the law on freedom of expression, influenced to some extent by the non-establishment clause and the strong aver-

prestation d’un service que l’on pourrait considérer comme essentiel; cela signifie-t-il que les usagers ont le droit constitutionnel de s’opposer aux dépenses de la compagnie qu’ils désapprouvent? Si les impôts servent à appuyer un certain régime dans un pays étranger (comme ce fut le cas, par exemple, lorsque le Canada a subventionné la construction d’un réacteur nucléaire canadien en Roumanie), le contribuable qui s’oppose au régime est-il forcé de s’y «associer», ou de s’associer aux autres contribuables qui peuvent appuyer la politique de notre gouvernement? Si un gouvernement subventionne l’avortement, la personne moralement opposée à l’avortement a-t-elle le droit de ne pas payer ses impôts?

Pour faire une distinction d’avec le paiement d’impôts, mon collègue le juge La Forest parle du motif exposé par le juge Powell dans l’arrêt *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), à la p. 259, n. 13, selon lequel les gouvernements [TRADUCTION] «représentent le peuple», alors qu’un syndicat [TRADUCTION] «ne représente qu’une partie de la population». En toute déférence, je trouve cette distinction contestable. Dans le cas d’un pays aussi bien que d’un syndicat, les deniers en cause ne sont perçus qu’auprès de ceux qui sont légalement représentés par celui qui verse l’argent. Dans l’un et l’autre cas, se soulèvent le même problème de l’opposition à une politique et les mêmes considérations relatives aux avantages reçus. Les deux situations ne sauraient non plus se distinguer pour le motif que les dépenses du syndicat peuvent être moins justifiables que celles du gouvernement. Le financement public de certaines causes va bien au-delà des subventions impartiales versées aux principaux partis politiques.

Le second point complémentaire a trait à la jurisprudence américaine sur le sujet. Ni le juge Wilson ni le juge La Forest n’adoptent un point de vue «américain». Cependant, compte tenu des arguments des parties, il peut valoir la peine de noter certaines différences entre la position juridique aux États-Unis et celle au Canada. Premièrement, l’origine de la protection constitutionnelle aux États-Unis est très différente. La constitution américaine ne garantit pas la liberté d’association. La jurisprudence a évolué en tant que branche du droit sur la liberté d’expression, influencée dans une certaine mesure par la clause de



sion in American jurisprudence of state support for any religion: see *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961) per Black J., dissenting, at p. 790. Secondly, labour relations in the United States are quite different than in Canada. Labour unions play a much larger role in the Canadian economy than in the American, and the government-sanctioned structures for bargaining and dispute resolution found here are unique to this country. It follows that the American attitude toward unions may be more confining than the Canadian approach. Finally, the American distinction between core “collective bargaining” purposes of unions and less immediate “political” purposes adopted by La Forest J. in his s. 2(d) analysis is not uncontroversial, even in the United States: see Cox, *Law and the National Labor Policy* (1983), at p. 107, and Tribe, *Constitutional Choices* (1985), at p. 202. As La Forest J. notes in his discussion under s. 1, there is a strong and useful tradition in this country of affiliation between labour unions and political activity. A strong argument can be made that to achieve their legitimate ends and maintain the proper balance between labour and management, unions must to some extent engage in political activities: see, for example, Weiler, “The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law” (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, at p. 169.

I add a final caveat. The question of whether compelled payment constitutes associative conduct arises only in the context of the negative right, and should not be read as undermining the positive right to maintain organizations affirmed by Le Dain J. in the *Alberta Reference*, *supra*. I do not view this as advocating an approach to s. 2(d) that is necessarily narrower than the American conception of freedom of association (see reasons of La Forest J.).

I conclude that the agreement which compels Lavigne to make payments to the Union does not fall

non-établissement et la profonde aversion de la jurisprudence américaine pour tout appui de l'État à une religion quelconque: voir *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), le juge Black, dissident, à la p. 790. Deuxièmement, les relations du travail aux États-Unis sont très différentes de ce qu'on trouve au Canada. Les syndicats ouvriers jouent un rôle beaucoup plus important dans notre économie que dans celle des États-Unis et nos systèmes de négociation et de règlement des différends sanctionnés par le gouvernement sont propres à notre pays. Il s'ensuit que l'attitude des Américains à l'égard des syndicats peut être plus contraignante que la nôtre. Finalement, la distinction que l'on fait aux États-Unis entre les objectifs fondamentaux de la «négociation collective» que poursuivent les syndicats et leurs objectifs «politiques» moins immédiats, qu'a adoptée le juge La Forest dans son analyse de l'al. 2d, n'est pas incontestée, même aux États-Unis: voir Cox, *Law and the National Labor Policy* (1983), à la p. 107, et Tribe, *Constitutional Choices* (1985), à la p. 202. Comme le souligne le juge La Forest dans son analyse fondée sur l'article premier, il existe dans notre pays une forte et utile tradition de connexité entre les syndicats ouvriers et les activités politiques. On peut soutenir de façon convaincante que pour atteindre leurs objectifs légitimes et conserver l'équilibre indiqué entre patrons et employés, les syndicats doivent dans une certaine mesure se livrer à des activités politiques: voir, par exemple, l'ouvrage de Weiler, «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, à la p. 169.

J'ajoute une mise en garde finale. La question de savoir si les versements obligatoires constituent un acte d'association ne se pose que dans le contexte du droit négatif, et ne devrait pas s'interpréter comme si elle minait le droit positif de maintenir des organisations, confirmé par le juge Le Dain dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité. Je ne considère pas que cela revient à préconiser une interprétation de l'al. 2d) qui soit nécessairement plus stricte que la conception américaine de la liberté d'association (voir les motifs du juge La Forest).

Je conclus que l'entente qui oblige Lavigne à verser des cotisations au syndicat ne relève pas du con-

within the concept of compelled association because it does not associate him with the causes to which the Union may devote a portion of its funds.

### III. Conclusion

I would dismiss the appeal on the terms proposed by La Forest J. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Did the Ontario Court of Appeal correctly hold that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the circumstances of this case, on the basis that the substance of the application concerns the expenditure of funds by the respondent Ontario Public Service Employees Union (OPSEU), and not the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to OPSEU?

No.

2. If the answer to question 1 is in the negative, does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU, as provided for in article 12.01 of the collective agreement between the respondent Ontario Council of Regents and the respondent OPSEU pursuant to ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*, R.S.O. 1980, c. 74?

Yes.

3. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 2 is in the affirmative, does the requirement that the appellant pay sums equivalent to union dues to the respondent OPSEU infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

cept de l'association forcée parce que cela n'a pas pour effet de l'associer aux causes auxquelles le syndicat peut consacrer une partie de ses fonds.

### a III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi selon les modalités proposées par le juge La Forest, et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas dans les circonstances de la présente affaire, pour le motif que la requête porte essentiellement sur les dépenses effectuées par l'intimé le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario (SEFPO) et non sur l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales du SEFPO?

Non.

2. Si la réponse à la première question est négative, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO, tel que prévu à l'article 12.01 de la convention collective intervenue entre l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Ontario et l'intimé le SEFPO conformément aux art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*, L.R.O. 1980, ch. 74?

Oui.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'exigence que l'appelant verse des sommes équivalent aux cotisations syndicales de l'intimé le SEFPO porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

The fifth question does not arise.

La cinquième question ne se pose pas.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, a Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Borden & Elliot, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Ontario Public Service Employees Union: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto. b*

*Solicitors for the respondent the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto. c*

*Procureurs de l'intimé le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart Storie, Toronto. c*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Robert E. Charney, Toronto. d*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Robert E. Charney, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Françoise Saint-Martin and Jean Bouchard, Ste-Foy. e*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Françoise Saint-Martin et Jean Bouchard, Ste-Foy. e*

*Solicitors for the interveners the Canadian Labour Congress and the Ontario Federation of Labour: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto. f*

*Procureurs des intervenants le Congrès du travail du Canada et la Fédération du travail de l'Ontario: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto. f*

*Solicitors for the intervener the National Union of Provincial Government Employees: Nelson, McNamee, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Syndicat national de la fonction publique provinciale: Nelson, McNamee, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Confederation of National Trade Unions: Sauvé, Ménard & Associés, Montréal. g*

*Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux: Sauvé, Ménard & Associés, Montréal. g*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner & Associates, Toronto. h*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Lerner & Associates, Toronto.*

**Ted M. Geffen, Sam E. Geffen and William A. Geffen** *Appellants*

v.

**Stacy Randall Goodman, Executor of the Estate of Tzina Burnette Goodman (otherwise known as Zinna Burnette Goodman), and the said Stacy Randall Goodman** *Respondents*

INDEXED AS: GEFFEN v. GOODMAN ESTATE

File No.: 21613.

1990: October 10; 1991: June 27.

Present: Wilson, La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Trusts and trustees — Undue influence — Woman placing property in trust — Step to create trust initiated by settlor's brothers — Settlor suffering mental problem and at times dependant on brothers — Trust directing how property to be disposed of on settlor's death — Settlor bequeathing property other than as provided by trust — Whether presumption of undue influence applicable.*

*Costs — Trustees — Action started to defend against allegation of fraud on part of trustees — Action successful — Whether trustees entitled to costs out of the trust property.*

The deceased, a woman with a history of mental problems, inherited the family home from her mother as well as a life interest in the residue of her mother's estate which was to pass on her death to her children. Her brothers were given cash bequests. An earlier will had given the deceased a life estate and directed that on the mother's death the estate was to be divided among all the mother's grandchildren. The brothers sought legal advice as to whether the later will was valid and arranged a meeting between the lawyer, their sister and themselves to canvass the options. One of their concerns was that their sister would sell the house and they would ultimately be financially responsible for her care. The meeting disbanded with no agreement being reached and the sister from then on had only casual contact with

**Ted M. Geffen, Sam E. Geffen et William A. Geffen** *Appelants*

c.

a

**Stacy Randall Goodman, exécuteur testamentaire de Tzina Burnette Goodman (par ailleurs connue sous le nom de Zinna Burnette Goodman), et ledit Stacy Randall Goodman** *Intimés*

b

RÉPERTORIÉ: GEFFEN c. SUCCESSION GOODMAN

c N° du greffe: 21613.

1990: 10 octobre; 1991: 27 juin.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

*Fiducies et fiduciaires — Abus d'influence — Bien mis en fiducie par une femme — Dispositions pour créer la fiducie prises à l'origine par les frères de la disposante — Disposante souffrant de problèmes mentaux et parfois à la charge de ses frères — Fiducie indiquant comment disposer du bien au décès de la disposante — La disposante a légué son bien d'une manière différente de celle prévue dans la fiducie — La présomption d'abus d'influence est-elle applicable?*

*Dépens — Fiduciaires — Action intentée pour répondre à une allégation de fraude de la part des fiduciaires — Réussite de l'action — Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?*

La défunte, une femme ayant eu des antécédents psychiatriques a obtenu, par héritage de sa mère, la maison familiale ainsi qu'un droit de tenure viager sur le reliquat de la succession de sa mère qui, à son décès, devait être transmis à ses enfants. Ses frères ont reçu des legs en argent. Un testament antérieur donnait à la défunte un droit de tenure viager et exprimait la volonté qu'au décès de la mère le patrimoine soit partagé entre tous les petits-enfants de la mère. Les frères ont demandé un avis juridique sur la validité du second testament et ont préparé une rencontre entre l'avocat, leur sœur et eux-mêmes pour examiner les choix qui s'offraient. Un de leurs sujets d'inquiétude était que leur sœur vende la maison et qu'elle leur soit finalement à charge financièrement. La rencontre a pris fin sans qu'on parvienne à

her brothers. She continued to seek the lawyer's advice, however, and a trust deed was executed. The house was conveyed to trustees on terms that the deceased retained a life interest in it and that on her request the trustees would consider a sale of the property so long as the sale was in her best interests. The trust deed further provided that upon her death the trust property would be divided equally among the surviving grandchildren of the deceased's mother. The deceased's will left her entire estate to her own children.

This appeal concerns the validity of the trust agreement. It was found to be valid at trial but invalid on appeal because of the operation of the presumption of undue influence. Costs were denied. At issue here was (1) whether the presumption of undue influence was properly applied by the Court of Appeal; and, (2) whether the trustees were entitled to costs out of the trust property.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per Wilson and Cory JJ.:* Neither the result nor process focused approach to the doctrine of undue influence fully captures its true purport because the doctrine applies to such a wide variety of transactions from pure gifts to classic contracts. In the case of gifts, the process leading up to the gifting should be subject to judicial scrutiny because there is something completely repugnant about the judicial enforcement of coerced or fraudulently induced generosity. With respect to contractual relations, however, it has long been the view of the courts that the sanctity of bargains should be protected unless they are patently unfair. Something more than a tainted process, e.g., detrimental reliance, must be shown.

"Influence" refers to the ability of one person to dominate the will of another, whether through manipulation, coercion, or outright but subtle abuse of power. To dominate the will of another simply means to exercise a persuasive influence over him or her. The ability to exercise such influence may arise from a relationship of trust or confidence but it may arise from other relationships as well. There is nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries. It depends on their motivation and the objective they seek to achieve thereby.

un accord et, par la suite, la sœur n'est entrée en contact avec ses frères qu'à l'occasion. Elle a cependant continué de demander des avis juridiques et a signé un acte de fiducie. La maison a été transférée aux fiduciaires à la condition que la défunte conserve un droit de tenure viager sur la maison et que, à sa demande, les fiduciaires étudient la possibilité de la vendre si la vente était avantageuse pour elle. L'acte de fiducie stipulait en outre qu'à son décès le bien en fiducie serait partagé également entre les petits-enfants survivants de la mère de la défunte. Le testament de la défunte légua tous ses biens à ses enfants.

Le pourvoi concerne la validité du contrat de fiducie. Il a été jugé valide en première instance mais invalide en appel en raison de l'application de la présomption d'abus d'influence. Les dépens n'ont pas été adjugés. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si la Cour d'appel a appliqué correctement la présomption d'abus d'influence; et (2) si les fiduciaires ont droit au paiement des dépens à même la masse.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges Wilson et Cory:* Ni la façon d'aborder la théorie de l'abus d'influence, axée sur le résultat, ni celle axée sur le processus ne font ressortir parfaitement son véritable objectif parce que la théorie s'applique à une grande diversité d'opérations, allant des simples donations aux contrats classiques. Dans le cas des donations, le processus qui aboutit au don doit être assujéti à l'examen judiciaire, parce que la sanction judiciaire de la générosité forcée ou obtenue frauduleusement revêt un aspect répugnant. En ce qui a trait aux relations contractuelles, toutefois, les tribunaux ont décidé depuis longtemps qu'il y avait lieu de protéger l'inviolabilité des marchés sauf s'ils étaient manifestement abusifs. Il faut établir quelque chose de plus qu'un processus vicié, par exemple, la confiance préjudiciable.

«Influence» veut dire la capacité d'une personne de dominer la volonté d'une autre, que ce soit par manipulation, par contrainte ou par pur, mais subtil, abus d'autorité. Dominer la volonté d'autrui signifie simplement exercer sur lui ou elle une influence persuasive. La capacité d'exercer pareille influence peut découler d'un rapport de confiance, mais elle peut aussi résulter d'autres relations. Il n'y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d'influence à leur endroit. Tout dépend de leur mobile et de l'objectif qu'elles cherchent à réaliser par ce moyen.

The requirement of “manifest disadvantage”, while perhaps appropriate in a purely commercial setting, limits the doctrine of undue influence too much. In the case of gifts or bequests, it makes no sense to insist that the donor or testator prove that their generosity placed them at a disadvantage.

The inquiry should begin with an examination of the relationship between the parties. The first question to be addressed in all cases is whether the potential for domination inheres in the nature of the relationship itself. This test embraces those relationships which equity has already recognized as giving rise to the presumption as well as other relationships of dependency which defy easy categorization.

Given the requisite type of relationship to support the presumption, the inquiry must next involve an examination of the nature of the transaction. When dealing with commercial transactions a plaintiff must show in addition to the required relationship between the parties that the contract worked unfairness either in the sense that he or she was unduly disadvantaged by it or that the defendant was unduly benefited by it. This added requirement is justified when dealing with commercial transactions because a court of equity, even while tempering the harshness of the common law, must accord some degree of deference to the principle of freedom of contract and the inviolability of bargains. Moreover, it can be assumed in the vast majority of commercial transactions that parties act in pursuance of their own self-interest. The mere fact, therefore, that the plaintiff seems to be giving more than he is getting is insufficient to trigger the presumption.

By way of contrast, in situations where consideration is not an issue, e.g., gifts and bequests, it is quite inappropriate to put a plaintiff to the proof of undue disadvantage or benefit in the result. The court is concerned that such acts of beneficence not be tainted and it is enough that the presence of a dominant relationship be established.

Once the plaintiff has established that the circumstances triggering the presumption, the onus moves to the defendant to rebut it.

A review of the circumstances between the deceased and her brothers at the relevant time disclosed a potential for the brothers to exercise a persuasive influence on their sister. The trust instrument was more akin to a gift or bequest than a commercial transaction and the existence of the required relationship without more was sufficient to trigger the presumption. It therefore had to be

Bien qu'elle puisse convenir dans un contexte purement commercial, l'exigence du «désavantage manifeste» restreint trop la théorie de l'abus d'influence. Dans le cas des donations ou des legs, il n'est pas du tout logique d'insister pour que le donateur ou le testateur prouve que sa générosité l'a désavantagé.

L'examen devrait d'abord porter sur les rapports entre les parties. La première question qu'il faut trancher dans chaque cas est de savoir si la relation elle-même comporte intrinsèquement une possibilité de domination. Ce critère vise les rapports qui sont déjà reconnus, en *equity*, comme donnant lieu à la présomption, ainsi que d'autres rapports de dépendance qu'on ne saurait facilement ranger dans une catégorie.

Une fois établi le type de relation requis pour justifier la présomption, il faut ensuite examiner la nature de l'opération. S'il s'agit d'opérations commerciales, le demandeur doit démontrer, outre l'existence des rapports requis entre les parties, le caractère inéquitable du contrat, en ce sens qu'il a été désavantagé injustement ou que le défendeur a été avantagé injustement. Cette exigence supplémentaire est justifiée en matière commerciale, car une cour d'*equity*, même lorsqu'elle tempère la rigueur de la common law, doit respecter dans une certaine mesure le principe de la liberté de contracter et de l'inviolabilité des marchés. De surcroît, on peut présumer, dans la très grande majorité des opérations commerciales, que les parties agissent dans leur propre intérêt. Par conséquent, le simple fait que le demandeur semble donner plus que ce qu'il reçoit est insuffisant pour faire jouer la présomption.

Par contre, dans les cas où une contrepartie n'est pas en cause, par exemple, dans le cas des donations et des legs, il est tout à fait inopportun d'obliger le demandeur à prouver que le résultat constitue un désavantage ou un avantage injuste. Le souci de la cour est que ces libéralités ne soient pas entachées d'un vice et il suffit d'établir la présence d'une relation de domination.

Une fois que le demandeur a établi que les circonstances donnent lieu à l'application de la présomption, il incombe dès lors au défendeur de la réfuter.

L'examen de la situation de la défunte et de ses frères à l'époque pertinente révèle que ces derniers pouvaient exercer une influence persuasive sur leur sœur. L'acte de fiducie participe davantage d'une donation ou d'un legs que d'une opération commerciale et l'existence de la relation requise sans plus est suffisante pour faire jouer la présomption. Il reste donc à déterminer si la

determined whether the presumption had been rebutted. A meticulous examination of the facts was necessary to make that determination.

The solicitor/client privilege belongs to the client alone. Confidential communications between them can only be divulged in certain circumscribed situations. The client may choose to disclose the contents of those communications and thereby waive the privilege or may authorize the solicitor to reveal them. The courts have assumed the role of ensuring that without the client's express consent a solicitor may not testify. An exception has developed, however, to permit a solicitor to give evidence in wills cases.

The considerations which support the admissibility of communications between solicitor and client in the wills context apply with equal force here. The general policy which supports privileging such communications is not violated. The interests of the now deceased client are furthered in that the purpose of allowing the evidence to be admitted is to ascertain her true intentions. And the principle of extending the privilege to the heirs or successors in title of the deceased is promoted by focusing the inquiry on who those heirs or successors properly are.

Appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Here there was no indication either from the reasons for judgment or from the record that the trial judge misapprehended the evidence or otherwise erred in the process of making his findings of fact. Accordingly, the Court of Appeal erred in overturning such findings.

Appellants successfully rebutted the presumption of undue influence given that there was very little contact between the brothers and the deceased at the relevant time, that the deceased was not in fact relying on her brothers to advise her, and that the prime motivation of the brothers was to advance their sister's welfare. It is also relevant that the deceased received some independent legal advice and that the agreement ultimately concluded was in accord with her wishes. In other situations the fact that the brothers took a leading role in the initial meeting with the lawyer might militate against a finding of independent advice.

The solicitor's advice was flawed in that he unfortunately did not inquire into the deceased's financial situation in any depth and did not ensure that she fully understood the agreement. The potentially adverse

présomption a été réfutée. Pour ce faire, il faut procéder à un examen méticuleux des faits.

Le secret professionnel de l'avocat est établi au bénéfice du client seulement. Les communications confidentielles entre l'avocat et son client ne peuvent être divulguées que dans certains cas précis. Le client peut choisir de divulguer le contenu de ses communications et renoncer ainsi au secret professionnel, ou il peut autoriser son avocat à en divulguer le contenu. Les tribunaux ont pris sur eux de s'assurer qu'un avocat ne témoigne pas sans le consentement exprès de son client. Une exception a toutefois été prévue afin de permettre à l'avocat de témoigner en matière testamentaire.

Les considérations qui justifient l'admissibilité des communications entre l'avocat et son client en matière de testament s'appliquent avec la même force en l'espèce. Le principe général qui justifie la protection de ces communications est respecté. Les intérêts de la cliente maintenant décédée sont servis, en ce sens que l'admission du témoignage a pour but d'établir ses intentions véritables. Et en faisant porter l'examen sur l'identité des héritiers ou ayants droit légitimes de la défunte, l'on respecte le principe qui veut que l'on étende le privilège à ses héritiers ou ayants droit.

L'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. En l'espèce, rien n'indique, dans les motifs de jugement ou dans le dossier, que le juge de première instance a mal compris la preuve ou qu'il a par ailleurs commis une erreur quelconque en faisant ses constatations de fait. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant ces constatations.

Les appelants ont réussi à réfuter la présomption d'abus d'influence étant donné qu'il y avait eu très peu de contacts entre la défunte et ses frères à l'époque pertinente, que la défunte ne se fiait pas, en réalité, à ses frères pour la conseiller et que le principal mobile des frères était de veiller au bien-être de leur sœur. Il est aussi utile de souligner que la défunte a consulté un conseiller juridique séparément et que le contrat passé concordait avec ses volontés. Dans d'autres situations, le fait que les frères ont joué un rôle de premier plan lors de la première rencontre avec l'avocat pourrait empêcher de conclure qu'elle a reçu les conseils d'une personne indépendante.

L'avis juridique était incomplet car l'avocat n'a pas demandé de précisions sur la situation financière de la défunte et ne s'est pas assuré qu'elle comprenait bien le contrat. Les conséquences néfastes que pouvait entraîner

consequences of not having an asset which she could liquidate if necessary were offset by two important considerations. First, it was her express, and perhaps her primary, objective to put the sale of the house beyond her reach so that she could be assured of always having a home of her own. Second, it was also her wish that all her mother's grandchildren share equally in the estate. Given that the terms of the trust instrument reflected her wishes in those two fundamental respects, any imperfection in the legal advice obtained was not fatal to the appellants' case.

Trustees are entitled to be indemnified for all costs, including legal costs reasonably incurred. The trustees in this action acted reasonably. They were initially accused of having perpetrated a fraud against the deceased — an allegation that did not win the approval of any of the courts that have heard the matter — and were obliged to defend the action. The co-existing interest of trustee and beneficiary is not a valid basis for denying costs. The fact that the brothers were acting in the interests of their children, nephews and nieces did not cast doubt upon the propriety of their actions.

Respondents had a tenable case. It was appropriate that they simply bear their own costs and not have to bear the appellants' costs as well.

*Per La Forest and McLachlin JJ.:* A presumption of undue influence will arise only when the parties are in a relationship of "influence", where one person is in a position to dominate the will of another. The requirement of manifest disadvantage does not make sense in the context of this case, where the challenged transaction concerns a gift. A gift is by its nature inherently disadvantageous, at least in a material sense, so the requirement is superfluous. It becomes unnecessary to discuss the issue of manifest disadvantage further on the facts of this case.

A showing of undue disadvantage or benefit may be appropriate before a presumption of undue influence will be applied to a commercial transaction. Since the effect of the presumption is to shift the burden of proof to the defendant, it may not be unreasonable to require some showing of undue disadvantage or benefit in a commercial transaction before the presumption will arise. It is a substantially different question, however, whether undue influence itself must always involve undue disadvantage or benefit. It was unnecessary here to choose between opposing positions as to whether

le fait de ne pas avoir de bien qu'elle pourrait réaliser au besoin sont contrebalancées par deux facteurs importants. Premièrement, son objectif exprès, et peut-être son premier objectif, était de mettre hors de sa portée la vente de la maison de sorte qu'elle soit assurée de toujours posséder un toit. Deuxièmement, elle voulait aussi que l'héritage soit partagé également par tous les petits-enfants de sa mère. Étant donné que les conditions de l'acte de fiducie traduisent ses volontés sous ces deux aspects fondamentaux, aucune imperfection de l'avis juridique n'est fatale pour la cause des appelants.

Les fiduciaires ont le droit de se faire rembourser tous les frais, dont les honoraires d'avocat, qu'ils ont engagés raisonnablement. Les fiduciaires ont agi de façon raisonnable dans cette action. Ils ont d'abord été accusés d'avoir commis une fraude au détriment de la défunte, allévation que n'a retenue aucune cour saisie de l'affaire, et ils ont dû répondre à l'action. Les intérêts coexistants du fiduciaire et du bénéficiaire ne constituent pas un motif valable pour refuser de leur accorder des dépens. Le fait que les frères agissaient dans l'intérêt de leurs enfants, neveux et nièces ne met pas en doute la justesse de leurs actions.

Les intimés avaient une thèse défendable. Il est opportun qu'ils assument simplement leurs propres frais, mais non pas également ceux des appelants.

*Les juges La Forest et McLachlin:* La présomption d'abus d'influence ne prend naissance que lorsqu'il existe entre les parties des relations dans lesquelles une «influence» est exercée, lorsqu'une personne est en mesure de dominer la volonté d'une autre personne. L'exigence d'un désavantage manifeste n'est pas du tout logique dans le contexte de cette affaire, où l'opération contestée est une donation. Un don est intrinsèquement désavantageux, tout au moins au plan matériel, de sorte que l'exigence est superflue. Il est inutile de discuter plus longuement de la question du désavantage manifeste vu les faits de l'espèce.

Il peut être indiqué d'exiger la preuve d'un désavantage ou d'un avantage injuste avant d'appliquer la présomption d'abus d'influence à une opération commerciale. Étant donné que cette présomption a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve en l'imposant au défendeur, il peut ne pas être déraisonnable d'exiger quelque preuve de désavantage ou d'avantage injuste résultant d'une opération commerciale avant que la présomption entre en jeu. Toutefois, la question de savoir si l'abus d'influence lui-même doit toujours supposer un avantage ou désavantage injuste est une question très diffé-



manifest disadvantage should be a required element of undue influence in a commercial transaction.

The relevant question here was whether the relationship of Mrs. Goodman to her brothers was such that they had the ability to dominate her. Mrs. Goodman's relationship with her brothers was not a close one and the trial judge found that it was such that the three brothers had no influence on their sister at all. She did not rely upon her brothers for assistance even during the troubled time following her mother's death and there could accordingly be no presumption of undue influence at that time. The facts were even stronger as they related to the subsequent period. The trust agreement was not entered into until several months after her mother's death and then only after numerous independent consultations with her solicitor and periods of independent thought by her when contact between herself and her three brothers no longer existed.

*Per Sopinka J.:* The trial judge made a positive finding of fact, supported by the evidence, that there was no undue influence exerted in this case. The operation of any presumption is therefore immaterial as it is not necessary to decide whether something already found not to exist should be presumed.

Text writers and courts are divided on whether presumptions affect only the evidential burden or both the evidential burden and legal burden. An evidential burden casts on the burdened party the obligation of going forward with some evidence while the legal burden is applied against the burdened party if the evidence, after being weighed, fails to persuade. Given the positive finding of fact made by the trial judge it is not necessary to resolve which view of presumptions is correct, as on either view, the presumption of undue influence played no role in this case.

### Cases Cited

By Wilson J.

**Considered:** *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757; **disapproved:** *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133; **referred to:** *Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104; *Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27; *Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587; *Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380; *Hylton v. Hyl-*

rente. Il n'était pas nécessaire de choisir entre deux positions opposées sur la question de savoir si le désavantage manifeste doit être un élément requis de l'abus d'influence dans une opération commerciale.

<sup>a</sup> Il fallait se demander si les rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères étaient de nature à leur permettre de la dominer. Les rapports que M<sup>me</sup> Goodman avait avec ses frères n'étaient pas étroits et le juge de première instance a conclu que les trois frères n'exerçaient aucune influence sur leur sœur. Elle ne comptait pas sur l'aide de ses frères même au cours de la période difficile suivant immédiatement la mort de leur mère. Il ne pouvait y avoir aucune présomption d'abus d'influence à ce moment-là. Les faits sont encore plus solides en ce qui concerne la période qui a suivi. Le contrat de fiducie n'a été signé que plusieurs mois après le décès de la mère et n'a été conclu qu'à la suite de nombreuses consultations indépendantes avec son avocat, et après qu'elle y ait réfléchi librement, quand les contacts entre elle et ses trois frères avaient cessé.

<sup>e</sup> Le juge Sopinka: Le juge de première instance, s'appuyant sur la preuve, a conclu qu'il n'y avait pas abus d'influence en l'espèce. L'existence d'une présomption est donc sans importance et il n'est pas nécessaire de se demander si ce qui a été déterminé ne pas exister devrait être présumé.

<sup>f</sup> Les commentateurs ainsi que les tribunaux ont des opinions divergentes quant à savoir si les présomptions ont une incidence sur le fardeau de présentation seulement ou à la fois sur le fardeau de présentation et le fardeau ultime. Un fardeau de présentation impose à la partie qui en est chargée l'obligation d'avancer des éléments de preuve, tandis que le fardeau ultime est imposé à la partie qui en est chargée si la preuve, une fois appréciée, ne réussit pas à convaincre. Étant donné la conclusion positive du juge de première instance sur les faits, il est inutile de décider lequel de ces points de vue est exact, car la présomption d'abus d'influence ne joue aucun rôle en l'espèce.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

<sup>i</sup> **Arrêts examinés:** *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757; **arrêt critiqué:** *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133; **arrêts mentionnés:** *Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104; *Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27; *Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587; *Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380;

ton (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349; *In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289; *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933; *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17; *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20; *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759; *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767; *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526; *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265; *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113; *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Bell v. Smith*, [1968] S.C.R. 664; *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196; *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495; *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297; *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51; *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118.

By La Forest J.

**Referred to:** *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686.

By Sopinka J.

**Referred to:** *S v. S*, [1972] A.C. 24; *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] S.C.R. 602; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218; *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247; *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] S.C.R. 289.

#### Authors Cited

Andrews, Neil. "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192.  
 "Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. L.* 191.  
 15 C.E.D. (West. 3rd) Title 67, Fraud and Misrepresentation.  
 Cope, Malcolm. *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1985.

*Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349; *In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289; *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933; *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17; *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20; *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759; *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767; *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526; *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265; *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113; *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Bell v. Smith*, [1968] R.C.S. 664; *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196; *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495; *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297; *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51; *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118.

e Citée par le juge La Forest

**Arrêt mentionné:** *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686.

f Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *S v. S*, [1972] A.C. 24; *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] R.C.S. 602; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218; *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97; *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145; *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247; *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] R.C.S. 289.

h

#### Doctrine citée

Andrews, Neil. «Undue Influence and Contracts of Loan», [1985] *Cambridge L.J.* 192.  
 i «Bank securities allegedly obtained by undue influence», [1985] *J. Bus. L.* 191.  
 15 C.E.D. (West. 3rd) Title 67, Fraud and Misrepresentation.  
 j Cope, Malcolm. *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1985.

Cope, Malcolm. "Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: National Westminster Bank plc v. Morgan" (1986), 60 *A.L.J.* 87.

Dale, Brenda. "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441.

Dale, Brenda. "Undue Influence: Recent Developments" (1989), 53 *Conv. & Prop. Law.* 63.

Dixon, M. J. "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] *Cambridge L.J.* 359.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.

Ogilvie, M. H. "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Reed, Charles P. "Comment" (1984), 18 *Law Teacher* 132.

Reed, Charles P. "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 106.

Snell, Edmund Henry Turner. *Snell's Principles of Equity*, 28th ed. By P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

Taylor, R. D. "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 105.

Tiplady, David. "The Limits of Undue Influence" (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579.

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 8, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289, [1989] 6 W.W.R. 625, allowing an appeal from a judgment of Hutchinson J. (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, [1987] 4 W.W.R. 730. Appeal allowed.

*J. D. Bruce McDonald*, for the appellants.

*R. H. Barron, Q.C.*, and *P. A. Ferner, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of Wilson and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The respondent, Stacy Randall Goodman, as executor of his mother's estate and on his own behalf, commenced an action claiming that he and his siblings were entitled to certain property left to his mother, Tzina Goodman, by his grandmother,

Cope, Malcolm. «Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: National Westminster Bank plc v. Morgan» (1986), 60 *A.L.J.* 87.

<sup>a</sup> Dale, Brenda. «Undue Influence and Manifest Disadvantage» (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441.

Dale, Brenda. «Undue Influence: Recent Developments» (1989), 53 *Conv. & Prop. Law.* 63.

Dixon, M. J. «The Limits of Undue Influence Explained», [1989] *Cambridge L.J.* 359.

<sup>b</sup> *Halsbury's Laws of England*, vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977.

Ogilvie, M. H. «Undue Influence in the House of Lords» (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Reed, Charles P. «Comment» (1984), 18 *Law Teacher* 132.

Reed, Charles P. «Commentary» (1985), 19 *Law Teacher* 106.

<sup>d</sup> Snell, Edmund Henry Turner. *Snell's Principles of Equity*, 28th ed. By P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

Taylor, R. D. «Commentary» (1985), 19 *Law Teacher* 105.

Tiplady, David. «The Limits of Undue Influence» (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579.

<sup>f</sup> Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 8, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289, [1989] 6 W.W.R. 625, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Hutchinson (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, [1987] 4 W.W.R. 730. Pourvoi accueilli.

*J. D. Bruce McDonald*, pour les appelants.

*R. H. Barron, c.r.*, et *P. A. Ferner, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement des juges Wilson et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—L'intimé, Stacy Randall Goodman, a, en sa qualité d'exécuteur testamentaire de sa mère et en son propre nom, intenté une action dans laquelle il soutient que ses enfants et lui ont droit à un bien-fonds légué à sa mère, Tzina Goodman, par sa

Annie Sanofsky. The appellants, Sam, William and Ted Geffen are the brothers and nephew of Stacy's mother. They are the trustees of a certain trust agreement in which Stacy's mother is named as the settlor and under which the trust property is to be distributed amongst all of Annie Sanofsky's grandchildren. This appeal concerns the validity of the trust agreement.

### 1. The Facts

Annie Sanofsky had four children, Sam, Ted, Jack and Tzina. Sam and Ted Geffen are both successful businessmen currently living in the United States. Their brother Jack is an insurance underwriter who lives in Edmonton. Their sister Tzina, (Mrs. Goodman) now deceased, had a less than trouble-free life. She first came under the care of a psychiatrist while a teenager. Psychiatric intervention became a common feature of her existence. She was hospitalized many times over the years and was eventually diagnosed as suffering from bipolar affective disorder, formerly known as manic depressive disorder, and immature personality. Tzina's illness caused strain in her family relationships. Her disorder tended to drive people away from her. Although she married and had children she did not have much contact with her children after her separation from her husband. Her contact with them was purely casual.

In 1968, with the help of her son Jack, Annie Sanofsky executed a will providing for a life estate to her daughter Tzina and directing that on Tzina's death her estate should be distributed to all of her (Annie's) grandchildren. At the time of their mother's death the four children were surprised to learn that a new will had been executed in 1975 which superseded the 1968 will. Under the new will Annie Sanofsky left the property which had been her home outright to her daughter Tzina, provided bequests of \$1000 each to her sons, and directed that the residue of her estate be held in trust for Tzina during her lifetime and pass on Tzina's death to her (Tzina's) children.

The three Geffen brothers, not surprisingly, were unhappy with the way in which their mother had disposed of her estate. They thought it unfair that their children had been cut out of the will. Their sister

grand-mère, Annie Sanofsky. Les appelants, Sam, William et Ted Geffen sont, respectivement, les frères et le neveu de la mère de Stacy. Ils sont les fiduciaires d'un contrat de fiducie dans lequel la mère de Stacy est désignée comme la disposante et en vertu duquel le bien en fiducie doit être partagé entre tous les petits-enfants d'Annie Sanofsky. Ce pourvoi concerne la validité du contrat de fiducie.

### *b* 1. Les faits

Annie Sanofsky a eu quatre enfants, Sam, Ted, Jack et Tzina. Sam et Ted Geffen sont des hommes d'affaires prospères qui vivent aux États-Unis. Leur frère Jack est un courtier d'assurances qui vit à Edmonton. Leur sœur Tzina (M<sup>me</sup> Goodman), qui est maintenant décédée, a eu sa part de difficultés dans la vie. D'abord soignée par un psychiatre à l'adolescence, elle a fini par avoir besoin de soins psychiatriques pendant toute sa vie. Elle a été hospitalisée à maintes reprises au fil des ans; le diagnostic établi à son égard fait état d'un trouble affectif bipolaire, que l'on appelait auparavant psychose maniaco-dépressive, et de personnalité immature. À cause de sa maladie, ses rapports avec sa famille se sont tendus; les gens ont eu tendance à l'éviter. Elle s'est certes mariée et a eu des enfants, mais elle a été peu souvent en contact avec ses enfants après sa séparation d'avec son mari. Ils ne se voyaient qu'à l'occasion.

En 1968, avec l'aide de son fils Jack, Annie Sanofsky a signé un testament accordant à sa fille Tzina un droit de tenure viager et disposant qu'au décès de Tzina, son patrimoine soit partagé entre tous ses petits-enfants (ceux d'Annie). Lors du décès de leur mère, les quatre enfants ont été étonnés d'apprendre qu'un nouveau testament, annulant celui de 1968, avait été signé en 1975. Aux termes du second testament, Annie Sanofsky léguait sans réserve à sa fille Tzina la propriété où elle avait vécu, laissait 1 000\$ à chacun de ses fils et disposait que le reliquat de sa succession soit détenu en fiducie pour le bénéfice de Tzina pendant sa vie et, au décès de Tzina, transmis aux enfants de cette dernière.

Comme on pouvait s'y attendre, les trois frères Geffen n'ont pas été heureux des dispositions testamentaires de leur mère. Ils ont estimé injuste que leurs enfants aient été exclus du testament. Leur sœur

agreed. They were especially concerned, however, with their mother's decision to bequeath her home in Calgary outright to their sister. Tzina had a history of mental illness and they feared that her disability would interfere with her capacity to act responsibly in relation to the property she had inherited. They were particularly concerned that Tzina might divest herself of the assets she needed for her own support. If this happened they might be called upon to contribute to her support. They, along with their sister, decided to seek legal advice as to whether or not the second will was valid.

They retained the services of Mr. Pearce, a Calgary lawyer, and explained the situation to him. Jack Geffen acted as spokesman for the family. The options open to Tzina were canvassed. It was suggested that the house be transferred by Tzina to her brothers' children. A disagreement ensued between Tzina and her brother Jack. She did not like the idea of transferring title to the house immediately, leaving herself with only a life interest in it. Mr. Pearce suggested that she take some time to think things over. The meeting disbanded, the brothers paid for the consultation and all concerned returned to their respective homes.

Mrs. Goodman thereafter had only casual contact with her brothers but continued to seek the advice of counsel and communicated with Mr. Pearce on several occasions. As a result of these consultations it was suggested to Mrs. Goodman that the Calgary residence be put into a trust for her for life with her brothers as trustees but that she would retain the right to dispose of the property by will. This suggestion was vehemently rejected by Jack but accepted by Ted and Sam Geffen. Jack indicated that he would have nothing further to do with the trust and it was agreed that Ted's son, William, would replace him as a trustee.

Mr. Pearce then went ahead and prepared the trust deed. The trust property was conveyed to the trustees on terms that Mrs. Goodman retained a life interest in the Calgary residence and that on her request the trustees would consider a sale of the property so long as the sale was in Mrs. Goodman's best interests. The trust deed further provided that upon

s'est dite du même avis. Toutefois, ils s'inquiétaient surtout de la décision de leur mère de léguer, sans réserve, sa maison de Calgary à leur sœur. Tzina souffrait de troubles mentaux et ils craignaient que sa maladie ne la rende incapable d'agir de façon responsable en ce qui a trait à la propriété dont elle avait hérité. La possibilité que Tzina se défasse des biens dont dépendait sa subsistance était pour eux un sujet d'inquiétude particulier. Dans cette éventualité, ils pourraient être appelés à lui apporter un soutien financier. Avec leur sœur, ils ont décidé de demander une opinion juridique sur la validité du second testament.

Ils ont retenu les services de M<sup>e</sup> Pearce, un avocat de Calgary, et lui ont exposé le cas. Jack Geffen a été le porte-parole de la famille. Les choix qui s'offraient à Tzina ont été examinés soigneusement. L'on a proposé que Tzina transfère la maison aux enfants de ses frères. Un désaccord a surgi entre Tzina et son frère Jack. Elle n'a pas aimé l'idée de céder le titre de propriété de la maison immédiatement et de ne conserver qu'un droit de tenure viager sur celle-ci. M<sup>e</sup> Pearce lui a suggéré d'y réfléchir quelque temps. Ils se sont séparés, les frères ont payé la consultation et tous les intéressés ont regagné leurs domiciles respectifs.

Par la suite, M<sup>me</sup> Goodman n'est entrée en contact avec ses frères qu'à l'occasion, mais elle a continué de demander des avis juridiques et a communiqué avec M<sup>e</sup> Pearce à maintes reprises. Par suite de ces consultations, il a été suggéré à M<sup>me</sup> Goodman de mettre la maison de Calgary en fiducie à son bénéfice pendant sa vie, ses frères étant désignés fiduciaires, mais de retenir le droit de l'aliéner par testament. Jack a rejeté catégoriquement cette suggestion, mais Ted et Sam Geffen l'ont acceptée. Jack a dit qu'il n'aurait plus rien à voir avec la fiducie et il a été convenu que le fils de Ted, William, le remplacerait comme fiduciaire.

M<sup>e</sup> Pearce a donc rédigé l'acte de fiducie. Le bien en fiducie a été transféré aux fiduciaires aux conditions suivantes: M<sup>me</sup> Goodman conserverait un droit de tenure viager sur la maison de Calgary et, à sa demande, les fiduciaires étudieraient la possibilité de la vendre si la vente était avantageuse pour M<sup>me</sup> Goodman. L'acte de fiducie stipulait en outre

Mrs. Goodman's death the trust property would be divided equally among her surviving children, nephews and nieces, i.e., all Annie Sanofsky's grandchildren.

After the deed was executed Mrs. Goodman was apparently not too sure of the effect of what she had done. She attempted twice to put the property on the market. Her attempts were thwarted by Mr. Pearce. Mrs. Goodman died in May of 1984, leaving a last will and testament in which she left her entire estate to her children.

## 2. The Courts Below

*Alberta Court of Queen's Bench* (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210 (*per* Hutchinson J.)

At trial the plaintiffs submitted that the trust agreement was entered into by Mrs. Goodman as a result of the undue influence of the defendants and Jack Geffen. Hutchinson J. first dealt with the admissibility of Mr. Pearce's evidence and in particular the argument that it should not have been received since it was privileged. Having concluded that Mr. Pearce's testimony was properly admitted the trial judge turned to its import. He said at pp. 220-21:

I accept Mr. Pearce's testimony that during his initial dealings with Mrs. Goodman during the period of his initial interview up to at least 7th February 1980 Mrs. Goodman fully understood the nature and effect of the arrangements evidenced by the trust agreement. I am satisfied that Mrs. Goodman was the initiator of the instructions to Mr. Pearce, following periods of independent thought by her, to draw the trust agreement in accordance with his suggestion that this would be an alternate method of holding the Calgary residential property so as to ensure that she had a place to live during her lifetime and that she intended to include all of the ultimate beneficiaries of the trust named therein, including her own children.

Based on the testimony of the solicitor as well as the other witnesses, Hutchinson J. found on the evidence that the Geffen brothers did not in fact influence their sister into signing the trust agreement. In doing so he placed particular emphasis on the fact that the agreement in substance reflected the true

qu'au décès de M<sup>me</sup> Goodman, le bien en fiducie serait partagé également entre ses enfants, neveux et nièces survivants, c'est-à-dire tous les petits-enfants d'Annie Sanofsky.

Après que l'acte eut été signé, M<sup>me</sup> Goodman n'était apparemment pas tout à fait certaine des conséquences de ce qu'elle avait fait. Elle a tenté à deux reprises de mettre en vente la propriété. M<sup>e</sup> Pearce a fait avorter ces tentatives. M<sup>me</sup> Goodman est décédée en mai 1984; dans son testament, elle léguait tous ses biens à ses enfants.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

*Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210 (le juge Hutchinson)

Au procès, les demandeurs ont soutenu que l'acte de fiducie avait été signé par M<sup>me</sup> Goodman par suite de l'abus d'influence des défendeurs et de Jack Geffen. Le juge Hutchinson a d'abord examiné l'admissibilité du témoignage de M<sup>e</sup> Pearce et, en particulier, l'argument selon lequel ce témoignage n'aurait pas dû être reçu parce qu'il était privilégié. Après avoir conclu que le témoignage de M<sup>e</sup> Pearce était recevable, le juge de première instance s'est penché sur sa portée. Il dit, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] J'accepte le témoignage de M<sup>e</sup> Pearce selon lequel, au cours de ses premières discussions avec M<sup>me</sup> Goodman, dans le cadre de sa première rencontre avec elle jusqu'au 7 février 1980 au moins, M<sup>me</sup> Goodman comprenait très bien la nature et l'effet des dispositions consignées dans l'acte de fiducie. Je suis convaincu, d'une part, que M<sup>me</sup> Goodman, après y avoir bien réfléchi de son côté, est à l'origine des instructions données à M<sup>e</sup> Pearce de rédiger l'acte de fiducie en conformité avec la suggestion de ce dernier, que ce serait là une autre manière de détenir la résidence de Calgary, propre à lui garantir un toit jusqu'à la fin de ses jours, et, d'autre part, qu'elle avait l'intention d'inclure tous les bénéficiaires ultimes de la fiducie qui y sont nommés, dont ses propres enfants.

Se fondant sur le témoignage de l'avocat et ceux d'autres témoins, le juge Hutchinson a conclu qu'en fait, d'après la preuve, les frères Geffen n'avaient pas influencé la décision de leur sœur de signer l'acte de fiducie. Ce faisant, il a insisté particulièrement sur le fait que l'acte de fiducie traduisait pour l'essentiel les

wishes of the settlor. Alternatively, Hutchinson J. found that any presumption of undue influence was rebutted by the fact that Mrs. Goodman consulted Mr. Pearce independently and after her brothers had left Calgary. The trial judge concluded at pp. 228-29:

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all . . . . Apart from the brief interval of time when they were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. She did not rely on them for assistance and they were only concerned that their mother's estate be available for her maintenance without the need on their part to assume any personal responsibility for their sister's care.

*Alberta Court of Appeal* (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289

Stevenson J.A. (Stratton J.A. concurring)

On appeal the respondents submitted that the trial judge had failed to recognize and address the presumption of undue influence. Stevenson J.A. agreed. He noted the deceased's history of mental health problems and the brothers' testimony that the deceased reposed trust and confidence in them. Stevenson J.A. added that when her older brothers took a leading role in obtaining legal advice, one of the objects of which was to secure benefits for their own children, a court of equity would intervene to the extent of presuming influence.

Stevenson J.A. then turned to the question whether the transaction was so disadvantageous to Mrs. Goodman as to indicate that she was or could have been victimized. After expressing some uneasiness with the propriety of this test, Stevenson J.A. concluded that the trust agreement was not simply unwise, it was "manifest folly". It was his opinion that for Mrs. Goodman to reduce her interest in the Calgary property which had been bequeathed to her outright by her mother to a mere life interest and

véritables volontés de la disposante. Subsidiairement, le juge Hutchinson a conclu que la présomption d'abus d'influence était réfutée par le fait que M<sup>me</sup> Goodman avait consulté M<sup>e</sup> Pearce séparément, après que ses frères eurent quitté Calgary. Le juge de première instance conclut, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle [. . .] Mis à part le bref intervalle durant lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M<sup>me</sup> Goodman n'ont presque pas été en contact. Elle n'a pas compté sur leur aide et leur seul souci était que l'héritage de leur mère soit disponible pour assurer la subsistance de leur sœur sans qu'ils aient eux-mêmes à subvenir à ses besoins.

*Cour d'appel de l'Alberta* (1989), 68 Alta. L.R. (2d) 289

Le juge Stevenson (aux motifs duquel a souscrit le juge Stratton)

En appel, les intimés ont soutenu que le juge de première instance n'avait pas reconnu ni étudié la présomption d'abus d'influence. Le juge Stevenson a approuvé ce point de vue. Il a souligné les antécédents psychiatriques de la défunte et les témoignages de ses frères selon lesquels la défunte leur faisait confiance. Le juge Stevenson a ajouté qu'étant donné que ses frères aînés avaient joué un rôle de premier plan dans l'obtention d'un avis juridique, notamment dans le but d'assurer des avantages à leurs propres enfants, une cour d'*equity* interviendrait en préservant l'exercice d'une influence.

Le juge Stevenson a étudié ensuite la question de savoir si l'opération était désavantageuse pour M<sup>me</sup> Goodman au point d'indiquer qu'elle avait été ou pouvait avoir été une victime. Après avoir exprimé une certaine inquiétude au sujet de l'opportunité d'appliquer ce critère, le juge Stevenson a conclu que le contrat de fiducie était non pas simplement peu judicieux, mais [TRADUCTION] «folie manifeste». À son avis, il était nettement désavantageux pour M<sup>me</sup> Goodman de réduire son droit sur la propriété de

place the remainder beyond her reach was clearly disadvantageous. He said at p. 297:

Assuming that she should have been protected from the consequences of an improvident business transaction entered into when she was behaving irrationally, that protection could easily have been provided by far less drastic means. Protection against that possibility did not suggest, let alone reasonably require, that she convert a fee simple estate to a mere life interest. Even the most tightly drawn spendthrift trust would not have put the remainder beyond the control or disposition of the trustees for the advantage of the beneficiary.

It was accordingly his view that no reasonable person in the position of the settlor would have entered into this arrangement on the basis that it was reasonably necessary in order to protect herself or that it was unfair not to do so.

Stevenson J.A. then went on to consider whether the presumption of undue influence had been rebutted on the evidence. It was his opinion that Mrs. Goodman did not receive adequate independent advice. He expressed the view that an independent advisor must be in a position to satisfy himself that a proposed gift is right and proper. The evidence did not disclose that Mr. Pearce ever purported to satisfy himself as to this. Indeed, he could not have done so since he did not know the value of the property or the circumstances of Mrs. Goodman or her brothers.

Hetherington J.A. (dissenting)

Hetherington J.A. noted the settlor's illness but concluded that her competence to enter into the trust agreement was not and never had been in issue. She also noted that one had to assume that Mrs. Goodman was neither more nor less open to influence than other people.

Hetherington J.A. held, citing *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686 (H.L.), as authority, that no consideration of undue influence was necessary unless the transaction was so disadvantageous to the settlor as to suggest that she was or could have been victimized. It was her view that Mrs. Goodman's entry into the trust agreement could

Calgary que sa mère lui avait léguée sans réserve à un simple droit de tenure viager et de mettre le droit résiduel hors de sa portée. Il dit, à la p. 297:

[TRADUCTION] À supposer que l'on aurait dû la protéger des conséquences d'une opération commerciale conclue, de façon imprévoyante, à un moment où sa conduite était irrationnelle, cette protection aurait pu facilement être obtenue par des moyens beaucoup moins radicaux. La protection contre cette possibilité ne supposait pas, et encore moins n'exigeait pas raisonnablement, qu'elle transformât un fief simple en simple droit de tenure viager. Même la fiducie à participation protégée la plus stricte n'aurait pas mis le droit résiduel hors du contrôle ou du pouvoir d'aliénation des fiduciaires dans l'intérêt du bénéficiaire.

Il était donc d'avis qu'aucune personne raisonnable, dans la situation de la disposante, n'aurait conclu cet accord pour le motif que cela était raisonnablement nécessaire pour se protéger ou qu'il était injuste de ne pas le faire.

Le juge Stevenson a examiné ensuite si, d'après la preuve, la présomption d'abus d'influence avait été réfutée. À son avis, M<sup>me</sup> Goodman n'avait pas reçu de conseils adéquats d'une personne indépendante. Il s'est dit d'avis qu'un conseiller indépendant doit être en mesure de s'assurer qu'une donation envisagée est juste et équitable. La preuve n'a pas révélé que M<sup>e</sup> Pearce ait jamais cherché à s'en assurer. En réalité, il n'aurait pas pu le faire, car il ignorait la valeur de la propriété et la situation de M<sup>me</sup> Goodman et de ses frères.

Le juge Hetherington (dissidente)

Le juge Hetherington a pris note de la maladie de la disposante, mais elle a conclu que sa capacité de passer le contrat de fiducie n'était pas et n'avait jamais été contestée. Elle a également souligné qu'il fallait présumer que M<sup>me</sup> Goodman n'était ni plus ni moins influençable que d'autres.

Citant l'arrêt *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686 (H.L.), à titre de précédent, le juge Hetherington a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de l'abus d'influence, sauf si l'opération était désavantageuse pour la disposante au point d'indiquer qu'elle avait été ou pouvait avoir été une victime. À son avis, deux motifs pouvaient



be explained on two grounds. First, it served the purpose of protecting Mrs. Goodman in the event her illness led her to behave irrationally. Second, it was her wish that her nephews and nieces share equally with her own children in their grandmother's estate. While acknowledging that the trust agreement may have been somewhat unwise having regard to her own financial circumstances, Hetherington J.A. was of the view that it was not so disadvantageous to the settlor that the court needed to consider whether or not it was the product of undue influence. However, in case she was in error in this, Hetherington J.A. went on to consider the applicability of the doctrine of undue influence, actual or presumed.

Hetherington J.A. did not believe that the relationship of brother and sister gave rise automatically to a presumption of undue influence. Nor did it follow that simply because the settlor reposed trust and confidence in her brothers they were in a position to exercise such influence over her. On the question whether there had been actual undue influence Hetherington J.A. concluded at p. 322:

In these circumstances the trial judge found that Mrs. Goodman's brothers did not influence her to sign the trust agreement. Can it be said that he made any palpable and overriding error in his assessment of the facts? In my view it cannot. There is certainly evidence to support his finding. Indeed, I do not know how he could have come to any other conclusion. I would, therefore, not disturb his finding that the trust agreement in question in this case did not result from actual undue influence.

*Alberta Court of Appeal (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 414*

Following release of the reasons for judgment, the unsuccessful respondents sought an order that they receive costs instead of having to pay costs as provided in the original judgment. Stevenson and Stratton J.J.A. held that the conduct of the brothers in securing the transfer from the settlor had been found wanting and that they were defending an interest which they themselves had been instrumental in creating for the benefit of persons nominated by them. Since the litigation had been for their own benefit the request for costs was denied.

expliquer la conclusion du contrat de fiducie par M<sup>me</sup> Goodman. Premièrement, il servait à la protéger au cas où sa maladie la pousserait à agir de façon irrationnelle. Deuxièmement, c'était sa volonté que ses neveux et nièces partagent à parts égales avec ses enfants l'héritage de leur grand-mère. Tout en reconnaissant que le contrat de fiducie était peut-être peu judicieux compte tenu de sa propre situation financière, le juge Hetherington s'est dite d'avis qu'il n'était pas désavantageux pour la disposante au point que le tribunal doive décider s'il résultait d'un abus d'influence. Toutefois, au cas où elle se tromperait sur ce point, le juge Hetherington a ensuite examiné la question de l'applicabilité de la théorie de l'abus d'influence, réel ou présumé.

Le juge Hetherington ne croyait pas que les liens de parenté entre frères et sœurs fassent naître automatiquement une présomption d'abus d'influence. Du simple fait que la disposante avait fait confiance à ses frères, il ne s'ensuivait pas qu'ils étaient en mesure d'exercer une telle influence sur elle. Quant à la question de savoir s'il y avait eu réellement abus d'influence, le juge Hetherington conclut, à la p. 322:

[TRADUCTION] Vu ces circonstances, le juge de première instance a conclu que les frères de M<sup>me</sup> Goodman n'avaient pas influencé sa décision de signer l'acte de fiducie. Peut-on affirmer qu'il a fait une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? Je ne le crois pas. La preuve permet certainement sa conclusion. En fait, je ne vois pas comment il aurait pu tirer quelque autre conclusion. Je ne modifierais donc pas sa conclusion que l'acte de fiducie dont il est question en l'espèce ne résultait pas d'un abus d'influence réel.

*Cour d'appel de l'Alberta (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 414*

Après délivrance des motifs de jugement, les intimés, qui avaient été déboutés, ont demandé une ordonnance leur accordant des dépens au lieu d'avoir à en payer comme le prévoyait le jugement initial. Les juges Stevenson et Stratton ont décidé qu'en obtenant la cession de la disposante, les frères étaient en défaut et défendaient un intérêt qu'ils avaient eux-mêmes contribué à créer au profit de personnes qu'ils avaient désignées. Puisque le litige avait visé leur propre avantage, la demande de dépens a été rejetée.

Hetherington J.A. dissented on this point as well. In her view the trustees acted reasonably and properly in defending the action and in responding to the appeal. It was never established that the brothers had acted improperly in relation to their sister. They were obliged to defend the interests of the beneficiaries and to respond to the serious allegations contained in the statement of claim. She would have allowed the trustees their costs out of the trust property.

### 3. The Issues

1. Was the presumption of undue influence properly applied by the Court of Appeal?
2. Are the trustees entitled to costs out of the trust property?

### 4. Analysis

#### *The Presumption of Undue Influence*

This appeal raises important questions concerning the doctrine of undue influence and, in particular, the application of the presumption of undue influence. It was over this issue that the trial judge and the Court of Appeal parted company. As well, the scope of the doctrine of undue influence and its evidentiary companion, the presumption of undue influence, has recently been addressed by the House of Lords in *Morgan*. Not surprisingly, the parties to this appeal devoted the bulk of their argument both on the leave application and the appeal itself to the question whether or not we should follow the House of Lords in Canada. Indeed, the primary ground of appeal advanced by the appellant was whether there could be a presumption of undue influence where the trust agreement was not found by the trial judge to be "manifestly disadvantageous" to the party seeking to have it set aside. The respondent's response was that the doctrine of "manifest disadvantage" applies only to commercial transactions and does not apply to gifts. The Court has thus been called upon not only to resolve the dispute between the parties to this appeal

Le juge Hetherington a été dissidente sur ce point aussi. À son avis, les fiduciaires ont agi de façon raisonnable et régulière en contestant l'action et en répondant à l'appel. Il n'a jamais été établi que les frères avaient agi de façon irrégulière vis-à-vis de leur sœur. Ils étaient tenus de défendre les intérêts des bénéficiaires et de répondre aux graves allégations contenues dans la déclaration. Elle aurait accordé le paiement des dépens des fiduciaires à même la masse.

### 3. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle appliqué correctement la présomption d'abus d'influence?
2. Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?

### 4. Analyse

#### *La présomption d'abus d'influence*

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions concernant la doctrine de l'abus d'influence et, particulièrement, l'application de la présomption d'abus d'influence. C'est sur cette question que le juge de première instance et la Cour d'appel ont exprimé des opinions divergentes. De même, la Chambre des lords, dans l'arrêt *Morgan*, a récemment examiné la portée de la doctrine de l'abus d'influence et de son pendant en matière de présentation de preuve, la présomption d'abus d'influence. Il n'est pas étonnant que les parties au présent pourvoi aient consacré la grande part de leurs arguments, tant à l'étape de la demande d'autorisation que du pourvoi lui-même, à la question de savoir si nous devrions suivre la conclusion de la Chambre des lords au Canada. En réalité, le principal moyen d'appel invoqué par l'appellant était de savoir s'il pouvait y avoir une présomption d'abus d'influence lorsque le juge de première instance n'a pas conclu que le contrat de fiducie comportait un «désavantage manifeste» pour la partie qui en réclamait l'annulation. L'intimé a répondu que la doctrine du «désavantage manifeste» ne s'applique qu'aux opérations commerciales et ne s'applique pas aux donations. La Cour est donc non seulement appelée à trancher le différend entre les parties au présent pourvoi, mais aussi à cla-

but to clarify the law and provide some guidance to our courts in this area.

The appellants submit that the Court of Appeal erred in two ways. First, they say that the facts did not give rise to a presumption of undue influence because the trust agreement did not work a “manifest disadvantage” to the settlor. Second, they say that even if this were an appropriate case for the application of the presumption, it was rebutted when the trial judge found as a fact that no actual undue influence was exercised on Mrs. Goodman to enter into the trust agreement. Accordingly, they say that the Court of Appeal committed an error of law when they overturned this finding of fact.

The respondents argue that the Court of Appeal was correct in finding that the presumption of undue influence applied in this case. They say that the doctrine of “manifest disadvantage” has no relevance in situations involving gifts as opposed to commercial transactions but that, if it does, the bequest of the Calgary home by Mrs. Goodman to her children, nephews and nieces was manifestly disadvantageous to her. The respondents contend that the evidence does not establish that the presumption was rebutted.

The equitable doctrine of undue influence was developed, as was pointed out by Lindley L.J. in *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, not to save people from the consequences of their own folly but to save them from being victimized by other people (at pp. 182-83). In the context of gifts and other transactions, equity will intervene and set aside such arrangements if procured by undue influence. Over the years it became accepted that equitable protection could be invoked in two ways.

In *Allcard v. Skinner*, *supra*, the plaintiff joined a sisterhood devoted to charitable works under the auspices of a clergyman of the Church of England. Upon becoming a full member of the sisterhood she made the requisite vows of poverty, chastity and obedience. In accordance with these vows she from time to time handed over to the mother superior income and capital to which she was entitled under her father’s will.

rifier le droit et à établir des lignes directrices dans ce domaine au profit de nos tribunaux.

Les appelants soutiennent que la Cour d’appel a commis deux erreurs. Premièrement, ils affirment que les faits ne donnaient pas lieu à une présomption d’abus d’influence parce que le contrat de fiducie n’a pas produit pour la disposante de «désavantage manifeste». Deuxièmement, ils affirment que, même s’il y avait eu lieu en l’espèce d’appliquer la présomption, celle-ci aurait été réfutée quand le juge de première instance a conclu qu’en fait M<sup>me</sup> Goodman n’avait fait l’objet d’aucun abus d’influence visant à lui faire signer l’acte de fiducie. Par conséquent, ils affirment que la Cour d’appel a commis une erreur de droit quand elle a infirmé cette constatation de fait.

Les intimés soutiennent que la Cour d’appel a conclu à bon droit que la présomption d’abus d’influence s’appliquait en l’espèce. Ils affirment que la théorie du «désavantage manifeste» n’est pas pertinente dans les cas où il s’agit de donations plutôt que d’opérations commerciales, mais que, si elle était applicable, le legs de la maison de Calgary par M<sup>me</sup> Goodman à ses enfants, neveux et nièces serait manifestement désavantageux pour elle. Les intimés soutiennent que la preuve n’établit pas que la présomption a été réfutée.

La théorie de l’abus d’influence reconnue en *equity* a été conçue, comme l’a souligné le lord juge Lindley dans *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, non pas pour protéger les gens contre les conséquences de leur folie, mais pour empêcher qu’ils ne deviennent la victime d’autrui (aux pp. 182 et 183). Dans le contexte des donations et d’autres opérations, l’*equity* intervient pour annuler ces dispositions si elles ont été prises par suite d’un abus d’influence. Au fil des ans, l’on a accepté que la protection reconnue en *equity* puisse être invoquée de deux manières.

Dans l’arrêt *Allcard v. Skinner*, précité, la demanderesse était entrée dans une communauté religieuse qui se vouait à des œuvres de charité sous les auspices d’un pasteur de l’Église d’Angleterre. Lors de son entrée définitive en religion, elle a prononcé les vœux obligatoires de pauvreté, de chasteté et d’obéissance. Conformément à ces vœux, elle remettait de temps à autre à la mère supérieure le revenu et le capital aux-

Several years later the plaintiff left the sisterhood and joined the Roman Catholic Church. She then sued for the return of the stock she had given away, claiming that she had been induced by undue influence to turn the property over to the mother superior.

Cotton L.J. began by setting out the doctrine of undue influence in broad terms. At page 171 he said:

Does the case fall within the principles laid down by the decisions of the Court of Chancery in setting aside voluntary gifts executed by parties who at the time were under such influence as, in the opinion of the Court, enabled the donor afterwards to set the gift aside? These decisions may be divided into two classes — First, where the Court has been satisfied that the gift was the result of influence expressly used by the donee for the purpose; second, where the relations between the donor and donee have at or shortly before the execution of the gift been such as to raise a presumption that the donee had influence over the donor.

Lindley L.J. commented to similar effect on the state of the law at that time. He said at p. 181:

The doctrine relied upon by the Appellant is the doctrine of undue influence expounded and enforced in *Huguenin v. Baseley*, and other cases of that class. These cases may be subdivided into two groups, which, however, often overlap.

First, there are the cases in which there has been some unfair and improper conduct, some coercion from outside, some overreaching, some form of cheating, and generally, though not always, some personal advantage obtained by a donee placed in some close and confidential relation to the donor . . . .

The second group consists of cases in which the position of the donor to the donee has been such that it has been the duty of the donee to advise the donor, or even to manage his property for him. In such cases the Court throws upon the donee the burden of proving that he has not abused his position, and of proving that the gift made to him has not been brought about by any undue influence on his part. In this class of cases it has been

quels elle avait droit aux termes du testament de son père. Plusieurs années plus tard, la demanderesse a quitté l'ordre et s'est jointe à l'Église catholique romaine. Elle a intenté alors une action en recouvrement des actions qu'elle avait données, prétendant qu'elle avait été incitée, par suite d'un abus d'influence, à céder ces biens à la mère supérieure.

Le lord juge Cotton a tout d'abord exposé la théorie de l'abus d'influence en termes généraux. Il dit, à la p. 171:

[TRADUCTION] L'affaire est-elle visée par les principes que la Cour de la Chancellerie a énoncés dans ses décisions où elle a annulé des donations effectuées volontairement par des parties qui les avaient faites sous une influence de nature, selon la Cour, à permettre, par la suite, au donateur de révoquer la donation? Ces décisions peuvent être réparties dans deux catégories — Premièrement, les cas où la cour a été convaincue que la donation résultait de l'influence exercée expressément par le donataire à cette fin; deuxièmement, ceux où les relations entre le donateur et le donataire étaient de nature, soit au moment où la donation a été faite, soit peu avant, à faire naître une présomption d'influence du donataire sur le donateur.

Le lord juge Lindley a fait des observations semblables sur l'état du droit à cette époque. Il dit, à la p. 181:

[TRADUCTION] La théorie qu'invoque l'appelante est celle de l'abus d'influence exposée et mise en application dans l'arrêt *Huguenin v. Baseley* et d'autres du même ordre. Ces arrêts peuvent être rangés en deux catégories qui se chevauchent néanmoins fréquemment.

Dans la première, on classe les affaires dans lesquelles il y a eu une conduite inéquitable et irrégulière — une contrainte extérieure, quelque fourberie, quelque escroquerie, et de façon générale, mais non dans tous les cas, quelque avantage personnel obtenu par un donataire ayant des rapports étroits avec le donateur qui a des rapports de confiance étroits avec lui . . .

Dans la deuxième catégorie d'affaires, il y a celles où la situation du donateur par rapport au donataire est telle qu'il incombe au donataire de conseiller le donateur, voire d'administrer ses biens pour lui. En pareil cas, le tribunal impose au donataire le fardeau de prouver qu'il n'a pas abusé de sa position et que la donation qui lui a été faite ne résulte pas de quelque abus d'influence de sa part. Dans ce type d'affaire, il a été estimé nécessaire de

considered necessary to shew that the donor had independent advice, and was removed from the influence of the donee when the gift to him was made.

In the present case there was no evidence of undue influence as such and it therefore remains to consider whether the relationship between the parties gave rise to a presumption of undue influence.

What are the factors that go to establishing a presumption of undue influence? This question has been the focus of much debate in recent years. Equity has recognized that transactions between persons standing in certain relationships with one another will be presumed to be relationships of influence until the contrary is shown. These include the relationship between trustee and beneficiary (*Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104); solicitor and client (*Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27); doctor and patient (*Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587); parent and child (*Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380); guardian and ward (*Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349); and future husband and fiancée (*In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289). Beginning, however, with *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933, it came to be accepted that the relationships in which undue influence will be presumed are not confined to fixed categories and that each case must be considered on its own facts. Since then it has been generally agreed that the existence of some "special" relationship must be shown in order to support the presumption although what constitutes such a "special" relationship is a matter of some doubt. In *Snell's Principles of Equity* (1982), for instance, it is stated at p. 540 that the presumption applies when the transaction has been effected between parties in a fiduciary relationship to one another. Others suggest that influence flows naturally from confidential relationships: see *Canadian Encyclopedic Digest (Western)*, Title 67, para. 94. In *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, this issue was canvassed in some detail by Sir Eric Sachs who indicated that the existence of an advisory relationship is relevant to the determination. He went on to say at p. 767:

démontrer que le donataire avait reçu l'avis d'une personne indépendante et était soustrait à l'influence du donataire au moment où la donation a été faite.

<sup>a</sup> En l'espèce, il n'y avait pas de preuve d'abus d'influence comme tel et il reste donc à examiner si les rapports entre les parties soulèvent une présomption d'abus d'influence.

<sup>b</sup>

Quels sont les facteurs qui permettent d'établir l'existence d'une présomption d'abus d'influence? Cette question a suscité une vive controverse au cours des dernières années. Il a été reconnu en *equity* que les opérations conclues par des personnes qui entretiennent certains rapports sont présumées être, jusqu'à preuve du contraire, le produit de relations dans lesquelles une influence est exercée. Sont assimilés à ces rapports, les relations entre le fiduciaire et le bénéficiaire (*Ellis v. Barker* (1871), 7 Ch. App. 104), entre l'avocat et son client (*Wright v. Carter*, [1903] 1 Ch. 27), entre le médecin et son patient (*Mitchell v. Homfray* (1881), 8 Q.B.D. 587), entre les parents et les enfants (*Lancashire Loans, Ltd. v. Black*, [1934] 1 K.B. 380), entre le tuteur et le pupille (*Hylton v. Hylton* (1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349), et entre le futur mari et sa fiancée (*In re Lloyds Bank, Ltd.*, [1931] 1 Ch. 289). Toutefois, depuis l'arrêt *Zamet v. Hyman*, [1961] 3 All E.R. 933, on en est venu à accepter que les rapports dans lesquels l'abus d'influence sera présumé ne sont pas limités à des catégories immuables et que chaque cas doit être examiné en fonction de ses propres faits. Depuis lors, tous s'entendent généralement pour dire que l'existence d'une relation «spéciale» doit être établie pour que la présomption soit justifiée, quoiqu'il subsiste un doute sur ce qui constitue une relation «spéciale».

<sup>c</sup>

Dans *Snell's Principles of Equity* (1982), par exemple, on affirme, à la p. 540, que la présomption s'applique quand l'opération a été conclue entre des parties qui ont des rapports fiduciaires entre elles. D'autres soutiennent que l'influence découle naturellement des rapports de confiance: voir *Canadian Encyclopedic Digest (Western)*, titre 67, par. 94. Dans *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, sir Eric Sachs a étudié cette question à fond; selon lui, l'existence de rapports de consultation est pertinente quant à la solution qu'il convient de retenir. Il ajoute, à la p. 767:

<sup>d</sup>

Such cases tend to arise where someone relies on the guidance or advice of another, where the other is aware of that reliance and where the person on whom reliance is placed obtains, or may well obtain, a benefit from the transaction or has some other interest in it being concluded.

Sir Eric's comments were approved in *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, *supra*, a case raising the propriety of a bank's involvement in securing a transaction with one of its customers. Lord Scarman explained his difficulty with the existing state of the law at p. 703. To him, words and phrases such as "confidence", "confidentiality" and "fiduciary duty" were inadequate concepts to guide the inquiry and often led justices into a misinterpretation of facts:

There are plenty of confidential relationships which do not give rise to the presumption of undue influence . . . and there are plenty of non-confidential relationships in which one person relies upon the advice of another. . . .

In expressing his approval of Sir Eric's words, Lord Scarman noted at p. 709 that relationships in which one party develops a dominating influence over another are "infinitely various" and there was no substitute for a "meticulous examination of the facts".

It should be noted, however, that this aspect of Lord Scarman's speech in *Morgan* has met with considerable disfavor in the academic community. A number of commentators have expressed the view that the imprecision of his inquiry is very unhelpful: see Malcolm Cope, "Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: *National Westminster Bank plc v. Morgan*" (1986), 60 *A.L.J.* 87; David Tiplady, "The Limits of Undue Influence" (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579; and Editorial, "Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] *J. Bus. L.* 191. Professor Ogilvie in her article, "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503, on the other hand, favours the open-ended nature of the *Morgan* approach for more teleological reasons. She states that the test permits wider review by higher tribunals.

[TRADUCTION] Ce type d'affaire tend à se produire quand une personne se fie aux conseils ou aux avis d'une autre, lorsque cette dernière sait que cette confiance existe et que la personne à qui se fie la première tire, ou peut bien tirer, un avantage de l'opération ou a quelque autre intérêt à ce qu'elle soit conclue.

Les observations de sir Eric ont été approuvées dans *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, précitée, une affaire traitant de l'à-propos du rôle joué par une banque dans la réalisation d'une opération avec l'un de ses clients. Lord Scarman a expliqué les problèmes que posait pour lui l'état existant du droit, à la p. 703. Selon lui, les mots et expressions tels que [TRADUCTION] «confiance», «rapports de confiance» et «obligation fiduciaire» constituaient des notions qui étaient inadéquates pour orienter l'examen que devaient faire les juges et qui souvent les amenaient à mal interpréter les faits:

[TRADUCTION] Il ne manque pas de rapports de confiance qui ne font pas naître la présomption d'abus d'influence [. . .] et il ne manque pas de rapports non fondés sur la confiance dans lesquels une personne se fie à l'avis d'une autre . . .

En exprimant son approbation des propos de sir Eric, lord Scarman fait observer, à la p. 709, que les rapports dans lesquels une partie finit par exercer une influence dominante sur l'autre sont [TRADUCTION] «infiniment variés» et que rien ne peut remplacer un [TRADUCTION] «examen méticuleux des faits».

Il y a pourtant lieu de noter que cet aspect du discours de lord Scarman dans l'arrêt *Morgan* a été considérablement réprouvé dans les milieux universitaires. Nombre de commentateurs ont émis l'avis que l'imprécision de l'examen qu'il avait fait n'apportait rien d'utile; voir Malcolm Cope, «Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: *National Westminster Bank plc v. Morgan*» (1986), 60 *A.L.J.* 87, David Tiplady, «The Limits of Undue Influence» (1985), 48 *Mod. L. Rev.* 579, et Editorial, «Bank securities allegedly obtained by undue influence», [1985] *J. Bus. L.* 191. Dans son article intitulé «Undue Influence in the House of Lords» (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 503, le professeur Ogilvie préfère, par contre, la latitude qu'offre la solution de l'arrêt *Morgan* pour des raisons plus téléologiques. Elle affirme que le critère permet aux

She thinks this is a good thing. Some prefer Sir Eric's view in *Bundy*, *supra* (see Neil Andrews, "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] *Cambridge L.J.* 192), while others think that Lord Denning was on the right track when he suggested in *obiter* in *Bundy* that the courts should adopt the concept of inequality of bargaining power. With appropriate modification to the gifts context, power imbalances are a useful yardstick for equitable intervention: see Charles Reed, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 106; and R. D. Taylor, "Commentary" (1985), 19 *Law Teacher* 105. Still others have gone on to provide their own tests for this branch of the presumption inquiry. David Tiplady, *supra*, sees the constant feature in the cases as a circumstance whereby one party is led to believe that he can rely on another for disinterested advice and guidance and that the other will put his welfare first. Finally, Malcolm Cope, *supra*, in similar vein, says the test should be one of reliance upon guidance and advice.

The growing debate in the academic literature over the kind of relationship to which the presumption of undue influence should apply is echoed in the decisions of the English courts following *Morgan*. For instance, in *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17, and *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20, a test of "dominating influence" was applied while in *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133, the Court of Appeal applied the confidentiality test and explicitly rejected the domination approach, stating at p. 153:

It is natural to presume that out of that trust and confidence grows influence. But it would run contrary to human experience to presume that every patient is dominated by his doctor or every client by his solicitor. Even in just such cases must be rare. . . . it is not the function of a presumption to presume the generally improbable.

tribunaux supérieurs de procéder à un examen plus large. Elle estime que c'est une bonne chose. Certains marquent leur préférence pour le point de vue exprimé par sir Eric dans l'arrêt *Bundy*, précité (voir Neil Andrews, «Undue Influence and Contracts of Loan», [1985] *Cambridge L.J.* 192), tandis que d'autres estiment que lord Denning était sur la bonne voie quand il a affirmé, dans une opinion incidente dans l'arrêt *Bundy*, que les tribunaux devraient adopter le concept de l'inégalité du pouvoir de négociation. Si on lui apporte les modifications qui s'imposent dans le contexte des donations, le déséquilibre des pouvoirs constitue une mesure utile pour apprécier l'opportunité d'une intervention fondée sur l'*equity*: voir Charles Reed, «Commentary» (1985), 19 *Law Teacher* 106, et R. D. Taylor, «Commentary» (1985), 19 *Law Teacher* 105. Puis, d'autres encore ont énoncé leurs propres critères relativement à cet aspect de l'examen de la présomption. Pour David Tiplady, précité, la caractéristique constante de ces affaires est le fait qu'une des parties est amenée à croire qu'elle peut se fier à une autre pour obtenir un avis et des conseils désintéressés, alors que l'autre fait primer son propre intérêt. Enfin, Malcolm Cope, précité, affirme, dans le même esprit, que le critère applicable devrait être celui de la confiance dans des avis et conseils.

Le débat qui s'amplifie dans la doctrine au sujet du genre de relations auquel devrait s'appliquer la présomption d'abus d'influence se répercute dans les décisions des tribunaux anglais postérieures à l'arrêt *Morgan*. Par exemple, dans *Midland Bank plc v. Shephard*, [1988] 3 All E.R. 17, et dans *Simpson v. Simpson*, [1989] Fam. L. 20, un critère de [TRADUCTION] «l'influence dominante» a été appliqué, tandis que, dans *Goldsworthy v. Brickell*, [1987] 2 W.L.R. 133, la Cour d'appel a appliqué le critère des rapports de confiance et a rejeté catégoriquement la théorie de la domination, disant, à la p. 153:

[TRADUCTION] Il est naturel de présumer que l'influence découle de cette confiance. Mais l'expérience enseigne qu'au contraire l'on ne peut pas présumer que tout patient est dominé par son médecin ou tout client par son avocat. Même si on le dit pour plaisanter, ces cas doivent être rares [...] une présomption n'a pas pour fonction de présumer ce qui est généralement improbable.

See: Brenda Dale, "Undue Influence Recent Developments" (1989), 53 *Conv. & Prop. Law*. 63.

Similar debate and disagreement has arisen over another factor thought to be relevant in establishing a presumption of undue influence. At the Court of Appeal level in *Morgan* the two-judge panel agreed that it was not necessary for a plaintiff invoking the presumption to show that the transaction entered into worked to his or her disadvantage. Dunn L.J. acknowledged that the decided cases all involved instances of disadvantage to the party influenced but went on to state that considerations of public policy required that transactions brought about through the possible abuse of a confidential relationship should not to be permitted by a court of equity to stand. Slade L.J. agreed, adding that this did not mean that proof of a fair transaction was irrelevant. In his opinion, such proof could in fact make it easier for a party to rebut the presumption once applied.

The House of Lords, however, specifically overruled the Court of Appeal on this point. Lord Scarman stated in his speech at p. 704:

Whatever the legal character of the transaction, the authorities show that it must constitute a disadvantage sufficiently serious to require evidence to rebut the presumption that in the circumstances of the relationship between the parties it was procured by the exercise of undue influence. In my judgment, therefore, the Court of Appeal erred in law in holding that the presumption of undue influence can arise from the evidence of the relationship of the parties without also evidence that the transaction itself was wrongful in that it constituted an advantage taken of the person subjected to the influence which, failing proof to the contrary, was explicable only on the basis that undue influence had been exercised to procure it.

The requirement that the plaintiff show manifest disadvantage was subsequently applied even to the first class of undue influence cases, i.e., those in which actual undue influence must be affirmatively shown by the person allegedly influenced: see *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759 (C.A.).

Voir Brenda Dale, «Undue Influence: Recent Developments» (1989), 53 *Conv. & Prop. Law*. 63.

Une controverse semblable s'est élevée au sujet d'un autre facteur jugé pertinent pour établir l'existence d'une présomption d'abus d'influence. En Cour d'appel, dans l'affaire *Morgan*, les deux juges sont tombés d'accord pour dire qu'il n'était pas nécessaire que le demandeur qui invoque la présomption démontre que l'opération conclue l'a désavantagé. Le lord juge Dunn a reconnu que, dans tous les précédents, la partie influencée avait été désavantagée, mais il a ajouté que, pour des considérations d'intérêt public, une cour d'*equity* ne devrait pas sanctionner les opérations réalisées par suite d'un abus possible de rapports de confiance. Le lord juge Slade a souscrit à cette opinion, ajoutant que cela ne signifiait pas que la preuve de la justesse de l'opération n'était pas pertinente. À son avis, cette preuve pouvait, de fait, faciliter à une partie la tâche de réfuter la présomption qui a été appliquée.

La Chambre des lords a cependant infirmé l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point précis. Dans son discours, lord Scarman dit, à la p. 704:

[TRADUCTION] Peu importe la nature juridique de l'opération, il ressort de la jurisprudence que celle-ci doit représenter un désavantage suffisamment sérieux pour nécessiter que l'on produise une preuve réfutant la présomption que, vu les circonstances des rapports entre les parties, cette opération résultait d'un abus d'influence. Donc, à mon sens, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en décidant que la présomption d'abus d'influence peut découler de la preuve des rapports entre les parties sans que l'on prouve également que l'opération elle-même était répréhensible du fait qu'on avait tiré profit de la personne influencée, ce qui ne peut s'expliquer, faute de preuve contraire, que par l'abus d'influence commis pour la conclure.

L'exigence que le demandeur démontre l'existence d'un désavantage manifeste a été appliquée, par la suite, même aux cas d'un abus d'influence rentrant dans la première catégorie, c'est-à-dire ceux où la personne qui aurait été influencée doit établir qu'effectivement elle a été victime d'un abus d'influence: voir *Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody*, [1989] 2 W.L.R. 759 (C.A.).



The requirement that a plaintiff demonstrate manifest disadvantage has come under heavy criticism. Some commentators have not so much attacked the doctrine itself but have taken a dim view of its application in *Aboody*, *supra*, given the facts: see M. J. Dixon, "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] *Cambridge L.J.* 359; and Brenda Dale, "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441. Others seem to accept the relevance of a showing of manifest disadvantage at the stage of invoking the presumption but suggest that the requirement was cast too narrowly in *Morgan*, *supra*. For example, Tiplady, *supra*, has questioned Lord Scarman's objective examination of disadvantage. Citing *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767 (C.A.), he observes that courts in the past have also recognized that disadvantage may have a subjective element to it. In like manner, Professor Ogilvie, *supra*, seems to accept the idea that disadvantage to the donor is relevant but would go further and say that benefit to the donee is equally important: see also Neil Andrews, *supra*. Additionally, Tiplady points out that when considering this question in the context of gifts as opposed to commercial transactions the requirement of disadvantage is always met because the nature of a gift is such that adequate consideration is never an issue.

This Court is not, of course, bound to follow decisions of the House of Lords. Nor is it, strictly speaking, necessary for us for the purposes of the present appeal to examine all aspects of the *Morgan* decision and in particular the ruling of the House of Lords respecting the requirement of a showing of manifest disadvantage in cases involving commercial transactions. It is my view, however, that the resolution of this appeal should proceed from first principles and this necessarily leads us into a consideration of the law as set out in *Morgan*. I believe we should take heed of the debate which followed *Morgan* and begin by asking ourselves what purpose the doctrine of undue influence was supposed to serve.

L'exigence que le demandeur démontre l'existence d'un désavantage manifeste a fait l'objet de critiques virulentes. Certains commentateurs n'ont pas tant attaqué la théorie elle-même que vu d'un mauvais œil son application dans l'arrêt *Aboody*, précité, compte tenu des faits de l'espèce: voir M. J. Dixon, «The Limits of Undue Influence Explained», [1989] *Cambridge L.J.* 359, et Brenda Dale, «Undue Influence and Manifest Disadvantage» (1988), 52 *Conv. & Prop. Law.* 441. D'autres semblent accepter qu'il est utile de démontrer l'existence d'un désavantage manifeste au moment où la présomption est invoquée, mais ils affirment que l'exigence a été formulée de manière trop stricte dans l'arrêt *Morgan*, précité. Par exemple, Tiplady, précité, a mis en doute l'examen objectif du désavantage que préconise lord Scarman. Citant *Re Brocklehurst*, [1978] 1 All E.R. 767 (C.A.), il fait remarquer que les tribunaux dans le passé ont également reconnu que le désavantage pouvait comporter un aspect subjectif. De la même façon, le professeur Ogilvie, précité, semble accepter l'idée que le désavantage subi par le donateur est pertinent, mais elle irait plus loin et affirmerait que l'avantage tiré par le donataire est aussi important: voir également Neil Andrews, précité. De plus, Tiplady souligne que, lorsqu'on étudie la question dans le contexte des donations par opposition à celui des opérations commerciales, on satisfait toujours à l'exigence du désavantage parce que la nature de la donation est telle que la question de la contrepartie suffisante ne se pose jamais.

g

Notre Cour n'est évidemment pas tenue de suivre les décisions de la Chambre des lords. Et, à proprement parler, il n'est pas nécessaire non plus, pour les fins du présent pourvoi, d'examiner tous les aspects de l'arrêt *Morgan* et en particulier la décision de la Chambre des lords concernant l'exigence de démontrer un «désavantage manifeste» dans les cas d'opérations commerciales. J'estime cependant que la solution du présent pourvoi devrait venir des premiers principes, ce qui nous amène nécessairement à un examen du droit établi dans l'arrêt *Morgan*. Je crois que nous devrions tenir compte du débat qu'a provoqué l'arrêt *Morgan* et commencer par nous demander quel but la théorie de l'abus d'influence était censée viser.

Some commentators clearly believe that the doctrine of undue influence was meant only to curtail abuses of trust or confidence which resulted in significant and measurable disadvantage to the person influenced. Thus, Charles P. Reed, "Comment" (1984), 18 *Law Teacher* 132, points out that the law has no business meddling with fair bargains. In commenting on the "paternalism" of the Court of Appeal decision in *Morgan*, he states at p. 134:

It is submitted that by claiming the right to set aside a contract even where there is no manifest disadvantage or oppression sustained by the party subject to the influence of another, the courts are open to the charge of needlessly destroying honest and reasonable bargains. It is suggested that the reason for this unfortunate situation lies in the judgments of certain nineteenth-century cases in which the principles of undue influence were too widely stated. Those cases include *Tate v. Williamson* (1866) L.R. 2 Ch.App.55 and in particular *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145, which was a very special and unusual case of a person encouraged to take a vow of poverty by a spiritual mentor. As Cheshire & Fifoot point out: "It may well be that the origin of the strict law relating to undue influence is the hostility which the courts have always shown towards spiritual tyranny" (*Law of Contract*, 10th ed. at p. 281).

For others the doctrine of undue influence aims not at preventing "bad bargains" but at redressing abuses of trust, confidence or power. For these analysts what this branch of equity seeks to do is control the process rather than the outcome of transactions. David Tiplady argues that the law regards certain relationships "as transcending mere commercialism" (at p. 582), and suggests that it is the protection of the integrity or sanctity of these bonds that underlies the doctrine. And in Canada, Professor Ogilvie emphasizes that it is abuse to which the law directs itself and manifest disadvantage (or its absence) is perceived only as evidence going to whether or not an abuse has actually occurred. She says at p. 511:

Undue influence is designed to protect more than mere commercial interests; rather it is meant to protect the integrity of the weak or the momentarily weak from entering into disadvantageous transactions, however measured.

Certains commentateurs estiment nettement que la théorie de l'abus d'influence ne vise qu'à réprimer les abus de confiance qui entraînent pour la personne influencée un désavantage important et mesurable. Ainsi, Charles P. Reed, dans «Comment» (1984), 18 *Law Teacher* 132, souligne que la loi n'a pas à se mêler des marchés équitables. À propos du «paternalisme» dont fait preuve la Cour d'appel dans l'arrêt *Morgan*, il dit, à la p. 134:

[TRADUCTION] On fait valoir qu'en revendiquant le droit d'annuler un contrat même en l'absence de désavantage ou d'oppression manifestes subis par la partie soumise à l'influence d'autrui, les tribunaux s'exposent au reproche d'anéantir inutilement des marchés honnêtes et raisonnables. On laisse entendre que ce malheureux état de choses est imputable à certains arrêts du XIX<sup>e</sup> siècle dans lesquels les principes de l'abus d'influence ont été exposés en termes trop larges. Ce sont notamment les arrêts *Tate v. Williamson* (1866) L.R. 2 Ch.App.55 et, en particulier, *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145, lequel portait sur le cas très particulier et exceptionnel d'une personne encouragée par son mentor spirituel à prononcer un vœu de pauvreté. Comme l'ont fait observer Cheshire et Fifoot, «[i]l se peut bien que les règles de droit strictes touchant l'abus d'influence aient leur origine dans l'hostilité qu'ont toujours manifestée les tribunaux envers la tyrannie spirituelle» (*Law of Contract*, 10<sup>e</sup> éd., à la p. 281).

Pour d'autres, la théorie de l'abus d'influence vise non pas à prévenir les «mauvais marchés», mais à réparer les abus de confiance ou d'autorité. Pour ces analystes, cette branche de l'*equity* a pour objet de contrôler le processus plutôt que le résultat des opérations. David Tiplady soutient qu'au regard de la loi, certaines relations [TRADUCTION] «transcendent le simple mercantilisme» (à la p. 582) et il affirme que le fondement de la théorie réside dans la protection de l'intégrité ou de l'inviolabilité de ces liens. Et au Canada, le professeur Ogilvie souligne que ce que vise la loi, c'est l'abus et que le désavantage manifeste (ou son absence) n'est considéré que comme un élément de preuve permettant de décider s'il y a eu réellement abus. Elle dit, à la p. 511:

[TRADUCTION] La théorie de l'abus d'influence est conçue pour protéger plus que de simples intérêts commerciaux; elle vise plutôt à protéger l'intégrité du faible ou de la personne faible momentanément contre la conclusion d'opérations désavantageuses, peu importe la manière de les apprécier.

Some support for professor Ogilvie's view can be found in the existing jurisprudence. This was unquestionably the opinion of Cotton L.J. in the seminal case of *Allcard v. Skinner* when he said at p. 93 that in cases where the presumption applies the court interferes, not on the ground that any wrongful act has in fact been committed by the donee, "but on the ground of public policy, and to prevent the relations which existed between the parties and the influence arising therefrom being abused." So also was the view of Lord Eldon L.C. in *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526, at p. 300 and p. 536, respectively: "The question is, not, whether she knew what she was doing, had done, or proposed to do, but how the intention was produced." See also *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265 (Sask. C.A.). Finally, the same approach has been adopted in Australia: see *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113 (H.C.), discussed in Malcolm Cope, *supra*, and Malcolm Cope, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains* (1985).

In my view, neither the result nor process focused approach to the doctrine of undue influence fully captures the true purport of this equitable rule. I say this primarily because the doctrine applies to a wide variety of transactions from pure gifts to classic contracts. In the case of the former it seems to make sense that the process leading up to the gifting should be subject to judicial scrutiny because there is something so completely repugnant about the judicial enforcement of coerced or fraudulently induced generosity. With respect to contractual relations, however, it has long been the view of the courts that the sanctity of bargains should be protected unless they are patently unfair. I cannot think of any situation in which a contract has been rescinded on the sole basis that the process leading up to the bargain was somehow tainted. Something more, such as detrimental reliance, must be shown. It seems to me, therefore, that whatever the measure of undue influence this Court adopts, it must be sufficiently flexible to account for a wide variety of transactions.

La jurisprudence existante appuie, dans une certaine mesure, le point de vue du professeur Ogilvie. C'est incontestablement l'opinion émise par le lord juge Cotton dans l'arrêt fondamental *Allcard v. Skinner*, quand il dit, à la p. 93, que dans les cas où la présomption s'applique, la cour intervient, non parce qu'un acte répréhensible a réellement été commis par le donataire, [TRADUCTION] «mais pour des raisons d'intérêt public et pour empêcher que l'on abuse des relations qui existent entre les parties et de l'influence qui en découle». C'est aussi l'avis qu'exprime le lord chancelier Eldon dans l'arrêt *Huguenin v. Baseley* (1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526, aux pp. 300 et 536 respectivement: [TRADUCTION] «Il ne s'agit pas de décider si elle savait ce qu'elle faisait, avait fait ou comptait faire, mais d'où procédait son intention». (Voir également *Csada v. Csada*, [1985] 2 W.W.R. 265 (C.A. Sask.). En dernier lieu, la même solution a été adoptée en Australie: voir *Johnson v. Buttress* (1936), 56 C.L.R. 113 (H.C.), étudié par Malcolm Cope, précité, et Malcolm Cope, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains* (1985).

Quant à moi, ni la façon d'aborder la théorie de l'abus d'influence, axée sur le résultat, ni celle axée sur le processus ne font ressortir parfaitement le véritable objectif de cette règle d'*equity*. Je dis cela principalement parce que la théorie s'applique à une grande diversité d'opérations, allant des simples donations aux contrats classiques. Dans le premier cas, il semble logique que le processus qui aboutit au don soit assujéti à l'examen judiciaire, parce que la sanction judiciaire de la générosité forcée ou obtenue frauduleusement revêt un aspect essentiellement répugnant. En ce qui a trait aux relations contractuelles, toutefois, les tribunaux ont décidé depuis longtemps qu'il y avait lieu de protéger l'invulnérabilité des marchés sauf s'ils étaient manifestement abusifs. Je ne puis me rappeler de cas où un contrat a été résilié pour la seule raison que le processus ayant abouti au marché était vicié de quelque manière. Il faut établir quelque chose de plus, comme la confiance préjudiciable. Il me semble donc que, peu importe la mesure d'abus d'influence retenue par notre Cour, elle doit être assez souple pour s'appliquer à une grande diversité d'opérations.

What then is the nature of the relationship that must exist in order to give rise to a presumption of undue influence? Bearing in mind the decision in *Morgan*, its critics and the divergence in the jurisprudence which it spawned, it is my opinion that concepts such as “confidence” and “reliance” do not adequately capture the essence of relationships which may give rise to the presumption. I would respectfully agree with Lord Scarman that there are many confidential relationships that do not give rise to the presumption just as there are many non-confidential relationships that do. It seems to me rather that when one speaks of “influence” one is really referring to the ability of one person to dominate the will of another, whether through manipulation, coercion, or outright but subtle abuse of power. I disagree with the Court of Appeal’s decision in *Goldsworthy v. Brickell*, *supra*, that it runs contrary to human experience to characterize relationships of trust or confidence as relationships of dominance. To dominate the will of another simply means to exercise a persuasive influence over him or her. The ability to exercise such influence may arise from a relationship of trust or confidence but it may arise from other relationships as well. The point is that there is nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries. It depends on their motivation and the objective they seek to achieve thereby.

What of the controversial requirement of “manifest disadvantage” articulated in *Morgan*? In my view, the critics were correct in pointing out that this test, while perhaps appropriate in a purely commercial setting, limits the doctrine of undue influence too much. In the case of gifts or bequests, for example, it makes no sense to insist that the donor or testator prove that their generosity placed them at a disadvantage. While one could say that giving away anything is in a literal sense *ipso facto* disadvantageous, it seems to me that this is a wholly unrealistic test to apply to a gift. A donor who wishes to make a gift is not really disadvantaged by doing so. On the contrary, his or her own purpose is served by doing so. Disadvantage is accordingly, to my mind, not a particularly appropriate concept for general application to the wide variety

Quelle doit être alors la nature de la relation qui fera naître la présomption d’abus d’influence? Ayant à l’esprit l’arrêt *Morgan*, les critiques dont il a fait l’objet et les divergences de vues qu’il a suscitées dans la jurisprudence, je suis d’avis que des notions comme la «confiance» ne font pas ressortir suffisamment l’essence des rapports qui peuvent faire naître la présomption. En toute déférence, je partage l’avis de lord Scarman selon lequel bien des rapports de confiance ne font pas naître la présomption tout comme bien des rapports non fondés sur la confiance la font naître. Il me semble plutôt que, lorsqu’on parle d’«influence», on veut dire en fait la capacité d’une personne de dominer la volonté d’une autre, que ce soit par manipulation, par contrainte ou par pur, mais subtil, abus d’autorité. Je ne partage pas l’avis de la Cour d’appel dans l’arrêt *Goldsworthy v. Brickell*, précité, selon lequel l’expérience humaine enseigne que les rapports de confiance ne sont pas caractérisés par la domination. Dominer la volonté d’autrui signifie simplement exercer sur lui ou elle une influence persuasive. La capacité d’exercer pareille influence peut découler d’un rapport de confiance, mais elle peut aussi résulter d’autres relations. Le fait est qu’il n’y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d’influence à leur endroit. Tout dépend de leur mobile et de l’objectif qu’elles cherchent à réaliser par ce moyen.

Qu’en est-il de l’exigence controversée du «désavantage manifeste» formulée dans l’arrêt *Morgan*? À mon avis, les critiques ont eu raison de souligner que ce critère, quoiqu’il puisse convenir dans un contexte purement commercial, restreint trop la théorie de l’abus d’influence. Dans le cas des donations ou des legs, par exemple, il n’est pas du tout logique d’insister pour que le donateur ou le testateur prouve que sa générosité l’a désavantagé. Certes, l’on pourrait soutenir que toute libéralité, au sens littéral, est par le fait même désavantageuse, mais il me semble que ce critère est tout à fait irréaliste dans le cas des donations. Le donateur qui veut faire un don n’est pas vraiment désavantagé s’il le fait. Au contraire, il atteint, ce faisant, son propre objectif. Par conséquent, le désavantage n’est, à mon sens, pas une notion qu’il convient

of situations to which the doctrine of undue influence could conceivably apply.

What then must a plaintiff establish in order to trigger a presumption of undue influence? In my view, the inquiry should begin with an examination of the relationship between the parties. The first question to be addressed in all cases is whether the potential for domination inheres in the nature of the relationship itself. This test embraces those relationships which equity has already recognized as giving rise to the presumption, such as solicitor and client, parent and child, and guardian and ward, as well as other relationships of dependency which defy easy categorization.

Having established the requisite type of relationship to support the presumption, the next phase of the inquiry involves an examination of the nature of the transaction. When dealing with commercial transactions, I believe that the plaintiff should be obliged to show, in addition to the required relationship between the parties, that the contract worked unfairness either in the sense that he or she was unduly disadvantaged by it or that the defendant was unduly benefited by it. From the court's point of view this added requirement is justified when dealing with commercial transactions because, as already mentioned, a court of equity, even while tempering the harshness of the common law, must accord some degree of deference to the principle of freedom of contract and the inviolability of bargains. Moreover, it can be assumed in the vast majority of commercial transactions that parties act in pursuance of their own self-interest. The mere fact, therefore, that the plaintiff seems to be giving more than he is getting is insufficient to trigger the presumption.

By way of contrast, in situations where consideration is not an issue, e.g., gifts and bequests, it seems to me quite inappropriate to put a plaintiff to the proof of undue disadvantage or benefit in the result. In these situations the concern of the court is that such acts of beneficence not be tainted. It is enough, therefore, to establish the presence of a dominant relationship.

particulièrement d'appliquer de manière générale à la grande diversité de cas susceptibles de donner lieu à l'application de la théorie de l'abus d'influence.

<sup>a</sup> Que doit donc prouver le demandeur pour que joue la présomption d'abus d'influence? À mon avis, l'examen devrait d'abord porter sur les rapports entre les parties. La première question qu'il faut trancher dans chaque cas est de savoir si la relation elle-même comporte intrinsèquement une possibilité de domination. Ce critère vise les rapports qui sont déjà reconnus, en *equity*, comme donnant lieu à la présomption, tels ceux de l'avocat et du client, des parents et des enfants, du tuteur et du pupille, ainsi que d'autres rapports de dépendance qu'on ne saurait facilement ranger dans une catégorie.

<sup>d</sup> Une fois établi le type de relation requis pour justifier la présomption, il faut ensuite examiner la nature de l'opération. S'il s'agit d'opérations commerciales, je crois que, le demandeur devrait être tenu de démontrer, outre l'existence des rapports requis entre les parties, le caractère inéquitable du contrat, en ce sens qu'il a été désavantagé injustement ou que le défendeur a été avantagé injustement. Du point de vue de la cour, cette exigence supplémentaire est justifiée en matière commerciale, car, je le répète, une cour d'*equity*, même lorsqu'elle tempère la rigueur de la common law, doit respecter dans une certaine mesure le principe de la liberté de contracter et de l'inviolabilité des marchés. De surcroît, on peut présumer, dans la très grande majorité des opérations commerciales, que les parties agissent dans leur propre intérêt. Par conséquent, le simple fait que le demandeur semble donner plus que ce qu'il reçoit est insuffisant pour faire jouer la présomption.

<sup>i</sup> Par contre, dans les cas où une contrepartie n'est pas en cause, par exemple, dans le cas des donations et des legs, il me semble tout à fait inopportun d'obliger le demandeur à prouver que le résultat constitue un désavantage ou un avantage injuste. En pareil cas, le souci de la cour est que ces libéralités ne soient pas entachées d'un vice. Il suffit donc d'établir la présence d'une relation de domination.

Once the plaintiff has established that the circumstances are such as to trigger the application of the presumption, i.e., that apart from the details of the particular impugned transaction the nature of the relationship between the plaintiff and defendant was such that the potential for influence existed, the onus moves to the defendant to rebut it. As Lord Evershed M.R. stated in *Zamet v. Hyman, supra*, at p. 938, the plaintiff must be shown to have entered into the transaction as a result of his own "full, free and informed thought". Substantively, this may entail a showing that no actual influence was deployed in the particular transaction, that the plaintiff had independent advice, and so on. Additionally, I agree with those authors who suggest that the magnitude of the disadvantage or benefit is cogent evidence going to the issue of whether influence was exercised.

In the present case neither the trial judge nor the Court of Appeal went into very much detail as to why the presumption of undue influence was properly applicable given the nature of the relationship between Mrs. Goodman and her older brothers. They focused instead on the details of the execution of the trust agreement itself. A review of the circumstances between the deceased and her brothers at the relevant time does, however, disclose that the relationship between them was such that a potential existed for the brothers to exercise a persuasive influence over their sister. *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1977), vol. 18, para. 330, at p. 149 designates the relevant time when it identifies the class of case in which a presumption of undue influence arises:

**330.** . . . Secondly, there are those cases in which the relationship between the donor and the donee at the time of or shortly before the making of the gift has been such as to raise a presumption that the donee had influence over the donor. In this second class of case the onus is on the donee to rebut the presumption by showing that the donor made the gift only after full, free and informed thought about it. [Emphasis added.]

It is true that the trial judge found as a fact that there was very little contact between Mrs. Goodman and her brothers over the years prior to the death of their mother. Uncontradicted evidence disclosed that

Une fois que le demandeur a établi que les circonstances sont de nature à donner lieu à l'application de la présomption, c'est-à-dire que, indépendamment des détails de l'opération contestée, la nature des rapports entre le demandeur et le défendeur étaient tels qu'il y avait possibilité d'influence, il incombe dès lors au défendeur de la réfuter. Comme l'a dit le maître des rôles, lord Evershed, dans l'arrêt *Zamet v. Hyman*, précité, à la p. 938, il faut démontrer que le demandeur a conclu l'opération [TRADUCTION] «après mûre réflexion, de son plein gré et en connaissance de cause». Essentiellement, cela peut signifier qu'il faut démontrer qu'aucune influence n'a été exercée dans cette opération particulière, que le demandeur a reçu l'avis d'une personne indépendante, et ainsi de suite. De plus, je partage le point de vue des auteurs qui affirment que l'importance du désavantage ou de l'avantage est une preuve pertinente pour décider si une influence a été exercée.

En l'espèce, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont exposé de façon vraiment détaillée les raisons pour lesquelles la présomption d'abus d'influence était à bon droit applicable aux rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères aînés. Ils se sont plutôt concentrés sur les détails de la signature du contrat de fiducie lui-même. L'examen de la situation de la défunte et de ses frères à l'époque pertinente révèle cependant que les rapports qui existaient entre eux étaient tels qu'il y avait possibilité que ces derniers exercent une influence persuasive sur leur sœur. *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1977), vol. 18, par. 330, à la p. 149, établit le moment pertinent lorsqu'il identifie la catégorie de cas où prend naissance une présomption d'abus d'influence:

[TRADUCTION] **330.** . . . Deuxièmement, il y a les cas où les rapports entre le donateur et le donataire au moment de la donation ou peu avant ont été tels qu'ils donnent naissance à la présomption que le donataire avait une influence sur le donateur. Dans cette seconde catégorie de cas, il incombe au donataire de réfuter la présomption en démontrant que le donateur a fait la donation seulement après réflexion complète, libre et éclairée. [Je souligne.]

Il est exact que le juge de première instance a tiré la conclusion de fait qu'il y avait eu très peu de contacts entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères au cours des années qui ont précédé le décès de leur mère. La

Mrs. Goodman had a history of mental health problems and that she suffered from both bipolar affective disorder and a personality disorder which at times made her domineering and aggressive but at other times withdrawn and helpless depending on her mood swings. The brothers were aware that their sister's condition made her a difficult person to deal with and affected her ability to act responsibly on her own behalf and to make an adequate living for herself. They knew that their mother had shouldered the bulk of responsibility for their sister and that without her help they would likely have to step in to assist. Even although the brothers were successful businessmen who were significantly better off than their sister, they regarded her as a potential liability and sought to avoid any financial responsibility for her. Indeed, it was the suspicion that they might be placed in a position of responsibility for their sister that prompted Jack to play a role in assisting their mother in the preparation of her first will the terms of which ensured that this would not happen.

It was when the mother died and the brothers discovered that she had executed a second will which removed the protections contained in the first one that the real potential for the brothers to influence their sister arose. The evidence discloses that Mrs. Goodman had sought the assistance of her brothers to see her through the emotional crisis of the death of her mother, her primary caregiver. Communications between Mrs. Goodman and her brothers increased during this period. They knew she needed support and protection. She consulted with them as to what the best arrangement would be. The brothers were well aware that their sister had reposed her trust and confidence in them to help her straighten out her legal and financial affairs. It was a situation where the brothers knew their sister was vulnerable, knew that she was relying upon them to help her and knew that they had interests of their own which did not necessarily coincide with hers. Thus, apart from the particular circumstances surrounding the execution of the trust agreement, the relationship between the

preuve non contredite montre que M<sup>me</sup> Goodman avait souffert de troubles mentaux et qu'elle était atteinte de trouble affectif bipolaire et d'un problème de personnalité, ce qui la portait à être tantôt dominatrice et agressive, tantôt renfermée et impuissante, selon son humeur. Les frères savaient que l'état de leur sœur en faisait une personne avec qui il était difficile de traiter et que son état réduisait sa capacité d'agir de manière responsable pour son propre compte et de bien veiller à sa propre subsistance. Ils savaient que leur mère prenait en charge la majeure partie de la responsabilité de leur sœur et que sans son aide ils devraient vraisemblablement intervenir pour prêter assistance. Même si les frères étaient des hommes d'affaires prospères dont la situation financière était sensiblement meilleure que celle de leur sœur, ils la considéraient comme une charge potentielle et cherchaient à éviter toute responsabilité financière à son égard. En fait, c'est la perspective qu'ils pourraient être placés dans une situation de responsabilité à l'égard de leur sœur qui a donné à Jack l'idée d'aider leur mère dans la préparation de son premier testament qui assurait que cela ne se produirait pas.

C'est lorsque la mère est décédée et que les frères ont découvert qu'elle avait fait un deuxième testament qui supprimait les protections contenues dans le premier qu'est née la possibilité réelle que les frères influencent leur sœur. La preuve révèle que M<sup>me</sup> Goodman avait demandé l'aide de ses frères pour traverser la crise émotionnelle causée par la mort de sa mère, sa principale dispensatrice de soins. Les communications entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères ont été plus fréquentes pendant cette période. Ils savaient qu'elle avait besoin d'assistance et de protection. Elle les a consultés pour savoir quel serait le meilleur arrangement. Les frères savaient bien que leur sœur avait mis sa confiance en eux pour l'aider à redresser ses affaires juridiques et financières. C'était une situation dans laquelle les frères savaient que leur sœur était vulnérable, qu'elle comptait sur eux pour l'aider et que leurs propres intérêts ne coïncidaient pas nécessairement avec les siens. Ainsi, abstraction faite des circonstances particulières de la conclusion de l'acte de fiducie, les rapports entre la défunte et les

deceased and the appellants was such that it could have afforded them the potential to exercise undue influence over her.

Since the trust instrument is unquestionably more akin to a gift or bequest than a commercial transaction, the existence of the required relationship without more is sufficient to trigger the presumption. It remains, therefore, to be determined whether the presumption has been rebutted. In making that determination it is necessary to conduct a "meticulous examination of the facts" (*per* Lord Scarman in *Morgan, supra*, at p. 709) and it is significant in that connection that both the appellants and the respondents challenge the findings of fact made by the lower courts.

#### *Solicitor Client Privilege*

The trial judge's admission of the evidence of Mr. Pearce, the solicitor who drafted the trust agreement, is challenged by the respondents. Mr. Pearce's evidence is crucial in this case for two reasons. First, it may help to ascertain what the precise circumstances surrounding the deceased's entry into the trust agreement were. And secondly, this evidence is vital to the determination of whether Mrs. Goodman received independent advice concerning the proposed transaction.

At trial Hutchinson J. admitted Mr. Pearce's evidence and justified doing so on two distinct grounds. First, he held that the circumstances of this case were analogous to the wills context where a recognized class of exceptions to the rule regarding the inadmissibility of communications between solicitor and client has been well established. At pages 223-24 of his reasons he said:

I can find no logical reason why the exception to the solicitor-client privilege that exists in cases where the succession of property turns on the validity of a will would not apply to the present case. In the present case, the trust agreement entered into by Mrs. Goodman is being challenged by the plaintiff, who claims that undue influence was placed upon Mrs. Goodman to execute the agreement. There really is no distinction between an allegation of undue influence when it arises in the case of the execution of a will as opposed to the execution of a trust document when in each case the testator or the settlor has since died. In both cases, it is the duty of the court to ascertain the true intention and the capacity of

appelants étaient de nature à leur donner la possibilité de commettre un abus d'influence à son endroit.

Comme l'acte de fiducie participe incontestablement davantage d'une donation ou d'un legs que d'une opération commerciale, l'existence de la relation requise sans plus est suffisante pour faire jouer la présomption. Il reste donc à déterminer si la présomption a été réfutée. Pour en décider, il est nécessaire de procéder à «un examen méticuleux des faits» (lord Scarman, dans l'arrêt *Morgan*, précité, à la p. 709), et il importe de noter sur ce point que les appelants et les intimés contestent les constatations de fait des tribunaux d'instance inférieure.

#### *Le secret professionnel de l'avocat*

Les intimés contestent l'admission par le juge de première instance du témoignage de M<sup>e</sup> Pearce, l'avocat qui a rédigé l'acte de fiducie. Son témoignage est crucial en l'espèce pour deux raisons. Premièrement, il peut aider à faire la lumière sur les circonstances précises de la conclusion du contrat de fiducie par la défunte. Deuxièmement, ce témoignage est déterminant quant à la question de savoir si M<sup>me</sup> Goodman a reçu l'avis d'une personne indépendante sur l'opération projetée.

Au procès, le juge Hutchinson a admis le témoignage de M<sup>e</sup> Pearce et a fourni deux motifs distincts de le faire. En premier lieu, il a décidé que les circonstances de l'espèce étaient analogues au contexte des testaments, dans lequel il est bien établi qu'il existe une catégorie d'exceptions à la règle de l'inadmissibilité des communications entre l'avocat et son client. Il dit, aux pp. 223 et 224 de ses motifs:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison logique de ne pas tenir pour applicable en l'espèce l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat qui est reconnue dans les cas où la transmission du patrimoine légué dépend de la validité du testament. En l'espèce, le contrat de fiducie passé par M<sup>me</sup> Goodman est attaqué par le demandeur qui prétend que M<sup>me</sup> Goodman a fait l'objet d'un abus d'influence visant à lui faire signer ce contrat. Il n'y a vraiment aucune différence entre une allégation d'abus d'influence relative à la signature d'un testament et celle relative à la signature d'un contrat de fiducie, si le testateur ou le disposant est décédé, puisque dans l'un et l'autre cas, il incombe à la cour de s'as-



the deceased. In my view, it is in both the interest of the client and the interest of justice that the relevant evidence of the solicitor, Mr. Pearce, be admitted in evidence.

In the alternative, he found that even if no analogy could be drawn to contests over succession rights, the privilege that existed between Mrs. Goodman and Mr. Pearce had been waived. At page 224 he said:

In the present case, the plaintiffs are legal representatives of the deceased Mrs. Goodman. By raising no objection to the testimony of Mr. Pearce and by electing to extensively cross-examine him, the plaintiffs have impliedly waived any solicitor-client privilege that might have existed between Mr. Pearce and Mrs. Goodman. It is obvious that the defendants who were charged with the responsibility of carrying out the terms of the trust for the benefit of the ultimate beneficiaries named therein have also waived the solicitor-client privilege on behalf of such beneficiaries by the fact of their having called Mr. Pearce as a witness.

In the Court of Appeal Hetherington J.A. expressed her concurrence with Hutchinson J.'s first ground but made no mention of his alternative finding. The majority did not address the evidentiary issue.

In this Court the respondents attacked this aspect of the trial decision. They maintain that the trial judge erred in drawing an analogy between the wills exception and this case and that the general rule as to solicitor-client privilege should have been applied. To them Mr. Pearce as solicitor should not have been permitted to testify and the court itself should have put a stop to his evidence. They say, moreover, that if the privilege should have enured to them, they did not waive it and if it enured to the appellants, then the appellants were precluded from asserting that Mrs. Goodman was Mr. Pearce's only client.

It has long been recognized that communications between solicitor and client are protected by a privilege against disclosure. The classic statement of the rationale behind this rule was made over one hundred

surer de l'intention véritable et de la capacité de la personne décédée. À mon avis, il y va autant de l'intérêt du client que celui de la justice que le témoignage pertinent de l'avocat, M<sup>e</sup> Pearce, soit admis en preuve.

<sup>a</sup> Subsidiairement, il a conclu que, même s'il n'était pas possible d'établir une analogie avec les litiges en matière successorale, il y avait eu renonciation au secret professionnel pour ce qui est des communications entre M<sup>me</sup> Goodman et M<sup>e</sup> Pearce. Il dit, à la p. 224:

[TRADUCTION] En l'espèce, les demandeurs sont les représentants successoraux de la défunte M<sup>me</sup> Goodman. En ne s'opposant pas au témoignage de M<sup>e</sup> Pearce et en choisissant de le soumettre à un contre-interrogatoire détaillé, les demandeurs ont implicitement renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat qui aurait pu exister à l'égard des communications entre M<sup>e</sup> Pearce et M<sup>me</sup> Goodman. De toute évidence, les défendeurs, à qui il incombait d'exécuter les clauses de la fiducie au profit des bénéficiaires ultimes nommés dans celle-ci, ont également renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat au nom de ces bénéficiaires en assignant M<sup>e</sup> Pearce comme témoin.

<sup>e</sup> En Cour d'appel, le juge Hetherington a souscrit au premier motif donné par le juge Hutchinson, mais elle n'a pas fait référence à son autre conclusion. La majorité ne s'est pas arrêtée à la question de la preuve.

<sup>g</sup> Devant notre Cour, les intimés ont contesté cet aspect de la décision du juge de première instance. Ils affirment qu'il a commis une erreur en établissant une analogie entre l'exception touchant les testaments et la présente affaire et que la règle générale du secret professionnel de l'avocat aurait dû s'appliquer. Pour eux, il n'aurait pas fallu permettre à M<sup>e</sup> Pearce de témoigner comme avocat et le tribunal lui-même aurait dû mettre fin à son témoignage. Ils ajoutent que, pour autant que le privilège aurait pu être invoqué à leur bénéfice, ils n'y auraient pas renoncé et, pour autant qu'il aurait pu l'être au bénéfice des appelants, il était interdit à ces derniers d'affirmer que seule M<sup>me</sup> Goodman était cliente de M<sup>e</sup> Pearce.

<sup>i</sup> Il est reconnu depuis longtemps que les communications entre l'avocat et son client sont protégées par un privilège de non-divulgaration. L'énoncé classique de la raison d'être de cette règle a été fait, il y a plus

and fifty years ago by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618, at p. 103 and at pp. 620-21, respectively:

The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection, though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers.

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

More recently, this Court has described the privilege as a "fundamental civil and legal right": see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839. Thus, while at one time it was thought that the privilege belonged to the solicitor and not to his client, there is now no doubt that the privilege belongs to the client alone. One consequence of this is that confidential communications between solicitor and client can only be divulged in certain circumscribed situations. The client may, of course, herself choose to disclose the contents of her communications with her legal representative and thereby waive the privilege. Or, the client may authorize the solicitor to reveal those communications for her. Even then, however, the courts have been cautious in allowing such disclosures, so much so that they have assumed for themselves the role of ensuring that without the client's express consent a solicitor may not testify. Thus, in *Bell v. Smith*, [1968] S.C.R. 664, this Court held that there had been a violation of solicitor-client privilege when a former solicitor of the plaintiffs in a motor vehicle accident claim was subpoenaed by the

de cent cinquante ans, par le lord chancelier Brougham, dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell* (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618, à la p. 103 et aux pp. 620 et 621 respectivement:

[TRADUCTION] Il n'est pas difficile de trouver le fondement de cette règle. Il ne réside pas (contrairement à ce qu'on lit parfois) dans l'importance particulière que le droit attribue à la profession de juriste, ni dans une tendance particulière à lui accorder une protection, quoiqu'il ne soit certainement pas très facile de découvrir pourquoi semblable privilège a été refusé à d'autres, surtout à la profession médicale.

Mais il procède d'un égard pour les intérêts de la justice, qui ne pourraient être défendus, et pour l'administration de la justice, qui ne pourrait suivre son cours, sans l'aide de personnes versées dans la science du droit, dans les règles de procédure des tribunaux et dans les questions touchant les droits et les obligations qui forment l'objet de tous les litiges soumis aux tribunaux. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun en serait réduit à ses propres ressources en matière juridique; privée de toute aide professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste et n'oserait confier à son avocat que la moitié des faits de son cas.

Plus récemment, notre Cour a défini le privilège comme un «droit civil fondamental»: voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839. Par conséquent, si à une époque l'on a estimé que le privilège pouvait être invoqué par l'avocat et non par son client, aujourd'hui il est certain que le privilège est établi au bénéfice du client seulement. Il en résulte notamment que les communications confidentielles entre l'avocat et son client ne peuvent être divulguées que dans certains cas précis. Le client peut bien sûr choisir de divulguer le contenu de ses communications avec son conseiller juridique et renoncer ainsi au secret professionnel. Ou il peut autoriser son avocat à en divulguer le contenu en son nom. Même dans ce cas, cependant, les tribunaux ont fait preuve de circonspection en permettant cette divulgation, à tel point qu'ils ont pris sur eux de s'assurer qu'un avocat ne témoigne pas sans le consentement exprès de son client. Ainsi, dans *Bell v. Smith*, [1968] R.C.S. 664, notre Cour a décidé que le secret professionnel avait été violé quand un ex-avocat des demandeurs dans une affaire d'accident d'automobile avait été assigné

defendants and testified as to the settlement discussions that had taken place. Spence J. said at p. 671:

It is rather astounding that Mr. Schreiber should be subpoenaed to give evidence on behalf of the defendants as against his former clients and that he should produce his complete file including many memoranda and other material all of which were privileged as against the plaintiffs and whether the plaintiffs' counsel objected or not that he should be permitted to so testify and so produce without the consent of the plaintiffs being requested and obtained.

Lord Chancellor Eldon said, in *Beer v. Ward* (1821), Jacob 77, 37 E.R. 779, at p. 80:

... it would be the duty of any Court to stop him if he was about to disclose confidential matters ... the Court knows the privilege of the client, and it must be taken for granted that the attorney will act rightly, and claim that privilege; or that if he does not, the Court will make him claim it.

So important is the privilege that the courts have also stipulated that the confidentiality of communications between solicitor and client survives the death of the client and enures to his or her next of kin, heirs, or successors in title: see *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196; *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495; and *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297.

An exception has, however, developed to permit a solicitor to give evidence in wills cases and a variety of explanations for this exception to the general rule concerning solicitor-client privilege have been advanced by commentators and courts alike. In *Wigmore on Evidence* (vol. 8, § 2314), for example, the author suggests that, in so far as issues relating to the execution or contents of a will are concerned, the rationale underlying the exception relates to the testator's desire for secrecy. At page 610 of vol. 8, Professor Wigmore states:

But for wills a special consideration comes into play. Here it can hardly be doubted that the execution and especially the contents are impliedly desired by the client to be kept secret during his lifetime, and are accordingly a part of his confidential communication. It must be assumed that during that period the attorney ought

comme témoin par les défendeurs et avait témoigné sur les discussions qui avaient porté sur le règlement. Le juge Spence dit, à la p. 671:

[TRADUCTION] Il est plutôt étonnant que M<sup>e</sup> Schreiber soit assigné comme témoin par les défendeurs contre ses anciens clients, qu'il produise tout son dossier, y compris de nombreuses notes et d'autres documents qui étaient privilégiés au bénéfice des demandeurs et que, peu importe que l'avocat des demandeurs s'y soit opposé ou non, il soit autorisé à témoigner et à produire quoi que ce soit sans qu'ait été demandé et obtenu au préalable le consentement des demandeurs.

Dans *Beer v. Ward* (1821), Jacob 77, 37 E.R. 779, le lord chancelier Eldon dit, à la p. 80:

... il serait du devoir de tout tribunal de l'interrompre s'il était sur le point de divulguer des choses confidentielles [...] le tribunal connaît le privilège dont jouit le client et il faut tenir pour acquis que l'avocat agira correctement et invoquera ce privilège, ou que, s'il ne le fait pas, le tribunal le forcera à l'invoquer.

Le secret professionnel est tellement important que les tribunaux ont également précisé que le caractère confidentiel des communications entre l'avocat et son client subsiste après le décès du client et est transmis à ses parents, héritiers ou ayants droit: voir *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*, [1901] A.C. 196, *Stewart v. Walker* (1903), 6 O.L.R. 495, et *Langworthy v. McVicar* (1913), 25 O.W.R. 297.

Une exception a toutefois été prévue afin de permettre à l'avocat de témoigner en matière testamentaire, et les commentateurs de même que les tribunaux ont donné diverses explications de cette exception à la règle générale du secret professionnel de l'avocat. Dans *Wigmore on Evidence* (vol. 8, § 2314), par exemple, l'auteur affirme que, pour ce qui est des questions relatives à la signature ou au contenu d'un testament, le raisonnement qui sous-tend l'exception se rapporte à la volonté du testateur de préserver le secret. À la page 610 du vol. 8, le professeur Wigmore dit:

[TRADUCTION] Mais, dans le cas des *testaments*, un élément particulier entre en jeu. L'on ne peut guère douter que le client souhaite tacitement que la signature et surtout le contenu demeurent secrets pendant sa vie et qu'ils font donc partie de sa communication confidentielle. Il faut présumer que, durant cette période, l'avo-

not to be called upon to disclose even the fact of a will's execution, much less its tenor. But, on the other hand, this confidence is intended to be temporary only. That there may be such a qualification to the privilege is plain.

In those cases dealing with the validity of a will as opposed to its execution or contents Professor Wigmore acknowledges that the secrecy rationale does not fully explain why a testator's communications with his solicitor should be admitted. In such circumstances he suggests at pp. 612-13 that a solicitor may testify as to the state of mind of the testator since, if the testator were insane or unduly influenced, his utterances were "obviously not confidentially made with reference to the secrecy of the fact of insanity or undue influence, for the testator of course did not believe those facts to exist and therefore could not possibly be said to have communicated them". Professor Wigmore then goes on to cite numerous American cases in which a solicitor has been permitted to testify where the validity of a will has been challenged on the ground that the testator was unduly influenced.

Professor Phipson, on the other hand, appears to be of the view that a different rationale supports the exception to the solicitor-client privilege in the wills context. In his opinion, any time claimants have a joint interest with the client in the subject matter of the communication, whether dealing with wills or some other matter, no privilege attaches. Hence, he states that as between joint claimants under a testator as to communications between the latter and his solicitor, the privilege does not apply: see *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), at p. 300.

In *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors argue that Canadian courts have approached the admissibility of this sort of evidence in a unique way, although the same result has been arrived at. For instance, in *Stewart v. Walker, supra*, it was alleged that the testator had died intestate. The deceased's solicitor, however, had in his possession a copy of a

cat ne devrait pas être appelé à divulguer même le fait qu'il y a eu signature d'un testament, et encore moins sa teneur. Mais, en revanche, ce caractère confidentiel n'est destiné à être que temporaire. Il est évident qu'une telle restriction peut être apportée au privilège.

Dans les cas où est en cause la validité d'un testament par opposition à sa signature ou à son contenu, le professeur Wigmore reconnaît que la raison d'être du secret n'explique pas complètement pourquoi les communications du testateur avec son avocat devraient être admises. Il dit aux pp. 612 et 613 qu'en pareils cas l'avocat peut témoigner sur l'état d'esprit du testateur puisque, si ce dernier n'était pas sain d'esprit ou a été victime d'un abus d'influence, ses paroles étaient [TRADUCTION] «de toute évidence dénuées de caractère confidentiel, le secret ne s'étendant pas au fait qu'il n'est pas sain d'esprit ni à celui qu'il a été victime d'un abus d'influence, car il va sans dire que le testateur ne croyait pas à l'existence de ces faits et que l'on ne pourrait pas affirmer qu'ils les a communiqués». Le professeur Wigmore cite ensuite divers précédents américains dans lesquels on a permis à un avocat de témoigner dans des cas où la validité d'un testament avait été contestée pour le motif que le testateur avait été victime d'un abus d'influence.

Par contre, le professeur Phipson semble être d'avis que, dans le contexte des testaments, l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat a une justification différente. À son avis, chaque fois que ceux qui l'invoquent et le client ont un intérêt commun dans le sujet des communications, qu'il s'agisse de questions de testament ou d'autres types de questions, le privilège ne s'applique pas. C'est pourquoi il affirme que le privilège ne s'applique pas lorsque les ayants droit d'un testateur, qui partagent un intérêt commun, l'invoquent à propos des communications faites par ce dernier à son avocat: voir *Phipson on Evidence* (13<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 300.

Dans *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs soutiennent que les tribunaux canadiens ont abordé l'admissibilité de ce genre de preuve d'une manière particulière, bien qu'ils aient abouti au même résultat. Par exemple, dans l'affaire *Stewart v. Walker*, précitée, on alléguait qu'une personne était décédée sans avoir fait de testament. Toutefois, l'avo-

will providing that he, the solicitor, was to be left the greater part of the deceased's estate and was appointed as sole executor. It was contended that the solicitor should not be permitted to give evidence as to the existence or validity of the will. The Ontario Court of Appeal, however, felt that the solicitor should have been permitted to testify, saying at pp. 497-98:

The nature of the case precludes the question of privilege from arising. The reason on which the rule is founded is the safeguarding of the interests of the client, or those claiming under him when they are in conflict with the claims of third persons not claiming, or assuming to claim, under him. And that is not this case, where the question is as to what testamentary dispositions, if any, were made by the client. As said by Sir George Turner, Vice-Chancellor, in *Russell v. Jackson* (1851), 9 Ha. 387, at p. 392: "The disclosure in such cases can affect no right or interest of the client. The apprehension of it can present no impediment to the full statement of his case to his solicitor . . . and the disclosure when made can expose the Court to no greater difficulty than presents itself in all cases where the Courts have to ascertain the views and intentions of parties, or the objects and purposes for which dispositions have been made." It has been the constant practice to apply the rule here stated in cases of contested wills where the evidence of the solicitors by whom the wills were prepared, as to the instructions they received, is always received. And the application of a different rule in this action would deprive the plaintiff of a considerable part of the proof of his case.

Similarly, in *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5 (Surr. Ct.), where the issue was whether the testator by tearing it up intended to revoke a later will and revive an earlier one, Anderson Surr. Ct. J. held that the discussion that took place between the deceased and his solicitor at the time of the destruction of the will was admissible. At page 11 he said:

. . . since it is of essence to the case to find out the intention of the testator when he destroyed the will whether or not he was revoking his will unconditionally or whether he was only tearing it up on condition that an earlier will was thus revived, the whole issue turns on this question and it would seem to me that to invoke the privilege of the client, after the client is deceased would make it impossible for the Court to determine the intention of the testator in tearing up the will. In the interests

cat du défunt avait en sa possession une copie d'un testament dans lequel il lui léguait la majeure partie de ses biens et le nommait seul exécuteur testamentaire. L'on a prétendu que l'avocat ne devait pas être autorisé à témoigner sur l'existence ou la validité du testament. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant estimé que l'avocat aurait dû être autorisé à témoigner, affirmant, aux pp. 497 et 498:

[TRADUCTION] La nature de l'affaire empêche de soulever la question du secret professionnel. La règle a pour objet de protéger les intérêts du client ou de ses ayants droit quand ils s'opposent à ceux de tierces personnes qui ne sont pas ou qui ne prétendent pas être des ayants droit. Et ce n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il s'agit de décider quelles ont été les dispositions testamentaires du client, si tant est qu'il en a formulé. Comme l'a dit sir George Turner, vice-chancelier, dans *Russell v. Jackson* (1851), 9 Ha. 387, à la p. 392: «La divulgation en pareil cas ne peut toucher à aucun droit ni à aucun intérêt du client. Toute crainte à cet égard ne peut aucunement l'empêcher d'exposer sans réserve son cas à son avocat [. . .] et la divulgation qui a été faite ne pose pas plus de difficulté à la cour que dans les cas où elle doit vérifier les idées et les intentions des parties ou les objets et objectifs des dispositions.» Selon l'usage, la règle énoncée ci-dessus est appliquée dans les affaires où un testament est contesté et où le témoignage de l'avocat, qui a rédigé le testament suivant les instructions reçues, est toujours admis. En outre, l'application d'une autre règle dans cette action priverait le demandeur d'une partie importante de la preuve tendant à établir ses droits.

De même, dans l'affaire *Re Ott*, [1972] 2 O.R. 5 (C. succ.), où il s'agissait de décider si le testateur qui avait déchiré son testament avait voulu révoquer un testament et redonner effet à un testament antérieur, le juge Anderson a décidé que la discussion qui avait eu lieu entre le défunt et son avocat au moment de la destruction du testament était admissible. Il dit, à la p. 11:

[TRADUCTION] . . . puisqu'il est essentiel en l'espèce de découvrir l'intention du testateur au moment où il a détruit le testament, c'est-à-dire s'il révoquait son testament sans condition ou s'il ne faisait que le déchirer afin de redonner effet à un testament antérieur, tout le débat se circonscrit autour de cette question et il me semble que la cour, si elle faisait jouer le privilège du client, après son décès, ne pourrait plus dès lors déterminer l'intention qu'avait le testateur au moment où il a

of justice, it is more important to find out the true intention of the testator.

In the present case the respondents argue that no analogy can be drawn between these wills cases and the situation here. I disagree. It is implicit in their argument that the common law has as yet only recognized an "exception" to the general rule of the privileged nature of communications between solicitor and client when dealing with the execution, tenor or validity of wills and wills alone. Their argument is reminiscent of earlier days when the "pigeon hole" approach to rules of evidence prevailed. Such, in my opinion, is no longer the case. The trend towards a more principled approach to admissibility questions has been embraced both here and abroad (see, for example, in Canada, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608 (hearsay), and *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 (hearsay), and in the United Kingdom, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (similar fact)), a trend which I believe should be encouraged.

In my view, the considerations which support the admissibility of communications between solicitor and client in the wills context apply with equal force to the present case. The general policy which supports privileging such communications is not violated. The interests of the now deceased client are furthered in the sense that the purpose of allowing the evidence to be admitted is precisely to ascertain what her true intentions were. And the principle of extending the privilege to the heirs or successors in title of the deceased is promoted by focusing the inquiry on who those heirs or successors properly are. In summary, it is, in the words of Anderson Surr. Ct. J. in *Re Ott, supra*, "[i]n the interests of justice" to admit such evidence.

Before leaving this aspect of the case, I should like to note that the trial judge's second ground for admitting the evidence confused the issue. While his reasoning on this point is somewhat less than clear, he seems to suggest that both the plaintiffs and the defendants had, by their conduct, waived whatever privilege they had. This finding undoubtedly inspired the respondents' rather tortured argument that they

déchiré le testament. Dans l'intérêt de la justice, il est plus important de découvrir l'intention véritable du testateur.

a En l'espèce, les intimés soutiennent qu'aucune analogie ne peut être établie entre ces affaires de testament et le cas qui nous occupe. Je ne suis pas d'accord. Par leur argument, ils affirment implicitement que la common law n'a reconnu jusqu'à présent qu'une «exception» à la règle générale du caractère privilégié des communications entre l'avocat et son client, et ce, en matière de signature, de teneur ou de validité des testaments et seulement des testaments. Leur argument rappelle l'époque où la compartimentation était de mise au chapitre des règles de preuve. Or, il n'en est plus ainsi, à mon sens. La tendance à la rationalisation de la façon d'aborder les questions d'admissibilité peut être observée autant au pays qu'à l'étranger (voir, par exemple, au Canada, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 (oui-dire), et *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 (oui-dire), et au Royaume-Uni, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (fait similaire)); c'est une tendance e qu'il y a lieu d'encourager, selon moi.

f À mon avis, les considérations qui justifient l'admissibilité des communications entre l'avocat et son client en matière de testament s'appliquent avec la même force en l'espèce. Le principe général qui justifie la protection de ces communications est respecté. Les intérêts de la cliente maintenant décédée sont servis, en ce sens que l'admission du témoignage a précisément pour but d'établir ses intentions véritables. Et en faisant porter l'examen sur l'identité des héritiers ou ayants droit légitimes de la défunte, l'on respecte le principe qui veut que l'on étende le privilège à ses héritiers ou ayants droit. En résumé, pour reprendre les mots du juge Anderson de la Cour des successions dans l'affaire *Re Ott*, précitée, il y va de «l'intérêt de la justice» d'admettre ce témoignage.

i Un dernier mot au sujet de cet aspect de l'affaire. Je tiens à faire remarquer que le second motif exposé par le juge de première instance pour admettre le témoignage a embrouillé la question. Certes, son raisonnement sur ce point n'est pas tout à fait clair, mais il semble affirmer que tant les demandeurs que les défendeurs avaient renoncé, par leur conduite, à tout privilège dont ils auraient pu jouir. Cette conclusion a

never waived the privilege and that the appellants, if the privilege enured solely to them, were in no position to then turn around and claim that Mrs. Goodman was the sole client of Mr. Pearce. As I have indicated, I prefer to base my decision on the footing that in circumstances such as these there is no privilege to waive until the true intentions of the settlor are ascertained, which in turn requires the testimony of the solicitor to be received.

### *Review of Factual Findings*

The second factual matter in dispute relates to the findings of the trial judge. The respondents allege that Hutchinson J. committed three palpable errors of fact, thereby committing an error of law reviewable by this Court. In particular, they say that the trial judge failed to consider all the evidence in making the finding that there was hardly any contact between Mrs. Goodman and her three brothers, that Mrs. Goodman was not relying on her brothers for assistance, and that their only concern was that Mrs. Goodman be adequately maintained preferably not at their expense. On the other hand, the appellants maintain that the Court of Appeal committed an error of law when it acted in disregard of the trial judge's finding that the brothers had not unduly influenced their sister into making the trust agreement.

It is by now well established that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts: see *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683, and the cases cited therein. Even where a finding of fact is not contingent upon credibility, this Court has maintained a non-interventionist approach to the review of trial court findings. Thus, in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, where the question was

sans doute inspiré l'argument plutôt tortueux des intimés selon lequel ils n'avaient jamais renoncé au privilège et selon lequel les appelants, si le privilège pouvait être invoqué à leur seul bénéfice, ne pouvaient pas ensuite faire volte-face et prétendre que seule M<sup>me</sup> Goodman était cliente de M<sup>e</sup> Pearce. Je le répète, je préfère fonder ma décision sur le raisonnement qu'en pareil cas il ne peut être question de renoncer à quelque privilège que ce soit avant que les intentions véritables de la disposante n'aient été établies, ce qui nécessite l'admission du témoignage de l'avocat.

### *Examen des constatations de fait*

La deuxième question de fait en litige concerne les constatations du juge de première instance. Les intimés allèguent que le juge Hutchinson a commis trois erreurs de fait manifestes, commettant ainsi une erreur de droit sujette à l'examen de notre Cour. En particulier, ils affirment que le juge de première instance n'a pas pris en considération toute la preuve pour conclure que M<sup>me</sup> Goodman et ses trois frères n'avaient guère de contacts, que M<sup>me</sup> Goodman ne comptait pas sur l'aide de ses frères et que leur seule préoccupation était d'assurer des moyens de subsistance à M<sup>me</sup> Goodman, de préférence sans qu'ils aient eux-mêmes à déboursier un sou. Par contre, les appelants soutiennent que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en ne tenant aucun compte de la conclusion du juge de première instance selon laquelle les frères n'avaient commis à l'endroit de leur sœur aucun abus d'influence visant à lui faire signer l'acte de fiducie.

C'est maintenant un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits: voir l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683, et les arrêts qui y sont cités. Même si une constatation de fait ne dépend pas de la crédibilité, notre Cour a pour principe de ne pas intervenir pour réviser les constatations des tribunaux de première instance. Ainsi, dans l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, où il s'agissait de déterminer si le juge du procès avait omis de prendre en con-

whether the trial judge had failed to address himself to certain relevant evidence, Estey J. stated at p. 14:

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede.

And even in those cases where a finding of fact is neither inextricably linked to the credibility of the testifying witness nor based on a misapprehension of the evidence, the rule remains that appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Hence, in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, this Court refused to overturn a trial judge's finding that certain goods were defective, stating at pp. 84-85 that it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole (citing *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371).

In the present case there is no indication either from the reasons for judgment or from the record that the trial judge misapprehended the evidence or otherwise erred in the process of making his findings of fact. Accordingly, the Court of Appeal erred in overturning such findings.

Given that the trial judge found that there was very little contact between the brothers and the deceased at the relevant time, that the deceased was not in fact relying on her brothers to advise her, and that the prime motivation of the brothers was to advance their sister's welfare, it is difficult to conclude that the appellants have not successfully rebutted the presumption of undue influence. In addition to these findings it is also relevant that the evidence establishes that the deceased received some independent advice from Mr. Pearce and that the agreement ulti-

sidération certains éléments de preuve pertinents, le juge Estey dit, à la p. 14:

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.

Et même dans les cas où une constatation de fait n'est ni liée inextricablement à la crédibilité du témoin ni fondée sur une mauvaise compréhension de la preuve, la règle reste la même: l'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, notre Cour a refusé d'infirmer la conclusion du juge de première instance que certaines marchandises étaient défectueuses, disant, aux pp. 84 et 85, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve (citant *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371).

En l'espèce, rien n'indique, dans les motifs de jugement ou dans le dossier, que le juge de première instance a mal compris la preuve ou qu'il a par ailleurs commis une erreur quelconque en faisant ses constatations de fait. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant ces constatations.

Étant donné que le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu très peu de contacts entre la défunte et ses frères à l'époque pertinente, que la défunte ne se fiait pas, en réalité, sur ses frères pour la conseiller et que le principal mobile des frères était de veiller au bien-être de leur sœur, il est difficile de conclure que les appelants n'ont pas réussi à réfuter le présomption d'abus d'influence. Outre ces conclusions, il est aussi utile de souligner que la preuve établit que la défunte a consulté M<sup>o</sup> Pearce séparément, et qu'en fin de compte le contrat passé concordait



mately concluded was in accord with her wishes. I acknowledge that in other situations the fact that the brothers took a leading role in the initial meeting with Mr. Pearce might militate against a finding of independent advice. However, after the departure of the brothers for their respective homes, Mrs. Goodman continued on her own initiative to seek Mr. Pearce's advice.

It does cause me some concern that the solicitor did not inquire in any detailed way into Mrs. Goodman's financial position. In particular, his failure to find out that the estate bequeathed to her was her only asset of any value and that she did not have the benefit of steady employment raises questions as to whether she fully appreciated the economic effect of the trust on her personally. However, any imperfection in the legal advice obtained is not, in my view, fatal to the appellants' case.

#### *Costs*

The final issue to be determined relates to the appropriate award of costs. The appellants claim full reimbursement out of the trust property, for their actual and reasonable costs (including legal fees) incurred in defending the respondents' lawsuit.

Much of the respondents' argument on the issue of costs was made on the assumption that the trust agreement would be set aside on the ground of undue influence. They submitted that in such circumstances the trustees should not be permitted to benefit in any way from their own misconduct. Since I have found no misconduct on the part of the trustees, nothing more need be said on this aspect. However, the respondents also urge the Court not to allow the appellants to charge their costs against the trust property, even if they are successful, on the ground that they were acting for their own benefit. I cannot agree.

The courts have long held that trustees are entitled to be indemnified for all costs, including legal costs, which they have reasonably incurred. Reasonable expenses include the costs of an action reasonably defended: see *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51. In

avec ses volontés. Je reconnais que, dans d'autres situations, le fait que les frères ont joué un rôle de premier plan lors de la première rencontre avec M<sup>me</sup> Pearce pourrait empêcher de conclure qu'elle a reçu les conseils d'une personne indépendante. Toutefois, après que les frères furent repartis chez eux, M<sup>me</sup> Goodman a continué elle-même de consulter M<sup>me</sup> Pearce.

Le fait que l'avocat n'a pas demandé de précisions sur la situation financière de M<sup>me</sup> Goodman m'inquiète un peu. En particulier, son omission de découvrir que le patrimoine légué à sa cliente était son seul bien de valeur et qu'elle n'avait pas d'emploi stable nous autorise à nous demander si elle se rendait bien compte des conséquences financières qu'entraînait la fiducie pour elle. Toutefois, toute lacune que pourrait comporter l'avis juridique reçu n'est pas, à mon sens, fatale pour la cause des appelants.

#### *Les dépens*

La dernière question à trancher touche les dépens. Les appelants demandent le remboursement complet, à même la masse, des frais réels et raisonnables (y compris les honoraires d'avocat) qu'ils ont engagés pour répondre à l'action des intimés.

L'argument des intimés sur la question des dépens repose en grande partie sur l'hypothèse que le contrat de fiducie serait annulé pour cause d'abus d'influence. Ils ont avancé qu'en pareil cas les fiduciaires ne devraient pas être autorisés à tirer profit de quelque manière que ce soit de leur propre inconduite. Comme j'ai conclu qu'aucune inconduite ne pouvait être reprochée aux fiduciaires, il est inutile d'ajouter quoi que ce soit là-dessus. Les intimés exhortent cependant la Cour à ne pas permettre aux appelants de recouvrer leurs frais à même la masse, même s'ils ont gain de cause, pour le motif qu'ils ont agi à leur propre profit. Je ne puis accepter cet argument.

Les tribunaux ont décidé, depuis longtemps, que les fiduciaires ont le droit de se faire rembourser tous les frais, dont les honoraires d'avocat, qu'ils ont engagés raisonnablement. Les dépenses raisonnables comprennent les frais d'une action contre laquelle ils

*Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118, Sir Robert Megarry V.C. stated the rule thus at p. 122:

In so far as such person [trustee] does not recover his costs from any other person, he is entitled to take his costs out of the fund held by him unless the court otherwise orders; and the court can otherwise order only on the ground that he has acted unreasonably, or in substance for his own benefit, rather than for the benefit of the fund.

There can be no question that the trustees in this action acted reasonably. They were initially accused of having perpetrated a fraud against the deceased, an allegation which has not won the approval of any of the courts that have heard the matter. They were, however, obliged to defend the action. The appellants were cleared at trial of any exercise of undue influence on the settlor and, although they lost in the Court of Appeal on the basis of a presumption of undue influence, they were ultimately vindicated in this Court on the basis of the trial judge's finding that no undue influence had in fact been exercised.

Nor can there be any serious question that the appellants in defending the action were acting, not for their own benefit, but for the good of the trust. For William Geffen, of course, defending the action promoted both his personal interest as well as that of his fellow beneficiaries. While we have not been referred to a case in which trustees seeking indemnification from a trust were also beneficiaries of the trust, I do not consider the co-existing interest of trustee and beneficiary a valid basis for denying costs. Similarly, the fact that the Geffen brothers were acting in the interests of their children, nephews and nieces does not, in my view, cast any doubt upon the propriety of their actions.

The only question, therefore, is whether the appellants should have their costs against Stacy Randall Goodman personally instead of having them charged to the trust property. It is noted in this connection that the trial judge ordered Stacy Randall Goodman to

se sont défendus raisonnablement: voir *Re Dingman* (1915), 35 O.L.R. 51. Dans l'arrêt *Re Dallaway*, [1982] 3 All E.R. 118, le vice-chancelier sir Robert Megarry énonce la règle dans ces termes, à la p. 122:

[TRADUCTION] Pour autant que cette personne [le fiduciaire] ne se fasse pas rembourser ses frais par d'autres personnes, elle a le droit de les récupérer sur les fonds qu'elle détient, sauf ordonnance contraire de la cour, et cette dernière ne peut ordonner autrement que si la personne en question a agi de façon déraisonnable ou, essentiellement, à son propre bénéfice, plutôt qu'au profit des fonds.

Il ne fait aucun doute que les fiduciaires ont agi de façon raisonnable dans cette action. Ils ont d'abord été accusés d'avoir commis une fraude au détriment de la défunte, allégation que n'a retenue aucune cour saisie de l'affaire. Ils ont néanmoins dû répondre à l'action. Les appelants ont été dégagés au procès de toute imputation d'abus d'influence à l'endroit de la disposante et, bien que la Cour d'appel ait rejeté leur appel sur la base d'une présomption d'abus d'influence, ils ont finalement été innocentés devant notre Cour en raison de la conclusion du juge de première instance qu'aucun abus d'influence n'avait réellement été commis.

L'on ne saurait non plus mettre sérieusement en doute que les appelants, en répondant à l'action, ont agi, non pas à leur propre profit, mais pour le bien de la fiducie. Pour ce qui est de William Geffen, bien sûr, répondre à l'action servait à la fois son propre intérêt et celui de ses cobénéficiaires. Certes, on ne nous a cité aucun précédent dans lequel des fiduciaires, qui demandaient d'être indemnisés à même une fiducie, étaient en outre les bénéficiaires de celle-ci, mais les intérêts coexistants du fiduciaire et du bénéficiaire ne constituent pas, à mon sens, un motif valable pour refuser de leur accorder des dépens. De la même façon, j'estime que le fait que les frères Geffen agissaient dans l'intérêt de leurs enfants, neveux et nièces ne met pas du tout en doute la justesse de leurs actions.

Il ne reste donc qu'à décider si les appelants ont le droit de se faire rembourser leurs dépens par Stacy Randall Goodman personnellement, plutôt que de les récupérer sur le bien en fiducie. Remarquons à cet égard que le juge de première instance a ordonné à

pay the appellants' costs in his personal capacity and not to charge them against Mrs. Goodman's estate or the trust property. In view of the respondents' success in the Court of Appeal it is clear that the respondents had a tenable case against the appellants and I think it appropriate that they simply bear their own costs but not have to bear the appellants' costs as well.

##### 5. Disposition

I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the decision of the trial judge. The appellants are entitled to full reimbursement from the trust property for their actual and reasonable costs (including legal fees) incurred in defending the respondents' lawsuit.

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

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Wilson. While I agree with the result she has reached, I have found it necessary to express my own separate views for reasons that will appear.

As my colleague has noted, the first issue to be considered is whether the circumstances in this case are such as to give rise to a presumption of undue influence. Wilson J. concludes that such a presumption will arise only when the parties are in a relationship of "influence", where one person is in a position to dominate the will of another. I agree with this.

My colleague then proceeds to consider whether the additional requirement of "manifest disadvantage" must be present before a presumption of undue influence will be applied. The "manifest disadvantage" requirement was adopted by the House of Lords in *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] A.C. 686, a case in which undue influence was alleged in a loan transaction between a bank and one of its customers. At issue there was whether to apply a presumption of undue influence in the con-

Stacy Randall Goodman de payer lui-même aux appelants leurs frais et non de les porter au compte de la succession de M<sup>me</sup> Goodman ou de la masse. Étant donné que les intimés ont eu gain de cause en Cour d'appel, il est clair que les intimés avaient une thèse défendable à opposer aux appelants et je pense qu'il est opportun qu'ils assument simplement leurs propres frais, mais non pas également ceux des appelants.

##### 5. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance. Les appelants ont droit au remboursement complet, à même la masse, des frais réels et raisonnables (y compris les honoraires d'avocat) qu'ils ont engagés pour répondre à l'action des intimés.

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

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Bien que je sois d'accord avec sa conclusion, j'estime nécessaire d'exprimer mes propres opinions pour les raisons que j'énoncerai.

Comme l'a noté ma collègue, il faut d'abord déterminer si les circonstances en l'espèce sont de nature à engendrer une présomption d'abus d'influence. Le juge Wilson conclut que cette présomption ne prend naissance que lorsqu'il existe entre les parties des relations dans lesquelles une «influence» est exercée, lorsqu'une personne est en mesure de dominer la volonté d'une autre personne. Je suis d'accord avec cela.

Ma collègue se demande ensuite s'il faut en outre exiger la présence d'un «désavantage manifeste» pour que s'applique la présomption d'abus d'influence. L'exigence du «désavantage manifeste» a été adoptée par la Chambre des lords, dans l'arrêt *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, [1985] 1 A.C. 686, une affaire dans laquelle on alléguait l'abus d'influence dans le cadre d'un prêt consenti par la banque à un de ses clients. La question était de savoir si l'on devait appliquer une présomption

text of such a transaction. Lord Scarman found such a presumption will be applied in appropriate circumstances, but only when manifest disadvantage to the party influenced can be shown. He stated, at p. 707:

A commercial relationship can become a relationship in which one party assumes a role of dominating influence over the other. . . . Similarly a relationship of banker and customer may become one in which the banker acquires a dominating influence. If he does and a manifestly disadvantageous transaction is proved, there would then be room for the court to presume that it resulted from the exercise of undue influence.

Wilson J. finds that the requirement of manifest disadvantage simply does not make sense in the context of this case, where the challenged transaction concerns a gift. I would agree. A gift is by its nature inherently disadvantageous, at least in a material sense, so the requirement is superfluous. Having made this finding, it seems to me that it becomes unnecessary to discuss the issue of manifest disadvantage further on the facts of this case. My colleague nonetheless proceeds to elaborate upon this point at some length, and I accordingly feel obliged to say a few words about it.

It may well be appropriate to require a showing of undue disadvantage or benefit before a presumption of undue influence will be applied. Given that the effect of the presumption of undue influence is to shift the burden of proof to the defendant, it may not be unreasonable to require that there be some showing of undue disadvantage or benefit in a commercial transaction before the presumption will arise. It is a substantially different question, however, whether undue influence itself must always involve undue disadvantage or benefit.

As my colleague correctly points out, there is a difference of opinion as to whether manifest disadvantage should be a required element of undue influence in a commercial transaction. This stems from differing views on what the doctrine of undue influence is designed to protect. One view is that it should protect against abuses of trust, confidence or power. From this perspective, the focus is upon the process of the

d'abus d'influence dans le cadre d'une telle opération. Lord Scarman a conclu qu'une telle présomption s'applique dans des circonstances appropriées, mais seulement lorsque l'on peut démontrer qu'il y a un désavantage manifeste pour la partie influencée. Il a dit, à la p. 707:

[TRADUCTION] Une relation commerciale peut devenir une relation dans laquelle une partie exerce sur l'autre une influence dominante. [. . .] De la même façon, les rapports entre banquier et client peuvent devenir tels que le banquier acquiert une influence dominante. Si c'est le cas et qu'il y a preuve d'une opération manifestement désavantageuse, il est alors loisible au tribunal de présumer qu'elle résulte d'un abus d'influence.

Le juge Wilson conclut que l'exigence d'un désavantage manifeste n'est pas du tout logique dans le contexte de cette affaire, où l'opération contestée est une donation. Je suis d'accord. Un don est intrinsèquement désavantageux, tout au moins au plan matériel, de sorte que l'exigence est superflue. Étant donné cette conclusion, il me semble inutile de discuter plus longuement de la question du désavantage manifeste vu les faits de l'espèce. Comme ma collègue en parle néanmoins assez longuement, je me sens tenu de dire quelques mots à ce sujet.

Il peut être indiqué d'exiger la preuve d'un désavantage ou d'un avantage injuste avant de faire jouer la présomption d'abus d'influence. Étant donné que cette présomption a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve en l'imposant au défendeur, il peut ne pas être déraisonnable d'exiger quelque preuve de désavantage ou d'avantage injuste résultant d'une opération commerciale avant que la présomption n'entre en jeu. Toutefois, la question de savoir si l'abus d'influence lui-même doit toujours supposer un avantage ou désavantage injuste est une question très différente.

Comme ma collègue l'a correctement souligné, les avis sont partagés sur la question de savoir si l'on devrait exiger que le désavantage manifeste soit un élément de l'abus d'influence dans une opération commerciale. Ce désaccord tient aux opinions divergentes sur ce que la doctrine de l'abus d'influence vise à protéger. Selon certains, elle devrait garantir contre les abus de confiance ou de pouvoir. Dans

undue influence itself, rather than the result. Manifest disadvantage to the person influenced is not a requirement, but merely evidence that goes to show whether or not an abuse of confidence took place. The opposing view is that the law should not interfere with reasonable bargains, and that the doctrine of undue influence should only address abuses of trust or confidence resulting in a significant and demonstrable disadvantage to the person influenced.

It is unnecessary for us to choose between these two opposing positions in the context of this case, which does not even concern a commercial transaction, and I think it is unwise to do so. I therefore cannot adopt my colleague's comment, at p. 377, that there is "nothing *per se* reprehensible about persons in a relationship of trust or confidence exerting influence, even undue influence, over their beneficiaries" (emphasis added). Nor would I want to be taken as agreeing with the proposition that the law will never interfere with a contract that does not necessarily lead to a material disadvantage, even where it is clear that the process leading up to the contract has been tainted.

Turning then to the issue of whether the presumption of undue influence should be applied in the present case, the relevant question is whether the relationship of Mrs. Goodman to her brothers was such that they had the ability to dominate her. Without repeating the facts at length, I would note that I approve in large part of the approach taken to this question by Hetherington J.A. in her dissenting reasons in the Court of Appeal. As she notes, Mrs. Goodman's relationship with her brothers was not a close one. In fact, the trial judge found (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, at pp. 228-29, that:

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all. Particularly brother Jack. Any suggestion made by him seems to have been rebuffed by Mrs. Goodman almost automatically. The poor relationship between the two of them was longstanding and deep-rooted. Apart from the brief interval of time when they

cette perspective, l'accent porte sur le processus de l'abus d'influence lui-même plutôt que sur son résultat. Le désavantage manifeste pour la personne influencée n'est pas une exigence, mais simplement un élément de preuve qui permet de déterminer s'il y a eu abus d'influence. Selon l'opinion opposée, le droit ne devrait pas s'immiscer dans les marchés raisonnables, et la doctrine de l'abus d'influence ne devrait s'intéresser qu'aux abus de confiance résultant en un désavantage considérable et démontrable pour la personne influencée.

Il ne nous est pas nécessaire de choisir entre ces deux positions opposées dans le contexte de cette affaire, qui ne vise même pas une opération commerciale, et je crois peu sage de le faire. Je ne puis donc pas souscrire à la remarque de ma collègue lorsqu'elle dit, à la p. 377, qu'«il n'y a rien de répréhensible en soi à ce que des personnes ayant des rapports de confiance exercent une influence sur leurs bénéficiaires, voire commettent un abus d'influence à leur endroit» (je souligne). Je ne veux pas non plus que l'on pense que je souscris à la proposition voulant que le droit ne s'intéressera jamais à un contrat qui n'entraîne pas nécessairement un désavantage matériel, même s'il est clair que le processus ayant conduit au contrat est vicié.

Si l'on en vient à la question de savoir s'il y a lieu en l'espèce d'appliquer la présomption d'abus d'influence, il faut alors se demander si les rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères étaient de nature à leur permettre de la dominer. Sans m'étendre sur les faits, je souligne que j'approuve dans une large mesure la façon dont le juge Hetherington a abordé cette question dans ses motifs dissidents à la Cour d'appel. Comme elle l'a noté, les rapports que M<sup>me</sup> Goodman avait avec ses frères n'étaient pas étroits. De fait, le juge d'appel a conclu ce qui suit (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle. Particulièrement son frère Jack. La moindre de ses suggestions semble avoir été presque automatiquement repoussée par M<sup>me</sup> Goodman. Les mauvais rapports entre eux deux duraient de longue date et avaient de profondes racines. Mis à part le bref intervalle durant

were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. [Emphasis added.]

In another situation, the relationship of brother and sister might well support a presumption of undue influence. Given these findings of fact by the trial judge, however, it is difficult to accept that the relationship between Mrs. Goodman and her brothers was one where the potential for a dominating influence existed. In so holding, I am not insensitive to the fact that the trust agreement was first proposed during the difficult period immediately following their mother's death. However, the facts as found by the trial judge simply do not bear out the view that Mrs. Goodman was relying upon her brothers for assistance even during this troubled time. I accordingly conclude that there could be no presumption of undue influence at that time.

The facts are even stronger as they relate to the subsequent period. In this regard, it must be remembered that the trust arrangement was not finalized until several months after the death of Mrs. Goodman's mother. It was only entered into by Mrs. Goodman after numerous independent consultations with her attorney, Mr. Pearce, and "following periods of independent thought by her". In the words of the trial judge, at p. 228:

By the time Mrs. Goodman had decided to include all of the grandchildren, that is to say, to include her own children as beneficiaries as well as all of her nieces and nephews, contact between herself and her three brothers no longer existed. [Emphasis added.]

For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Wilson J.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons herein of my colleagues Justice Wilson and Justice La Forest which differ as to whether a presumption of undue influence arises in this case. In my view, given the positive finding by the trial judge, supported by the evidence, that there was no undue influence, the existence of a presumption is immaterial and any discussion of it by the trial judge and the

lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M<sup>me</sup> Goodman n'ont presque pas été en contact. [Je souligne.]

a Dans une situation différente, les rapports entre frère et sœur pourraient fort bien étayer une présomption d'abus d'influence. Cependant, étant donné les conclusions de fait du juge de première instance, il est difficile de convenir que les rapports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses frères offraient la possibilité d'une influence dominante. En tirant cette conclusion, je n'oublie pas que le contrat de fiducie a d'abord été envisagé au cours de la période difficile suivant immédiatement le décès de leur mère. Toutefois, les conclusions de fait du juge de première instance n'appuient tout simplement pas l'opinion selon laquelle M<sup>me</sup> Goodman comptait sur l'aide de ses frères même pendant ces moments difficiles. J'en conclus donc qu'il ne pouvait y avoir aucune présomption d'abus d'influence à ce moment-là.

Les faits sont encore plus solides en ce qui concerne la période qui a suivi. À cet égard, il faut se rappeler que le contrat de fiducie n'a été signé que plusieurs mois après le décès de la mère de M<sup>me</sup> Goodman. Il n'a été conclu par M<sup>me</sup> Goodman qu'à la suite de nombreuses consultations indépendantes avec son avocat, M<sup>e</sup> Pearce, et [TRADUCTION] «après qu'elle y ait réfléchi librement». Comme l'a dit le juge de première instance, à la p. 228:

[TRADUCTION] Au moment où M<sup>me</sup> Goodman a décidé d'inclure tous les petits enfants, c'est-à-dire d'inclure ses propres enfants en qualité de bénéficiaires aussi bien que ses nièces et neveux, les contacts entre elle et ses trois frères avaient cessé. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher ce pourvoi de la façon proposée par le juge Wilson.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Wilson et La Forest qui diffèrent sur la question de savoir si cette affaire donne lieu à une présomption d'abus d'influence. À mon sens, étant donné la conclusion positive du juge de première instance, appuyée par la preuve, qu'il n'y avait pas abus d'influence, l'existence d'une présomption est sans importance et toute discussion à

Court of Appeal was unnecessary and *obiter*. The same applies to the consideration of this matter here.

Wilson J. accurately points out in her reasons, at p. 363, that:

Based on the testimony of the solicitor as well as the other witnesses, Hutchinson J. found on the evidence that the Geffen brothers did not in fact influence their sister into signing the trust agreement. In doing so he placed particular emphasis on the fact that the agreement in substance reflected the true wishes of the settlor.

The trial judge made the following positive determination of this issue ((1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, at pp. 228-29):

If anything, the evidence which I have heard and which was read in by counsel for the plaintiff persuades me that the relationship between Mrs. Goodman and her three brothers was such that they had no influence on their sister at all. . . . Apart from the brief interval of time when they were together as a result of their mother's last illness and death, there was hardly any contact between the three brothers and Mrs. Goodman. She did not rely on them for assistance and they were only concerned that their mother's estate be available for her maintenance without the need on their part to assume any personal responsibility for their sister's care. [Emphasis added.]

The presumption of undue influence is a presumption of law. As such, its influence on the resolution of the issue is limited to the burden of proof. Text writers and courts are divided on whether presumptions of law affect only the evidential burden or both the evidential burden and the legal burden. In *S v. S*, [1972] A.C. 24, Lord Reid espoused the latter view and explained a presumption in the following language, at p. 41:

Once evidence has been led it must be weighed without using the presumption as a make-weight in the scale for legitimacy. So even weak evidence against legitimacy must prevail if there is not other evidence to counterbalance it. The presumption will only come in at that stage in the very rare case of the evidence being so evenly

son sujet par le juge de première instance et la Cour d'appel était inutile et constituait une remarque incidente. Il en va de même pour l'étude de cette question par notre Cour.

Le juge Wilson souligne correctement à la p. 363 de ses motifs que:

Se fondant sur le témoignage de l'avocat et ceux d'autres témoins, le juge Hutchinson a conclu qu'en fait, d'après la preuve, les frères Geffen n'avaient pas influencé la décision de leur sœur de signer l'acte de fiducie. Ce faisant, il a insisté particulièrement sur le fait que l'acte de fiducie traduisait pour l'essentiel les véritables volontés de la disposante.

Le juge de première instance a tiré la conclusion positive suivante sur cette question, (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 210, aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Somme toute, la preuve que j'ai entendue ou que l'avocat du demandeur a consignée me persuade que les rappports entre M<sup>me</sup> Goodman et ses trois frères étaient tels qu'ils n'ont exercé aucune influence sur elle[. . .] Mis à part le bref intervalle durant lequel ils ont été réunis à cause de la maladie et du décès de leur mère, les trois frères et M<sup>me</sup> Goodman n'ont presque pas été en contact. Elle n'a pas compté sur leur aide et leur seul souci était que l'héritage de leur mère soit disponible pour assurer la subsistance de leur sœur sans qu'ils aient eux-mêmes à subvenir à ses besoins. [Je souligne]

La présomption d'abus d'influence est une présomption de droit. Comme telle, son effet sur la solution de la question en litige est limité au fardeau de la preuve. Les commentateurs ainsi que les tribunaux ont des opinions divergentes quant à savoir si les présomptions de droit ont une incidence sur le fardeau de présentation seulement ou à la fois sur le fardeau de présentation et le fardeau ultime. Dans l'arrêt *S v. S*, [1972] A.C. 24, lord Reid a adopté le dernier point de vue et expliqué une présomption dans les termes suivants, à la p. 41:

[TRADUCTION] Dès lors que la preuve a été faite, il faut l'apprécier sans ajouter la présomption dans la balance de la légitimité comme complément de poids. Ainsi, même une faible preuve contre la légitimité doit l'emporter en l'absence de preuve pour y faire contrepoids. La présomption n'entrera en jeu à cette étape que dans

balanced that the court is unable to reach a decision on it.

This Court, in *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] S.C.R. 602, adopted the former or evidentiary burden view, citing *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., § 2491(2). Judson J., speaking for the court, stated, at p. 606:

It must be kept in mind that the peculiar effect of a presumption "of law" (that is, the real presumption) is merely to invoke a rule of law compelling the jury to reach the conclusion *in the absence of evidence to the contrary* from the opponent. If the opponent *does* offer evidence to the contrary (sufficient to satisfy the judge's requirement of some evidence), the presumption disappears as a rule of law, and the case is in the jury's hands free from any rule. [Emphasis in original.]

This view was reaffirmed in *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, Dickson J. (as he then was) said at p. 225:

Evidence having been led on each issue the presumptions disappeared. It fell then to the trier of fact to decide the issues upon all of the evidence adduced.

I need not resolve which of these views is the correct one because in my opinion, on either view, the presumption of undue influence played no role in this case. An evidentiary burden casts on the burdened party the obligation of going forward with some evidence while the legal burden is applied against the burdened party if the evidence, after being weighed, fails to persuade. This latter burden is also referred to as the burden of non-persuasion. The modern view of the legal burden is generally attributed to the decision of the Privy Council in *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97, in which Viscount Dunedin stated at p. 101:

But onus as a determining factor of the whole case can only arise if the tribunal finds the evidence pro and con so evenly balanced that it can come to no sure conclusion. Then the onus will determine the matter. But if the tribunal, after hearing and weighing the evidence, comes

le cas très rare où la preuve est si égale que le tribunal est incapable d'en tirer une conclusion décisive.

Dans l'arrêt *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1959] R.C.S. 602, notre Cour a adopté le premier point de vue, celui du fardeau de présentation, en citant *Wigmore on Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., § 2491(2). Le juge Judson a dit au nom de la Cour, à la p. 606:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que l'effet particulier de la présomption «de droit» (c'est-à-dire la véritable présomption) est simplement d'invoquer une règle de droit qui oblige le jury à tirer la conclusion *en l'absence de preuve contraire* de la partie adverse. Si cette dernière soumet *effectivement* une preuve contraire (suffisante pour satisfaire à la preuve exigée par le juge), la présomption disparaît comme règle de droit, et l'affaire est entre les mains du jury libre de toute règle. [Italiques dans l'original.]

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a réaffirmé ce point de vue dans l'arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, à la p. 225:

Chaque point ayant été couvert par des éléments de preuve, les présomptions se sont trouvées repoussées. Il appartenait donc au juge des faits de trancher les questions litigieuses à la lumière de toute la preuve produite.

Je n'ai pas à décider lequel de ces points de vue est exact puisque, à mon avis, la présomption d'abus d'influence ne joue aucun rôle en l'espèce. Un fardeau de présentation impose à la partie qui en est chargée l'obligation d'avancer des éléments de preuve, tandis que le fardeau ultime est imposé à la partie qui en est chargée si la preuve, une fois appréciée, ne réussit pas à convaincre. Ce dernier fardeau est également appelé le fardeau de non-persuasion. La conception moderne du fardeau ultime est généralement attribuée à l'arrêt du Conseil privé *Robins v. National Trust Co.*, [1927] 2 D.L.R. 97, dans lequel le vicomte Dunedin a dit, à la p. 101:

[TRADUCTION] Cependant, la question du fardeau de la preuve ne peut se soulever pour juger une cause que si le tribunal conclut que la preuve de l'affirmative et celle de la négative s'équilibrent si bien qu'il ne peut en arriver autrement à une conclusion. Alors le fardeau de la preuve décide de l'affaire. Cependant si le tribunal, après avoir entendu et apprécié la preuve, en arrive à une conclusion définie, le fardeau de la preuve n'a rien à



to a determinate conclusion, the onus has nothing to do with it, and need not be further considered.

It is the legal burden or burden of non-persuasion that is occasionally misapplied by treating it as a make-weight in the assessment of the evidence. This is characteristic of some of the undue influence cases that refer to matters that must be proved in order to discharge the burden of proof imposed by the presumption. See *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, at p. 181.

This is not an application of the burden of proof but rather a particular application of the familiar maxim that in applying the standard of proof all evidence is to be weighed in light of the gravity of the issue to be decided. See *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643, at p. 673; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, at p. 266. This maxim is applied in undue influence cases. The evidence is subjected to close scrutiny and the cases indicate that before coming to a conclusion, the court must act only on clear and convincing evidence. The factors that are often cited in the undue influence cases are just that, factors that the judge should consider in weighing the evidence. These factors ensure that the evidence is carefully scrutinized. They are to be heeded but are not cast in stone. They are not, however, a product of the application of the legal burden of proof. In this regard, I adopt that portion of the reasons of Rand J. in *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] S.C.R. 289, in which he states at p. 308:

In the conception of a function of requiring a quantum of proof, the presumption plays no part in the drawing of conclusions from the facts presented in rebuttal, and this circumstance has made a generous contribution to the confusion and difficulty which surround the practical application of this very necessary device.

*Schlitt* involved a claim on a policy of life insurance which was resisted by way of reliance on the defence of suicide. The issue was whether the presumption of suicide had been rebutted. The insured contended it was death by accident and the insurer death by suicide. After reviewing the evidence, Rand J., in a dissenting opinion, concluded that the Court

voir et il n'est pas nécessaire de le prendre en considération.

C'est le fardeau ultime ou le fardeau de non-persuasion qui est mal appliqué à l'occasion lorsqu'il est utilisé comme complément de poids dans l'appréciation de la preuve. C'est le cas dans certaines affaires d'abus d'influence qui font mention de certaines questions qu'il faut prouver afin de s'acquitter du fardeau de preuve imposé par la présomption. Voir *Allcard v. Skinner* (1887), 36 Ch. D. 145, à la p.181.

Il ne s'agit pas d'une application du fardeau de la preuve, mais plutôt d'une application particulière de la maxime connue selon laquelle, dans l'application de la norme de preuve, tous les éléments de preuve doivent être appréciés en fonction de la gravité de la question en litige. Voir *Blyth v. Blyth*, [1966] A.C. 643, à la p. 673; *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 247, à la p. 266. Cette maxime est appliquée dans des affaires d'abus d'influence. La preuve est soumise à un examen serré et la jurisprudence révèle qu'avant d'arriver à une conclusion, la cour doit s'appuyer uniquement sur une preuve claire et convaincante. Les facteurs souvent cités dans les affaires d'abus d'influence ne sont que ce qu'ils sont, des facteurs dont le juge doit tenir compte dans l'appréciation de la preuve. Ces facteurs assurent que la preuve est examinée avec soin. Il faut en tenir compte mais ils ne sont pas coulés dans le béton. Ils ne sont cependant pas le produit de l'application du fardeau ultime de preuve. À cet égard, j'adopte l'extrait suivant des motifs du juge Rand dans *New York Life Insurance Co. v. Schlitt*, [1945] R.C.S. 289, à la p. 308:

[TRADUCTION] Dans la conception du rôle de l'exigence d'un degré de preuve, la présomption n'entre pas en jeu dans l'établissement de conclusions tirées des faits présentés en contre-preuve, et cela a beaucoup contribué à la confusion et aux difficultés qui entourent l'application pratique de ce mécanisme très nécessaire.

L'affaire *Schlitt* portait sur une réclamation en matière d'assurance-vie à laquelle on s'était opposé en invoquant le suicide. Il s'agissait de savoir si la présomption de suicide avait été réfutée. Le bénéficiaire prétendait qu'il s'agissait d'un décès accidentel et l'assureur alléguait le suicide. Après avoir examiné la preuve, le juge Rand, dissident, a conclu que la

was left in a state of doubt and therefore the burden of proof had to be applied. While Rand J. disagreed with his colleagues with respect to the factual conclusion to be reached, his reasons, alone, contain a definitive analysis of the operation of presumption and they do not conflict with those of other members of the Court.

In this case, there is no reason to consider whether there was an evidentiary burden on the appellants to adduce evidence nor whether they had the legal burden of proof. Evidence was adduced which persuaded the trial judge in accordance with the requisite standard that undue influence had not been exerted. This was not a case where the evidence was evenly balanced thereby requiring a determination of where the burden of proof lay. That ended the matter and there is no reason to consider whether that which has been found not to exist ought to be presumed.

I would dispose of the appeal as proposed by Wilson J.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Bennett Jones Verchere, Calgary.*

*Solicitors for the respondents: Barron & Barron, Calgary.*

Cour était laissée dans le doute et qu'il fallait donc appliquer le fardeau de la preuve. Bien que le juge Rand ait été en désaccord avec ses collègues quant à la conclusion sur les faits, ses motifs, à eux seuls, contiennent une analyse définitive du fonctionnement de la présomption et n'entrent pas en conflit avec ceux des autres membres de la Cour.

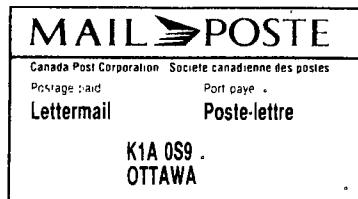
En l'espèce, il n'y a aucune raison de se demander si les appelants étaient tenus à un fardeau de présentation ou au fardeau ultime de la preuve. Des éléments de preuve ont été présentés qui ont convaincu le juge de première instance, conformément à la norme requise, qu'il n'y avait pas eu abus d'influence. Il ne s'agit pas d'un cas où la preuve était égale de part et d'autre et exigeait donc une décision sur l'attribution du fardeau de preuve. Cela mettait fin à l'affaire, et il n'y a aucune raison de se demander si ce qui a été déterminé ne pas exister devrait être présumé.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Bennett Jones Verchere, Calgary.*

*Procureurs des intimés: Barron & Barron, Calgary.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1991 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 2**

**Cited as [1991] 2 S.C.R. 401-576**

**Renvoi [1991] 2 R.C.S. 401-576**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretary  
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

**Canada (Director of Soldier Settlement) v. Snider Estate..... 481**

Mines and minerals — Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Whether mineral estate in land was transferred to province under Natural Resources Transfer Agreement of 1930 — Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Natural Resources Transfer Agreement, 1930, paras. 13, 18(a) — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1).

Land titles — Mines and minerals — Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Soldier Settlement Act,

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire  
LYNE RENAUD

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

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

---

## SOMMAIRE

**Canada (Directeur de l'établissement de soldats) c. Succession Snider..... 481**

Mines et minéraux — Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission d'établissement — Vente de biens-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Les droits sur les ressources minérales dans le bien-fonds ont-ils été cédés à la province en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930? — Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, art. 13, 18a) — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1).

Titres de propriété — Mines et minéraux — Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1).

### **Longueuil (City) v. Lambert-Picotte..... 401**

Expropriation — Indemnity — Whether a transaction or an agreement between parties as to indemnity in event of expropriation — Whether Court of Appeal erred in intervening in Expropriation Tribunal's decision — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, ss. 19, 68 — Civil Code of Lower Canada, art. 1918.

Expropriation — Indemnity — Additional indemnity — Provisional indemnity less than one third of final indemnity — Whether granting of additional indemnity justified — Whether provisional indemnity should be taken into account in calculation of additional indemnity — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 68.

### **Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation..... 570**

Indians — Aboriginal rights — Land claims — Title — Treaties — Appellate court unable to interfere with findings of fact — Legal findings based on facts subject to appellate review — Indians found to exercise sufficient occupation to establish aboriginal right.

Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Appellate courts unable to interfere with findings of fact of lower courts — Appellate courts able to deal with legal findings based on those facts.

### **R. v. Brown ..... 518**

Criminal law — Sentencing — Dangerous driving — Motor accident involving bodily injury and death — Jury verdict: not guilty of causing death or bodily injury by dangerous driving but guilty of included offence of dangerous driving simpliciter — Whether judge on sentencing entitled to adopt as facts matters expressly or implicitly rejected by jury.

### **Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)..... 525**

Constitutional law — Federal-provincial agreements — Canada Assistance Plan — Federal government contributing 50 per cent of costs of provincial assistance and welfare services pursuant to Canada Assistance Plan and Agreement with province — Federal government introducing new legislation reducing its fiscal obligation under Canada Assistance Plan and Agreement — Whether federal government has authority to reduce its obligation unilaterally — Whether doctrine of legitimate expectations applies — Whether Canada Assistance Plan imposes requirements as to "manner and form" of subsequent legislation — Whether new legislation *ultra vires* — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1.

Constitutional law — Reference — Questions — Whether questions referred to Court of Appeal raised justiciable issues.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d'établissement — Vente de bien-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1).

### **Longueuil (Ville) c. Lambert-Picotte ..... 401**

Expropriation — Indemnité — Est-il intervenu entre les parties une transaction ou une convention quant à l'indemnité à verser en cas d'expropriation? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du Tribunal de l'expropriation? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 19, 68 — Code civil du Bas-Canada, art. 1918.

Expropriation — Indemnité — Indemnité additionnelle — Indemnité provisionnelle de moins d'un tiers de l'indemnité définitive — L'attribution d'une indemnité additionnelle est-elle justifiée? — L'indemnité provisionnelle devrait-elle être prise en considération dans le calcul du montant de l'indemnité additionnelle? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 68.

### **Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation..... 570**

Indiens — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Titre — Traités — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait — Les conclusions de droit fondées sur les faits sont susceptibles de révision en appel — Les Indiens ont suffisamment occupé le territoire pour établir le droit ancestral.

Tribunaux — Tribunaux d'appel — Compétence — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait d'un tribunal d'instance inférieure — Le tribunal d'appel peut traiter des conclusions de droit fondées sur ces faits.

### **R. c. Brown ..... 518**

Droit criminel — Détermination de la peine — Conduite dangereuse — Accident d'automobiles entraînant des lésions corporelles et la mort — Verdict du jury: non coupable de l'infraction de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions corporelles, mais coupable de l'infraction incluse de simple conduite dangereuse — Le juge peut-il, lors de la détermination de la peine, se fonder sur des faits expressément ou implicitement écartés par le jury?

### **Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)..... 525**

Droit constitutionnel — Accords fédéraux-provinciaux — Régime d'assistance publique du Canada — Moitié du coût des services provinciaux d'assistance publique et de protection sociale payée par le gouvernement fédéral conformément au Régime d'assistance publique du Canada et à un accord conclu avec la province — Dépôt par le gouvernement fédéral d'un projet de loi prévoyant l'allègement de l'obligation financière

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Waldick v. Malcolm..... 456**

Torts — Duty of care — Occupiers' liability — Rural residence — Icy and snow covered walk, driveway and parking area not salted or sanded — Condition known to visitor — Visitor slipping and seriously injured — Whether or not householders failed to fulfil statutory duty — Whether visitor had willingly assumed risk and was contributorily negligent — Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.

## SOMMAIRE (Fin)

lui incombant aux termes du Régime d'assistance publique du Canada et de l'accord — Le gouvernement fédéral a-t-il compétence pour alléger unilatéralement son obligation? — La théorie de l'expectative légitime s'applique-t-elle? — Le Régime d'assistance publique du Canada impose-t-il des exigences quant au "mode" et à la "forme" d'une loi subséquente? — La nouvelle mesure législative est-elle inconstitutionnelle? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1.

Droit constitutionnel — Renvoi — Questions — Les questions soumises à la Cour d'appel soulèvent-elles des points relevant de la compétence des tribunaux?

### **Waldick c. Malcolm..... 456**

Responsabilité délictuelle — Obligation de prendre soin — Responsabilité des occupants — Habitation rurale — Ni sable ni sel n'ont été épanchés sur un sentier, sur une allée et sur une aire de stationnement recouverts de glace et de neige — Visiteur au courant de cet état de choses — Le visiteur glisse et se blesse gravement — Les occupants de la maison ont-ils manqué à une obligation légale? — Le visiteur a-t-il volontairement assumé le risque de sorte qu'il y a eu négligence contributive de sa part? — Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.





**Dame Jeanne D'Arc Lambert** Appellant

v.

**City of Longueuil** Respondent

INDEXED AS: LONGUEUIL (CITY) v. LAMBERT-PICOTTE

File No.: 21151.

1991: January 31; 1991: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Expropriation — Indemnity — Whether a transaction or an agreement between parties as to indemnity in event of expropriation — Whether Court of Appeal erred in intervening in Expropriation Tribunal's decision — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, ss. 19, 68 — Civil Code of Lower Canada, art. 1918.*

*Expropriation — Indemnity — Additional indemnity — Provisional indemnity less than one third of final indemnity — Whether granting of additional indemnity justified — Whether provisional indemnity should be taken into account in calculation of additional indemnity — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 68.*

In 1974, the City of Longueuil entered into negotiations with the appellant for the purchase of her land, to establish an outdoor recreation centre. After several meetings, the parties entered into an offer of sale setting the purchase price at \$500,000. At this time, both parties were well aware that the appellant could not deliver clear title to the property because of an existing dispute between the appellant and another party. The City took no further action regarding the offer of sale. Rather, the City chose to file a notice of expropriation, one day after the expiration of the six-month deadline set out in the offer to execute the deed of sale. Paragraph 8 of the notice of expropriation indicated that expropriation was undertaken "without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party".

On a motion before the Superior Court, the City was granted "prior possession" of the property. The motion

**Dame Jeanne D'Arc Lambert** Appelante

c.

<sup>a</sup> **Ville de Longueuil** Intimée

RÉPERTORIÉ: LONGUEUIL (VILLE) c. LAMBERT-PICOTTE

N° du greffe: 21151.

<sup>b</sup>

1991: 31 janvier; 1991: 27 juin.

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

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Expropriation — Indemnité — Est-il intervenu entre les parties une transaction ou une convention quant à l'indemnité à verser en cas d'expropriation? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du Tribunal de l'expropriation? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 19, 68 — Code civil du Bas-Canada, art. 1918.*

<sup>e</sup>

*Expropriation — Indemnité — Indemnité additionnelle — Indemnité provisionnelle de moins d'un tiers de l'indemnité définitive — L'attribution d'une indemnité additionnelle est-elle justifiée? — L'indemnité provisionnelle devrait-elle être prise en considération dans le calcul du montant de l'indemnité additionnelle? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 68.*

<sup>f</sup>

En 1974, la ville de Longueuil a entamé des négociations avec l'appelante en vue d'acheter son immeuble afin d'y établir une base de plein air. À la suite de plusieurs rencontres, les parties ont signé une offre de vente qui fixait à 500 000 \$ le prix d'achat. Les deux parties étaient, à l'époque, bien au courant du fait que l'appelante ne pouvait donner un titre de propriété incontestable sur l'immeuble en raison d'un litige pendant entre l'appelante et un tiers. La ville n'a pris aucune autre mesure relativement à l'offre de vente. Elle a choisi plutôt de déposer un avis d'expropriation le lendemain de la date d'expiration du délai de six mois fixé dans l'offre pour signer l'acte de vente. Aux termes du paragraphe 8 de l'avis d'expropriation, cette expropriation se faisait «sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée».

<sup>j</sup>

À la suite d'une requête présentée à la Cour supérieure, la ville s'est vu accorder la possession préalable

stated that the City had offered an indemnity of \$500,000 but that the appellant had not yet accepted it. The City put \$500,000 on deposit and, a year later, the appellant's motion to withdraw the money was granted without prejudice to her right to claim a greater indemnity in the expropriation proceedings. When the case was finally remitted to the Expropriation Tribunal, the City contended that there had been a transaction between the parties with regard to the value of the land upon expropriation. The Tribunal rejected this argument, set the value of the land at \$1,714,936, and ordered the City to pay the appellant with an additional indemnity calculated on the total award. The Tribunal's decision was homologated by the Superior Court. The Court of Appeal set aside the Tribunal's decision. It held that, whether it was a transaction or a contract between the parties, a binding agreement existed between the parties as to the indemnity upon expropriation.

The present appeal is to determine whether, prior to the expropriation proceedings, the parties had entered into either a transaction or an agreement regarding the indemnity to be paid by the City on the expropriation of the land. A subsidiary issue concerns the discretion of the Expropriation Tribunal in awarding and calculating an additional indemnity on the total or defalcated award.

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Whether there was a transaction or an agreement*

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: In order to reverse the conclusions of fact made by the Expropriation Tribunal, the Court of Appeal has to determine that the Tribunal had either grossly misconstrued the evidence so as to constitute an injustice, erred in law, or misapplied the law. The Expropriation Tribunal made no error in concluding that there was no transaction between the parties, because the requirements of art. 1918 *C.C.L.C.* were not met. At the time the offer was signed, there was no lawsuit, legal relationship, or contentious legal question between the parties which could be the subject of a transaction under art. 1918. In addition, there were no "concessions or reservations" made by either party to prevent future litigation over disputed rights. When the transaction allegedly occurred, the City had not yet passed a resolution, and

de l'immeuble. La requête précisait que la ville avait offert une indemnité de 500 000 \$, mais que l'appelante ne l'avait pas encore acceptée. La ville a déposé la somme de 500 000 \$ et, un an plus tard, la requête de l'appelante en retrait de cette somme a été accueillie sans préjudice de son droit de réclamer une indemnité plus élevée dans le cadre des procédures d'expropriation. Quand l'affaire a été finalement déferée au Tribunal de l'expropriation, la ville a fait valoir qu'une transaction était intervenue entre les parties relativement à la valeur de l'immeuble en cas d'expropriation. Le Tribunal a rejeté cet argument, a fixé la valeur de l'immeuble à 1 714 936 \$ et a ordonné à la ville de verser cette somme à l'appelante avec une indemnité additionnelle établie en fonction du montant total accordé. La décision du Tribunal a été homologuée par la Cour supérieure. La Cour d'appel l'a toutefois infirmée, disant que, peu importe qu'il s'agisse d'une transaction ou d'un contrat entre les parties, il existait entre elles une convention exécutoire quant à l'indemnité à accorder en cas d'expropriation.

Le présent pourvoi vise à déterminer si, antérieurement aux procédures d'expropriation, les parties avaient conclu une transaction ou une convention quant à l'indemnité à verser par la ville lors de l'expropriation de l'immeuble. Se pose, à titre subsidiaire, la question du pouvoir discrétionnaire du Tribunal de l'expropriation d'accorder une indemnité additionnelle calculée en fonction de l'indemnité totale accordée ou en fonction du solde restant après défalcation des sommes déjà versées.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *Y a-t-il eu transaction ou convention?*

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Pour écarter les conclusions de fait du Tribunal de l'expropriation, la Cour d'appel devait décider que le Tribunal avait si grossièrement erré dans son interprétation de la preuve que cela constituait une injustice, qu'il avait commis une erreur de droit ou qu'il avait mal appliqué le droit. Le Tribunal de l'expropriation n'a pas commis d'erreur en concluant qu'aucune transaction n'est intervenue entre les parties, car les exigences de l'art. 1918 *C.c.B.-C.* n'étaient pas remplies. Quand l'offre a été signée, il n'y avait entre les parties aucune poursuite judiciaire, aucun lien juridique, ni aucune question de droit litigieuse qui pouvait faire l'objet d'une transaction au sens de l'art. 1918. De plus, ni l'une ni l'autre partie n'a fait des «concessions» ou des «réserves» visant à prévenir une contestation à

therefore did not have the power, to expropriate the land. There was no evidence of a transaction in this case.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The Expropriation Tribunal correctly concluded that there was no agreement between the parties as to indemnity in the event of expropriation. The evidence does not support the existence of an oral agreement on the indemnity. The offer itself is silent and the testimony is inconclusive. Nothing in the written material filed in the record supports the City's contention that, prior or subsequent to the offer of sale, the parties even discussed, let alone agreed to, either the value of the land on expropriation or the indemnity to be paid in case of expropriation. Although a subsequent letter from the appellant's lawyer to the City's notary suggested the City could proceed by expropriation to obtain clear title, the letter did not allude to an agreement about the price to be paid. The caveat in paragraph 8 of the expropriation notice does not establish that there was an agreement regarding indemnity. There is no reference to an agreement, nor to the date, content or price of an indemnity. In its motion for prior possession, the City specifically admitted that there was no agreement, stating that the appellant had "not yet accepted" the City's offer. The City did not indicate its reliance on any agreement: the motion to allow the withdrawal of the \$500,000 went uncontested, the motion to refer the matter to the Expropriation Tribunal to fix the indemnity was made on consent, and the City at no time protested the appellant's detailed claim for indemnity. Therefore, there was no agreement and the Court of Appeal erred in reversing the findings of the Expropriation Tribunal.

The Expropriation Tribunal's award as to the value of the expropriated land was not challenged and must stand.

*Per* La Forest J.: Given its obvious advantage in weighing the evidence, there is no reason to depart from the Expropriation Tribunal's view that the representative of the City was persistent to the point of harassment in his dealings with the appellant. Assuming there could nonetheless be said to have been an agreement of sale,

naître relativement à des droits contestés. Au moment où la transaction serait intervenue, la ville n'avait pas encore adopté de résolution visant l'expropriation de l'immeuble et elle n'était donc pas habilitée à l'exproprier. Il n'y a aucune preuve de l'existence d'une transaction en l'espèce.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Le Tribunal de l'expropriation a conclu avec raison qu'aucune convention n'est intervenue entre les parties quant à l'indemnité à verser en cas d'expropriation. La preuve n'établit pas l'existence d'une convention orale concernant l'indemnité. L'offre elle-même est muette sur ce point et les témoignages ne sont nullement concluants. Il n'y a, dans les documents versés au dossier, rien qui justifie la prétention de la ville qu'antérieurement à l'offre de vente, ou postérieurement à celle-ci, les parties aient même discuté, et encore moins convenu, de la valeur de l'immeuble aux fins de l'expropriation ou du montant de l'indemnité à payer dans cette éventualité. Bien qu'une lettre adressée subséquemment par le procureur de l'appelante au notaire de la ville indique que cette dernière pouvait procéder par voie d'expropriation pour obtenir un titre de propriété incontestable, cette lettre ne fait pas allusion à une entente quant au prix à payer. La réserve énoncée au paragraphe 8 de l'avis d'expropriation n'établit pas l'existence d'une convention quant au montant de l'indemnité. Il n'y est pas fait mention d'une convention, d'une date, du contenu ni du prix quant à une indemnité. Dans sa requête en possession préalable, la ville a reconnu sans équivoque qu'il n'y avait pas de convention et a affirmé que l'appelante n'avait «pas encore accepté» l'offre de la ville. La ville n'a pas prétendu s'appuyer sur une convention quelconque: elle n'a pas contesté la requête en retrait de la somme de 500 000 \$, c'est avec le consentement des parties qu'a été présentée la requête visant à faire déférer le dossier au Tribunal de l'expropriation pour qu'il fixe le montant de l'indemnité, et la ville n'a jamais contesté la demande d'indemnité détaillée de l'appelante. Il s'ensuit qu'aucune convention n'est intervenue et que c'est à tort que la Cour d'appel a écarté les conclusions du Tribunal de l'expropriation.

La décision du Tribunal de l'expropriation fixant la valeur de l'immeuble exproprié n'a pas été contestée et il y a lieu de la maintenir.

*Le* juge La Forest: Étant donné l'avantage évident dont il disposait pour évaluer la preuve, il n'y a aucune raison de s'écarter de l'opinion du Tribunal de l'expropriation selon laquelle le représentant de la ville a persisté au point de faire du harcèlement dans ses négociations avec l'appelante. À supposer qu'on pourrait

the method by which the City carried out the expropriation procedures clearly indicated that it did not intend to rely upon the offer of sale. The Court of Appeal's opinion that there was an agreement, which is based almost exclusively on paragraph 8 of the expropriation notice, goes against the weight of the evidence and the factual findings of the Tribunal. It is true that the renunciation of a right should never be presumed and must be interpreted narrowly. However, in this case, the City's actions have met that threshold and cannot be interpreted in any other manner than a renunciation of its rights under the offer of sale.

*Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting):* While the conditions for the existence of a transaction were not met in this case and even though the parties did not expressly enter into an agreement as to indemnity, there remained throughout a valid and enforceable agreement for the sale of the property. A court should not conclude that a party has tacitly renounced its rights by virtue of a binding and enforceable agreement unless the circumstances are such that any other conclusion would be implausible. The notion of renunciation must be interpreted narrowly. Here, the Expropriation Tribunal erred in concluding that the City renounced its rights under the agreement when it commenced the expropriation proceedings. The mere fact that the expropriation notice was sent one day after the expiry of the six-month deadline for signing the deed of sale was insufficient to render the offer null. Unless this is expressly stipulated, the time allowed for signing the deed of sale is not generally a strict time limit. There was no express stipulation to that effect in this case. Further, the City did not renounce its rights under the offer when it did not attempt to enforce the agreement before proceeding with the expropriation. A *mise en demeure* is not always a necessary precondition to the exercise of rights under an agreement. In this case, the *mise en demeure* would have served no useful purpose given the well-known fact that the appellant could not provide clear title. Finally, the expropriation notice did not constitute the notice of termination envisaged in the offer of sale. There was no mention in the expropriation notice of the City's intention to withdraw its acceptance under the offer. On the contrary, the City expressly reserved its rights under any agreement which may exist between the parties.

Given that there was no renunciation by the City, the Tribunal was bound to respect the agreement which had

néanmoins dire qu'il y a eu contrat de vente, la façon dont la ville a exécuté les procédures d'expropriation indique clairement qu'elle n'avait pas l'intention d'invoquer l'offre de vente. L'opinion de la Cour d'appel voulant qu'il y a eu convention, qui repose presque exclusivement sur le paragraphe 8 de l'avis d'expropriation, est contraire à la force de la preuve et aux conclusions de fait du Tribunal. Il est vrai que la renonciation à un droit ne devrait jamais être présumée et doit être interprétée de façon étroite. En l'espèce, toutefois, les actes de la ville ont satisfait à ce critère et ne sauraient être interprétés autrement que comme une renonciation aux droits que lui conférait l'offre de vente.

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents):* Bien que les conditions de l'existence d'une transaction n'aient pas été remplies en l'espèce et même si les parties n'ont pas expressément conclu une convention en matière d'indemnité, il subsistait toujours un contrat valide et exécutoire de vente du bien-fonds en question. Une cour ne devrait pas conclure qu'une partie a renoncé tacitement à ses droits découlant d'une convention ayant force obligatoire, à moins que toute autre conclusion ne soit invraisemblable dans les circonstances. La notion de renonciation doit être interprétée restrictivement. En l'espèce, le Tribunal de l'expropriation a commis une erreur en concluant que la ville avait renoncé à ses droits découlant de la convention quand elle a engagé les procédures d'expropriation. Le simple fait que l'avis d'expropriation a été envoyé le lendemain de l'expiration du délai de six mois fixé pour la signature de l'acte de vente n'est pas suffisant pour entraîner la nullité de l'offre. À moins que ce ne soit expressément stipulé, le délai imparti pour la signature de l'acte de vente n'est pas, en règle générale, de rigueur. Il n'y a pas de stipulation expresse en ce sens dans la présente affaire. En outre, la ville n'a pas renoncé à ses droits découlant de l'offre en ne tentant pas de faire exécuter la convention avant de procéder à l'expropriation. La mise en demeure ne constitue pas toujours une condition préalable nécessaire à l'exercice de droits découlant d'une convention. En l'espèce, une mise en demeure n'aurait servi à rien étant donné que l'on savait bien que l'appelante ne pouvait pas fournir un droit de propriété incontestable. Enfin, l'avis d'expropriation ne constituait pas l'avis de résiliation envisagé dans l'offre de vente. L'avis d'expropriation ne fait aucune mention de l'intention de la ville de retirer son acceptation de l'offre. Au contraire, elle a expressément réservé ses droits découlant de toute convention pouvant exister entre les parties.

Comme il n'y a pas eu de renonciation de la part de la ville, le Tribunal était tenu de respecter la convention

been entered into by the parties. It was not shown that the alleged harassment rendered the agreement null and void. The principle which is to guide the Tribunal in fixing the indemnity is the value of the property to the party being expropriated. Here, the maximum value of the property to the appellant was the price of \$500,000 stipulated in the agreement of sale by which the appellant was still bound when the property was expropriated.

## (2) Additional Indemnity

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.:* The decision to grant an additional indemnity is discretionary under s. 68 of the *Expropriation Act*. The additional indemnity is a measure of damages, not of interest. While there are no exhaustive criteria for allowing such an indemnity, the main criteria are whether there has been undue delay, negligence by the expropriating party in completing the hearings, or an insufficient offer bearing no reasonable relation to the indemnity fixed. The conduct of the expropriating party may also be relevant. In the present case, the Expropriation Tribunal found that the difference between the provisional indemnity and the final indemnity was so large that it justified awarding an additional indemnity. There is no reason to interfere with its conclusion that the City sought to obtain the property on payment of a "trifling indemnity" which was "clearly insufficient".

Under s. 68, the Expropriation Tribunal also has discretion to deduct the provisional indemnity from the final indemnity in order to determine the amount of the additional indemnity. The Tribunal's interpretation of s. 68 was not agreed with on this issue. Since there are no exhaustive criteria, the discretion to make a deduction must be exercised with regard to the particular circumstances of each case. In this case, the parties have agreed that the provisional indemnity should be deducted in calculating the additional indemnity. The Tribunal's award should be reduced accordingly.

## Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *D. Dupéré Inc. v. Procureur général du Québec*, C.A. Québec, No. 200-09-000397-74, September 1, 1977; *Cité de Ste-Foy v. Société Immobilière Enic Inc.*, [1967] S.C.R. 121; *Bellerose v. Talbot*, [1957] Que. Q.B. 637, aff'd [1958] S.C.R. 261; *Isabelle v. Procureur général du Québec*, [1953] Que. Q.B. 747; *Ministre des*

intervenue entre les parties. Il n'a pas été démontré que le harcèlement auquel on aurait eu recours a entraîné la nullité de la convention. Le principe qui doit guider le Tribunal dans la détermination du montant de l'indemnité est celui de la valeur du bien-fonds pour l'exproprié. En l'espèce, la valeur maximale du bien-fonds pour l'appelante était le prix de 500 000 \$ stipulé dans le contrat de vente, par lequel cette dernière était encore liée lors de l'expropriation de son bien-fonds.

## b (2) L'indemnité additionnelle

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin:* Suivant l'art. 68 de la *Loi sur l'expropriation*, la décision d'accorder une indemnité additionnelle est discrétionnaire. L'indemnité additionnelle constitue un dédommagement et non pas un paiement d'intérêts. Bien qu'il n'existe pas de critères exhaustifs pour que soit accordée une telle indemnité, on doit se demander surtout s'il y a eu retard indu, négligence de l'expropriant à parfaire les procédures, ou encore offre insuffisante, sans proportion raisonnable avec l'indemnité fixée. La conduite de l'expropriant peut aussi s'avérer pertinente. En l'espèce, le Tribunal de l'expropriation a conclu que l'écart entre l'indemnité provisionnelle et l'indemnité définitive était si grand qu'il justifiait l'attribution d'une indemnité additionnelle. Il n'y a donc aucune raison de modifier sa conclusion que la ville a tenté d'obtenir la propriété sur paiement d'une «indemnité ridicule» et «nettement insuffisante».

En vertu de l'art. 68, le Tribunal de l'expropriation a aussi le pouvoir discrétionnaire de déduire l'indemnité provisionnelle de l'indemnité définitive afin de déterminer le montant de l'indemnité additionnelle. Sur ce point, l'interprétation donnée à l'art. 68 par le Tribunal est rejetée. Comme il n'existe pas de critères exhaustifs, le pouvoir discrétionnaire d'effectuer une déduction doit être exercé en fonction des circonstances particulières de chaque cas. En l'espèce, les parties ont convenu que l'indemnité provisionnelle devrait être déduite aux fins du calcul de l'indemnité additionnelle. L'indemnité accordée par le Tribunal devrait être réduite en conséquence.

## Jurisprudence

i Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *D. Dupéré Inc. v. Procureur général du Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000397-74, 1<sup>er</sup> septembre 1977; *Cité de Ste-Foy v. Société Immobilière Enic Inc.*, [1967] R.C.S. 121; *Bellerose v. Talbot*, [1957] B.R. 637, conf. [1958] R.C.S. 261; *Isabelle v. Procureur général du Québec*, [1953] B.R. 747; *Minis-*

*Transports du Québec v. Texaco Canada Ltée*, J.E. 83-389; *Robitaille v. Cité de Québec*, [1948] Que. K.B. 787; *Amusement Realty Corp. v. Minister of Roads of Quebec*, [1949] Que. K.B. 562; *Yves Germain Inc. v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1974] C.A. 184; *Labbé v. Ministre des Transports du Québec*, [1980] C.A. 518; *Lemieux v. Ville de Granby*, [1980] R.P. 285; *Procureur général du Québec v. Marois*, J.E. 83-475; *Société d'aménagement de l'Outaouais v. Dumouchel*, [1984] C.A. 571; *Immeubles P.J. Ltée v. Laval (Ville de)*, J.E. 85-676; *Sylvestre v. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 508; *Club athlétique Champlain Ltée v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1979] C.A. 161; *Louis Donolo Inc. v. Ville de Laval*, [1979] R.P. 17; *Allard v. Ville de Québec*, [1978] T.E. 463; *Anjou (Town) v. Krum* (1990), 44 L.C.R. 266, 38 Q.A.C. 1; *Ville de Montréal v. Lerner*, [1979] C.A. 152; *Corporation de la ville de Princeville v. Houle*, [1985] T.E. 186; *Commission scolaire de la Jeune Lorette v. Fédération des Caisses populaires Desjardins de Québec*, C.A. Québec, No. 200-09-000354-834, August 28, 1985; *Cemp Investments Ltd. v. Lakeshore School Board*, [1985] C.A. 584; *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866; *Ville de Laval v. Entreprises Lagacé Inc.*, T.E., No. 34-001811-76M, January 16, 1986; *Restaurants et Motels Châtelaine International Ltée v. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 511.

By La Forest J.

Referred to: *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306.

By Sopinka J. (dissenting)

*Sosiak v. Marto Construction Inc.*, [1976] C.A. 286; *Lipari v. Hébert*, J.E. 91-466; *Svatek v. Abony*, [1986] R.D.I. 605; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *MacKiw v. Rutherford*, [1921] 2 W.W.R. 329; *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306; *Corporation municipale de la ville de St-Georges Ouest v. Comact Inc.*, [1980] C.A. 521; *Anjou (Town) v. Krum* (1990), 44 L.C.R. 266, 38 Q.A.C. 1; *Hillingdon Estates Co. v. Stonefield Estates Ltd.*, [1952] Ch. 627; *Disposal Services Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 4 L.C.R. 242 (Ont. L.C.B.), aff'd (1973), 5 L.C.R. 91 (Ont. Div. Ct.).

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1056c, 1918.

*tre des Transports du Québec c. Texaco Canada Ltée*, J.E. 83-389; *Robitaille v. Cité de Québec*, [1948] B.R. 787; *Amusement Realty Corp. v. Minister of Roads of Quebec*, [1949] B.R. 562; *Yves Germain Inc. v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1974] C.A. 184; *Labbé c. Ministre des Transports du Québec*, [1980] C.A. 518; *Lemieux c. Ville de Granby*, [1980] R.P. 285; *Procureur général du Québec c. Marois*, J.E. 83-475; *Société d'aménagement de l'Outaouais c. Dumouchel*, [1984] C.A. 571; *Immeubles P.J. Ltée c. Laval (Ville de)*, J.E. 85-676; *Sylvestre c. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 508; *Club athlétique Champlain Ltée c. Ministre de la Voirie du Québec*, [1979] C.A. 161; *Louis Donolo Inc. c. Ville de Laval*, [1979] R.P. 17; *Allard c. Ville de Québec*, [1978] T.E. 463; *Anjou (Ville) c. Krum* (1990), 38 Q.A.C. 1; *Ville de Montréal c. Lerner*, [1979] C.A. 152; *Corporation de la ville de Princeville c. Houle*, [1985] T.E. 186; *Commission scolaire de la Jeune Lorette c. Fédération des Caisses populaires Desjardins de Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000354-834, 28 août 1985; *Cemp Investments Ltd. c. Lakeshore School Board*, [1985] C.A. 584; *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866; *Ville de Laval c. Entreprises Lagacé Inc.*, T.E., n° 34-001811-76M, 16 janvier 1986; *Restaurants et Motels Châtelaine International Ltée c. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 511.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*Sosiak c. Marto Construction Inc.*, [1976] C.A. 286; *Lipari c. Hébert*, J.E. 91-466; *Svatek c. Abony*, [1986] R.D.I. 605; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *MacKiw v. Rutherford*, [1921] 2 W.W.R. 329; *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306; *Corporation municipale de la ville de St-Georges Ouest c. Comact Inc.*, [1980] C.A. 521; *Anjou (Ville) c. Krum* (1990), 38 Q.A.C. 1; *Hillingdon Estates Co. v. Stonefield Estates Ltd.*, [1952] Ch. 627; *Disposal Services Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 4 L.C.R. 242 (O.I.F. Ont.), conf. (1973), 5 L.C.R. 91 (C. div. Ont.).

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 1056c, 1918.

*Expropriation Act*, R.S.Q., c. E-24, ss. 19, 20, 32 [am. 1983, c. 21, s. 7], 53.11 [ad. *idem*, s. 12], 68 [am. *idem*, s. 18].

*Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., ch. E-24, art. 19, 20, 32 [mod. 1983, ch. 21, art. 7], 53.11 [aj. *idem*, art. 12], 68 [mod. *idem*, art. 18].

#### Authors Cited

Dorion, Guy et Roger Savard. *Loi commentée de l'expropriation du Québec*. Québec: Presses de l'université Laval, 1979.

Giroux, Lorne. "L'expropriation en droit québécois" (1980), 10 *R.D.U.S.* 629.

Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1988), 30 Q.A.C. 168, 40 L.C.R. 182, which set aside an order of the Expropriation Tribunal, [1984] T.E. 108. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting.

*Viateur Bergeron, Q.C.*, for the appellant.

*Guy Monette, Benoît Montgrain and Sylvie Gingras*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—The issue raised in this appeal is whether, at the time of the expropriation proceedings brought by the respondent, the City of Longueuil, with respect to the immovable property belonging to the appellant, Dame Jeanne D'Arc Lambert, the parties were bound by a transaction or agreement regarding the indemnity payable by the respondent upon expropriation. I have had the benefit of reading the reasons of my colleague L'Heureux-Dubé J. in this appeal and with respect, I am unable to agree with the conclusion she has reached. I agree that the conditions for the existence of a transaction within the meaning of art. 1918 *C.C.L.C.* are not satisfied on the facts of the case. I also agree that the parties did not expressly enter into an agreement as to the indemnity which was to be payable by the respondent upon expropriation. However, I am of the view that there remained throughout a valid and enforceable agreement for the sale of the property in question for the price of \$500,000, and I would uphold the conclusion reached by the Court of

#### <sup>a</sup> Doctrine citée

Dorion, Guy et Roger Savard. *Loi commentée de l'expropriation du Québec*. Québec: Presses de l'université Laval, 1979.

<sup>b</sup> Giroux, Lorne. «L'expropriation en droit québécois» (1980); 10 *R.D.U.S.* 629.

Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.

<sup>c</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1988), 30 Q.A.C. 168, 40 L.C.R. 182, qui a annulé une ordonnance du Tribunal de l'expropriation, [1984] T.E. 108. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents.

<sup>d</sup> *Viateur Bergeron, c.r.*, pour l'appelante.

<sup>e</sup> *Guy Monette, Benoît Montgrain et Sylvie Gingras*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

<sup>f</sup> LE JUGE SOPINKA (dissident)—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, au moment où des procédures d'expropriation ont été engagées par l'intimée, la ville de Longueuil, relativement au bien immeuble appartenant à l'appelante, dame Jeanne D'Arc Lambert, les parties étaient liées par une transaction ou une convention portant sur l'indemnité à verser par l'intimée en cas d'expropriation. J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés, en l'espèce, par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et, en toute déférence, je ne puis souscrire à sa conclusion. Je conviens avec elle que, d'après les faits de la présente affaire, les conditions de l'existence d'une transaction au sens de l'art. 1918 *C.c.B.-C.* ne sont pas remplies. Je conviens en outre que les parties n'ont pas expressément conclu une convention relativement à l'indemnité qui serait payable par l'intimée en cas d'expropriation. Je suis toutefois d'avis qu'il subsistait toujours un contrat valide et exécutoire de vente du bien-fonds en question pour la somme de 500 000 \$, et je suis d'avis de maintenir la conclu-

Appeal that the Expropriation Tribunal was bound to take this into account in fixing the indemnity.

sion de la Cour d'appel que le Tribunal de l'expropriation était tenu de prendre cela en considération en fixant le montant de l'indemnité.

### Facts and Proceedings

L'Heureux-Dubé J. has recited the facts and proceedings at length, and I propose to deal with them briefly, highlighting those aspects which I consider important for the resolution of the issue in the case.

### <sup>a</sup> Les faits et les procédures

<sup>b</sup> Le juge L'Heureux-Dubé a fait un exposé détaillé des faits et des procédures et je me propose d'en traiter brièvement en soulignant les aspects que je considère comme importants pour le règlement de la question qui se pose en l'espèce.

In September 1974, a representative of the respondent commenced negotiations with the appellant with a view to purchasing the property in question. During these negotiations, the respondent was made aware of certain problems of title affecting the appellant's property. After several meetings, the appellant signed an offer for the sale of the property in favour of the City for a price of \$500,000, dated January 30, 1975.

<sup>c</sup> En septembre 1974, un représentant de l'intimée a entamé avec l'appelante des négociations en vue d'acquérir le bien-fonds en cause. Au cours de ces négociations, l'intimée a été mise au courant de certains problèmes concernant le titre de propriété de l'appelante. À la suite de plusieurs rencontres, l'appelante a signé une offre, en date du 30 janvier 1975, de vendre le bien-fonds à la ville pour la somme de 500 000 \$.

Paragraphs (c) and (f) of the offer of sale states as follows:

<sup>e</sup> Les alinéas (c) et (f) de l'offre de vente prévoient:

[TRANSLATION] (c) If this offer is accepted by the said City, the notarial deed of sale giving effect hereto shall be executed and signed within six months of the date of such acceptance . . .

<sup>f</sup> (c) L'acte de vente notarié donnant suite aux présentes, si la présente offre est acceptée par ladite Ville, devra être exécuté et passé dans les six (6) mois de la date de telle acceptation . . .

(f) All title deeds relating to the said immovable property shall be delivered by the vendor to the purchaser within ten (10) days of the date of acceptance of this offer by the said City. The legal advisers of the City shall have thirty (30) days from the date of delivery of the said title deeds to examine same. If defects in title are found, they shall be remedied by the vendor within fifteen (15) days of the date on which such disclosure is made to it, and in the event of its failing to do so, the purchaser may if it thinks fit, by means of notice to this effect which it shall send the vendor by registered mail, cancel and rescind its acceptance of this offer without any other formality or notice;

<sup>g</sup> (f) Tous les titres de propriété relatifs audit immeuble seront remis par le vendeur à l'acquéreur dans les dix (10) jours suivant la date de l'acceptation de la présente offre par ladite Ville. À compter de la date de la remise de tels titres de propriété, les aviseurs légaux de la Ville auront un délai de trente (30) jours pour en faire l'examen. Si les défauts de titres sont révélés, ceux-ci devront être remédiés par le vendeur dans les quinze (15) jours de la date ou (*sic*) telle révélation lui aura été faite et à défaut par lui de se (*sic*) faire, l'acquéreur pourra s'il le juge à propos, au moyen d'un avis qu'il devra émettre au vendeur sous pli recommandé à cet effet, résilier et rescinder son acceptation de la présente offre et ce, sans nulle autre formalité ni autre mise en demeure;



DURATION

This offer of sale must be accepted by August 1, 1975, at the latest, or it shall become "ipso facto" void without notice or putting in default.

On June 2, 1975, the respondent accepted the said offer by resolution of its Board.

On July 23, 1975, the appellant's lawyer wrote to the City indicating that it would be impossible, in light of the continuing litigation as to ownership of the property, for the appellant to provide clear title before the date of the expiry of the offer. The last paragraph of the letter offered a choice to the respondent:

[TRANSLATION] The City of Longueuil must therefore discharge its responsibilities: either by obtaining this cancellation or by proceeding by expropriation. Our client can do nothing further.

On December 3, 1975, one day after the expiration of the six-month deadline provided for in paragraph (c) of the offer, the respondent served the notice of expropriation upon the appellant. Paragraph 8 of the notice explicitly states:

[TRANSLATION] The object of the present proceeding by the expropriating party is to obtain possession of the premises and clear title as quickly as possible, and it is undertaken without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party . . . .

The expropriation proceedings were then triggered and on January 13, 1976, upon application before the Quebec Superior Court, the City obtained "prior possession" of the property upon payment of \$500,000. On February 14, 1977, the appellant filed a motion to withdraw the sum of \$500,000. The litigation as to ownership of the property was settled by the appellant upon payment of \$100,000 of the said \$500,000 to the third party, Mibra Investment Corporation.

On August 1, 1977, the appellant brought a motion before the Quebec Superior Court to refer the case to the Expropriation Tribunal to fix the indemnity, and on September 26, 1977, the appellant filed a detailed

DURÉE

La présente offre de vente devra être acceptée d'ici le 1<sup>er</sup> août 1975, au plus tard sinon elle deviendra «ipso facto» nulle et de nul effet sans avis ni mise en demeure.

Le 2 juin 1975, l'intimée a accepté ladite offre par voie de résolution de son conseil.

Le 23 juillet 1975, l'avocat de l'appelante a fait tenir à la ville une lettre indiquant que, vu le litige en cours relativement à la propriété du bien-fonds, l'appelante serait dans l'impossibilité de transmettre un droit de propriété incontestable avant l'expiration de l'offre. Le dernier alinéa de la lettre proposait un choix à l'intimée:

Il appartient donc à la Ville de Longueuil de prendre ses responsabilités: soit de procéder à cette radiation ou bien de procéder par expropriation. Quant à notre cliente, elle ne peut rien faire d'autre.

Le 3 décembre 1975, soit un jour après l'expiration du délai de six mois prévu à l'alinéa (c) de l'offre, l'intimée a signifié à l'appelante l'avis d'expropriation. Le paragraphe 8 de l'avis prévoit explicitement:

La présente procédure de l'expropriante a pour objet d'obtenir le plus rapidement possible, la possession des lieux et un titre clair de propriété, et est faite sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée . . .

Les procédures d'expropriation ont donc été déclenchées et, le 13 janvier 1976, à la suite d'une requête adressée à la Cour supérieure du Québec, la ville s'est vu accorder la possession préalable du bien-fonds moyennant le paiement d'une somme de 500 000 \$. Le 14 février 1977, l'appelante a déposé une requête en retrait de cette somme de 500 000 \$. Quant au litige relatif à la propriété du bien-fonds, il a été réglé quand l'appelante a versé à la tierce partie, Mibra Investment Corporation, la somme de 100 000 \$ provenant desdits 500 000 \$.

Le 1<sup>er</sup> août 1977, l'appelante a saisi la Cour supérieure du Québec d'une requête visant à faire renvoyer l'affaire devant le Tribunal de l'expropriation pour qu'il fixe le montant de l'indemnité et, le

claim for a total of \$2,042,701.60 representing the value of the property at the time the respondent took possession. This claim was later increased to \$3,175,000. On April 26, 1978, the respondent filed a specific offer of \$500,000 as the indemnity to be set by the Expropriation Tribunal. On December 4, 1981, the respondent brought a motion before the Expropriation Tribunal for a declaration that there was a transaction between the parties as to the value of the land upon expropriation. This motion was dismissed without a hearing. The respondent then moved for the issuance of a writ of evocation by the Quebec Superior Court, upon which the parties agreed that the matter be referred to the Expropriation Tribunal for the resolution of all the issues, including the motion with respect to the declaration of a transaction.

*Decision of Expropriation Tribunal*, [1984] T.E. 108

Judge Dorion concluded on the facts of the case that there was no transaction within the meaning of art. 1918 *C.C.L.C.* On the other hand, Judge Dorion did not dispute the existence of an offer to sell the property in question for \$500,000 which was duly accepted by the City by resolution (at p. 113):

[TRANSLATION] It appears from the evidence that what the parties agreed on between themselves was, on the one hand, the purchase, and on the other, the sale of an immovable property for a price of \$500,000, which was not to be paid until signature of a notarial contract. From the standpoint of law and precedent, therefore, the facts which occurred between the parties and were established in evidence support the conclusion that there was an offer of sale by the respondent, accepted by the applicant, the performance of which was subject to the requirement that a notarial contract would be drawn up at the time payment was to be made.

There is no doubt as to the existence of the offer of sale, the existence of its acceptance by the applicant is equally not in doubt and the fact that up to a certain point the applicant wished to give effect to it is also well established. [Emphasis added.]

26 septembre 1977, l'appelante a produit une réclamation détaillée totalisant 2 042 701,60 \$, laquelle somme représentait la valeur du bien-fonds au moment où l'intimée en a pris possession. Cette réclamation a, par la suite, été portée à 3 175 000 \$. Le 26 avril 1978, l'intimée a déposé une offre précise de 500 000 \$ comme montant devant être fixé par le Tribunal de l'expropriation à titre d'indemnité. Le 4 décembre 1981, elle a saisi le Tribunal de l'expropriation d'une requête visant à faire déclarer qu'une transaction était intervenue entre les parties quant à la valeur du bien-fonds en cas d'expropriation. Cette requête a été rejetée sans tenir d'audience. L'intimée a ensuite demandé, par voie de requête adressée à la Cour supérieure du Québec, la délivrance d'un bref d'évocation et les parties se sont alors entendues pour que la cause soit déferée au Tribunal de l'expropriation pour qu'il tranche toutes les questions en litige et qu'il statue notamment sur la requête visant à faire déclarer qu'une transaction était intervenue.

*La décision du Tribunal de l'expropriation*, [1984] T.E. 108

Le juge Dorion a conclu que, d'après les faits de l'espèce, il n'y a pas eu de transaction au sens de l'art. 1918 *C.c.B.-C.* Par contre, il n'a pas contesté l'existence d'une offre de vendre le bien-fonds en cause pour la somme de 500 000 \$, laquelle offre a été dûment acceptée par la ville par voie de résolution en ce sens (à la p. 113):

Il ressort de la preuve que ce que les parties ont convenu entre elles sont, d'une part, l'achat et, d'autre part, la vente d'une propriété immobilière pour un prix de 500 000 \$, ne devant être payé qu'à la signature d'un contrat notarié à venir. Au sens de la loi et de la jurisprudence, les faits qui se sont passés entre les parties et qui ont été prouvés permettent donc de conclure à l'existence d'une offre de vente de l'intimée acceptée par la requérante et soumise dans son exécution à l'obligation de la rédaction d'un contrat notarié au moment duquel le paiement devait être fait.

L'existence de l'offre de vente ne fait aucun doute, l'existence de son acceptation par la requérante ne fait non plus aucun doute et le désir de la requérante jusqu'à un certain point d'y donner suite est également bien établi en preuve. [Je souligne.]

However, while Judge Dorion did not challenge the existence of a valid offer of sale, he was of the view that the respondent had renounced its rights under the agreement when it commenced expropriation proceedings (at p. 114):

[TRANSLATION] On December 3, 1975 the applicant served a notice of expropriation on the respondent. At that time it renounced the accepted offer of sale, or what it now claims was a transaction, and the effect of the position taken by it was to place the parties once again in the same position as before [the offer] was signed.

The Tribunal fixed the indemnity to be paid by the respondent to the appellant at \$1,714,936 and ordered the payment of an additional indemnity calculated on the total award.

*Superior Court* (Vaillancourt J.)

The Superior Court homologated the decision of the Expropriation Tribunal as required by s. 68 of the *Expropriation Act*, R.S.Q., c. E-24.

*Court of Appeal* (1988), 30 Q.A.C. 168 (Jacques and Tourigny JJ.A. and Meyer J. (*ad hoc*))

In allowing the appeal, a unanimous Court of Appeal found there was a valid agreement which the Expropriation Tribunal was bound to take into account in fixing the indemnity. It held (at pp. 170-71):

[TRANSLATION] Whether this is a transaction or a contract between the parties, an agreement was made between them as to the amount to be paid.

That leaves expropriation, as a remedy open to the City. Moreover, according to the evidence it was counsel for Mrs. Picotte [the appellant] who suggested this solution. While the City took the initiative of expropriation proceedings, it nonetheless stated in paragraph 8 of its notice that the purpose of the proceeding was to obtain possession of the immovable property as quickly as possible and that this proceeding "is undertaken without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party".

In such a context, does the notice of expropriation have the effect of completely overriding any agreement concluded between the parties? With respect for the

Si le juge Dorion n'a pas mis en doute l'existence d'une offre de vente valide, il a néanmoins estimé que l'intimée avait renoncé à ses droits découlant de la convention quand elle a engagé les procédures d'expropriation (à la p. 114):

Le 3 décembre 1975, la requérante fait signifier un avis d'expropriation à l'intimée. Elle renonce alors à l'offre de vente acceptée, ou à ce qu'elle prétend être aujourd'hui une transaction, et l'effet de sa prise de position est de replacer les parties dans le même état qu'avant la signature de [l'offre].

Le Tribunal a fixé à 1 714 936 \$ l'indemnité à verser par l'intimée à l'appelante et a ordonné le paiement d'une indemnité additionnelle calculée en fonction du montant total accordé.

*Cour supérieure* (le juge Vaillancourt)

La Cour supérieure a homologué la décision du Tribunal de l'expropriation, conformément à l'art. 68 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., ch. E-24.

*Cour d'appel* (1988), 30 Q.A.C. 168 (les juges Jacques et Tourigny et le juge Meyer (*ad hoc*))

En accueillant l'appel à l'unanimité, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'une convention valide que le Tribunal de l'expropriation était tenu de prendre en considération en fixant le montant de l'indemnité. La cour a dit (aux pp. 170 et 171):

Que ce soit une transaction ou un contrat entre les parties, il est intervenu entre elles une entente sur le montant à être versé.

Reste donc l'expropriation, comme recours ouvert à la ville. D'ailleurs, c'est le procureur de Madame Picotte [l'appelante] qui, selon la preuve, a suggéré cette solution. Si la ville prend l'initiative des procédures d'expropriation, elle y précise cependant, au paragraphe 8 de son avis, que l'objet de la procédure est d'obtenir la possession de l'immeuble le plus rapidement possible et que cette procédure «est faite sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée».

Dans un tel contexte, l'avis d'expropriation a-t-il pour effet de mettre complètement de côté toute entente intervenue entre les parties? Avec égards pour l'opinion con-

contrary view, I do not think so. By alleging the existence of a binding agreement and by expropriating without prejudice to its rights, the City was simply exercising the only remedy available to it to give effect to the agreement, to rapidly take possession of the land required for the outdoor recreation area and to clarify the title.

I therefore conclude that, in these circumstances, the parties were agreed on the amount at issue and the Expropriation Tribunal should have taken this agreement and the special circumstances surrounding the title into account.

### Analysis

In light of the above facts, I am of the view that the Expropriation Tribunal erred in law in concluding that the respondent renounced its rights under the agreement when it commenced the expropriation proceedings. In arriving at this result, I have considered the arguments put forth on behalf of the appellant to support the contention that the offer of sale had been terminated.

First, the appellant has suggested that the offer was no longer in force at the time of the notice of expropriation as the six-month deadline provided for in paragraph (c) of the offer had expired. In my view, this alone cannot be considered fatal to the survival to the agreement. As Lajoie J.A. wrote in *Sosiak v. Marto Construction Inc.*, [1976] C.A. 286, at p. 289:

[TRANSLATION] On this question of an accepted offer of purchase, the deadline stipulated for signature of the deed of sale as a rule is not in my view a strict one unless it is clearly indicated as being so, in cases where the parties have agreed that they would be released from their respective obligations solely by the passage of time if the deed was not signed.

In this case, it is significant that there was no express stipulation to the effect that the offer would become void if the six-month deadline was not met. The absence of such a provision is to be contrasted to the express stipulation that the offer would become "ipso facto" null and void if the offer were not accepted before August 1, 1975:

traire, je ne le crois pas. En alléguant l'existence d'une convention intervenue et en expropriant, sans préjudice à ses droits, la ville n'a fait qu'exercer le seul recours dont elle disposait pour donner suite à l'entente, prendre possession rapidement des terrains requis pour constituer la base de plein air et clarifier les titres.

J'en viens donc à la conclusion que, dans ces circonstances, les parties se sont entendues sur le montant en jeu et que le Tribunal de l'expropriation devait tenir compte de cette entente et des circonstances particulières qui prévalaient quant aux titres de propriété.

### Analyse

Vu les faits exposés ci-dessus, je suis d'avis que le Tribunal de l'expropriation a commis une erreur de droit en concluant que l'intimée avait renoncé à ses droits découlant de la convention quand elle a engagé les procédures d'expropriation. Pour arriver à cette conclusion, j'ai examiné les arguments avancés pour le compte de l'appelante au soutien du point de vue selon lequel l'offre de vente était devenue caduque.

En premier lieu, l'appelante a laissé entendre que l'offre ne tenait plus au moment de la signification de l'avis d'expropriation puisque le délai de six mois prévu à l'alinéa (c) de l'offre avait expiré. À mon avis, ce seul fait ne saurait être considéré comme fatal à la survie de la convention. Comme l'affirme le juge Lajoie, dans l'affaire *Sosiak c. Marto Construction Inc.*, [1976] C.A. 286, à la p. 289:

En cette matière d'offre d'achat acceptée, le délai stipulé pour la signature de l'acte de vente, en règle générale, n'est à mon avis de rigueur que lorsqu'il est clairement dit être tel, que lorsque les parties ont entendu être libérées de leurs obligations respectives par le seul écoulement du temps si l'acte n'est pas signé.

En l'espèce, l'absence d'une stipulation expresse portant que l'offre deviendrait nulle si le délai de six mois n'était pas respecté est révélatrice. Cette absence contraste avec la stipulation expresse prévoyant que l'offre deviendrait «ipso facto» nulle et sans effet si elle n'était pas acceptée le 1<sup>er</sup> août 1975 au plus tard:

## [TRANSLATION] DURATION

This offer of sale must be accepted by August 1, 1975, at the latest, or it shall become "ipso facto" void without notice or putting in default.

The principle that the expiry of the date fixed for the signing of the deed of sale is not sufficient to render the offer null was confirmed once again by the Court of Appeal in its recent decision, *Lipari v. Hébert*, C.A. Montréal, No. 500-09-000414-888, February 19, 1991 (summarized in J.E. 91-466), at p. 2:

[TRANSLATION] . . . the date set in the duly accepted offer of purchase as the date for signature of the deed of sale clearly cannot be regarded as in itself establishing a strict deadline unless this is expressly stated . . .

I conclude that the mere fact that the expropriation notice was sent on the day following the expiry of the six-month deadline is not sufficient to bring an otherwise valid agreement to an end.

Second, the appellant has argued that the respondent effectively renounced its rights under the offer as it did not attempt to enforce the agreement or put the appellant in default to execute the deed of sale before proceeding with the expropriation proceedings. The Expropriation Tribunal also considered this to be relevant in arriving at its conclusion (p. 114). On this point, I am in full agreement with the view expressed by Tourigny J.A. of the Court of Appeal who wrote (at p. 170):

[TRANSLATION] With respect, I cannot follow the view of the Expropriation Tribunal which suggests that if, following the agreement, the city wished to rely on it, it had to do so by "appropriate judicial action". It must be borne in mind that in the case at bar the action in execution of title was of no use, since there is no doubt that Mrs. Picotte's title deeds were not clear. [Emphasis added.]

With respect to the decision of the respondent to commence expropriation proceedings without first putting the appellant in default to execute the deed of sale, it is clear that a *mise en demeure* is not always a necessary precondition to the exercise of rights under an agreement. In *Svatek v. Abony*, [1986] R.D.I. 605, the Provincial Court held that it was not necessary for

## DURÉE

La présente offre de vente devra être acceptée d'ici le 1er août 1975, au plus tard sinon elle deviendra «ipso facto» nulle et de nul effet sans avis ni mise en demeure.

Le principe selon lequel l'expiration du délai fixé pour la signature de l'acte de vente ne suffit pas pour entraîner la nullité de l'offre a été confirmé de nouveau par la Cour d'appel dans son arrêt récent *Lipari c. Hébert*, C.A. Montréal, n° 500-09-000414-888, 19 février 1991 (résumé dans J.E. 91-466), à la p. 2:

. . . la date fixée dans une offre d'achat dûment acceptée comme devant être la date de la signature de l'acte de vente ne saurait être considérée comme établissant, en soi, un délai de rigueur à moins que ce ne soit expressément stipulé . . .

Je conclus que le simple fait que l'avis d'expropriation a été envoyé le lendemain de l'expiration du délai de six mois n'est pas suffisant pour mettre fin à une convention par ailleurs valide.

En deuxième lieu, l'appelante a soutenu que l'intimée a en fait renoncé à ses droits découlant de l'offre, étant donné qu'elle n'a pas tenté de faire exécuter la convention, ni de mettre l'appelante en demeure de signer l'acte de vente, avant d'engager les procédures d'expropriation. Le Tribunal de l'expropriation a, lui aussi, tenu ce facteur pour pertinent en arrivant à sa conclusion (p. 114). Sur ce point, je souscris entièrement à l'avis exprimé par le juge Tourigny de la Cour d'appel, qui a écrit (à la p. 170):

Je ne peux, avec égards, suivre l'opinion du Tribunal de l'expropriation qui suggère que si la ville voulait, à la suite de l'entente, alléguer celle-ci, elle devait le faire par «une action judiciaire appropriée». Il faut se rappeler qu'en l'espèce, l'action en passation de titres n'était d'aucune utilité, puisqu'il ne fait pas de doute que les titres de Madame Picotte n'étaient pas clairs. [Je souligne.]

En ce qui concerne la décision de l'intimée d'engager des procédures d'expropriation sans d'abord mettre l'appelante en demeure de signer l'acte de vente, il est évident qu'une mise en demeure ne constitue pas toujours une condition préalable nécessaire à l'exercice de droits découlant d'une convention. Dans la décision *Svatek c. Abony*, [1986] R.D.I. 605, la

the plaintiff vendor of the immovable property to put the defendant purchaser in default by means of a *mise en demeure* before instituting an action for damages based on the failure of the purchaser to proceed with the sale as agreed to in the offer of sale. In that case, the purchaser had clearly demonstrated that she was not intending to go through with the sale. The court stated (at p. 608):

[TRANSLATION] The Tribunal is accordingly of the view that the plaintiff did not have to put the defendant-cross-plaintiff in default because of her actions, which left no doubt that she did not intend to sign the deed of sale in accordance with the duly accepted offer . . . .

This principle of law, which is accepted by both the civil and common law, is based on the rule of common sense that the law does not require an act to be done which would serve no useful purpose. (See *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), and *MacKiw v. Rutherford*, [1921] 2 W.W.R. 329 (Man. K.B.).)

Similarly in the present case, a *mise en demeure* would have been of no avail, given the knowledge of both parties of the pending litigation with respect to title. In fact, the appellant's lawyer had clearly indicated that the appellant would not be able to provide clear title.

Finally, the appellant has argued that the expropriation notice constituted a termination of the agreement as provided for in paragraph (f) of the offer of sale. Paragraph (f) is worth repeating:

[TRANSLATION] (f) All title deeds relating to the said immovable property shall be delivered by the vendor to the purchaser within ten (10) days of the date of acceptance of this offer by the said City. The legal advisers of the City shall have thirty (30) days from the date of delivery of the said title deeds to examine same. If defects in title are found, they shall be remedied by the vendor within fifteen (15) days of the date on which such disclosure is made to it, and in the event of its failing to do so, the purchaser may if it thinks fit, by means of notice to this effect which it shall send the vendor by registered mail, cancel and rescind its acceptance of this

Cour provinciale a statué que le demandeur vendeur du bien immeuble n'avait pas à mettre en demeure la défenderesse acquéresse avant d'entamer une action en dommages-intérêts fondée sur l'omission de cette dernière de réaliser la vente convenue dans l'offre de vente. Il s'agit là d'une affaire où l'acquéresse avait clairement démontré qu'elle n'avait pas l'intention de réaliser la vente en question. La cour a affirmé (à la p. 608):

Le Tribunal considère donc que le demandeur n'avait pas à mettre en demeure la défenderesse demanderesse reconventionnelle à cause de son comportement, qui ne laissait aucun doute quant à ses intentions à l'effet de ne pas signer l'acte de vente conformément à l'offre d'achat dûment acceptée . . . .

Ce principe de droit, admis aussi bien en droit civil qu'en common law, repose sur la règle du bon sens voulant que le droit n'exige pas l'accomplissement d'un acte qui ne sert à rien. (Voir *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), et *MacKiw v. Rutherford*, [1921] 2 W.W.R. 329 (B.R. Man.).)

De même, en l'espèce, une *mise en demeure* n'aurait servi à rien, étant donné que les deux parties étaient au courant du litige en cours relativement au droit de propriété. En fait, l'avocat de l'appelante avait clairement indiqué que celle-ci ne serait pas en mesure de fournir un droit de propriété incontestable.

En dernier lieu, l'appelante a fait valoir que l'avis d'expropriation avait pour effet de résilier la convention conformément à l'alinéa (f) de l'offre de vente. Il est utile de reproduire de nouveau l'alinéa (f):

(f) Tous les titres de propriété relatifs audit immeuble seront remis par le vendeur à l'acquéreur dans les dix (10) jours suivant la date de l'acceptation de la présente offre par ladite Ville. À compter de la date de la remise de tels titres de propriété, les aviseurs légaux de la Ville auront un délai de trente (30) jours pour en faire l'examen. Si les défauts de titres sont révélés, ceux-ci devront être remédiés par le vendeur dans les quinze (15) jours de la date ou (sic) telle révélation lui aura été faite et à défaut par lui de se (sic) faire, l'acquéreur pourra s'il le juge à propos, au moyen d'un avis qu'il devra émettre au vendeur sous pli recommandé à cet

offer without any other formality or notice. [Emphasis added.]

In my view, the expropriation notice by no means constitutes the notice of termination envisaged in paragraph (f) of the offer, which, it should be noted, is a stipulation in favour of the respondent. There is no mention in the notice of expropriation of the respondent's intention to withdraw its acceptance under the offer of sale. On the contrary, as has been noted above, the respondent expressly reserved its rights under any agreement which may exist between the parties.

In these circumstances, I am of the view that the agreement between the parties for the sale of the property for the price of \$500,000 continued to remain on foot. In considering whether there has been tacit renunciation on the part of the respondent, it is important to keep in mind that this notion must be restrictively interpreted. The court should not be quick to conclude that a party has renounced its rights by virtue of a binding and enforceable agreement unless the circumstances are such that any other conclusion would be implausible. This was made clear by the Court of Appeal in *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306, at pp. 311-12:

[TRANSLATION] As we know, tacit renunciation may be inferred from certain acts performed by the creditor: those acts must be such as to necessarily imply an intent to renounce the hypothec. They must be so unequivocal that it is impossible to interpret them in any other manner than as being a renunciation. It should be noted that renunciation is not presumed and must always be narrowly interpreted. [Emphasis added.]

In this case, I am unable to conclude that the circumstances are such that it would be "impossible to interpret them in any other manner" than to find renunciation on the part of the respondent.

Having concluded that there existed throughout a binding agreement between the parties, I agree with the Court of Appeal that the Expropriation Tribunal should have taken this into account in fixing the

effet, résilier et rescinder son acceptation de la présente offre et ce, sans nulle autre formalité ni autre mise en demeure. [Je souligne.]

a Selon moi, l'avis d'expropriation est loin de constituer l'avis de résiliation envisagé à l'alinéa (f) de l'offre, qui, il convient de le souligner, est une stipulation en faveur de l'intimée. Or, l'avis d'expropriation ne fait aucune mention de l'intention de l'intimée de retirer son acceptation de l'offre de vente. Au contraire, comme je l'ai déjà signalé, l'intimée a expressément réservé ses droits découlant de toute convention pouvant exister entre les parties.

c Dans ces circonstances, je suis d'avis que la convention intervenue entre les parties pour la vente du bien-fonds au prix de 500 000 \$ subsistait. Aux fins de déterminer s'il y a eu renonciation tacite de la part de l'intimée, il importe de se rappeler que c'est là une notion qu'il faut interpréter restrictivement. En effet, une cour devrait hésiter à conclure qu'une partie a renoncé à ses droits découlant d'une convention ayant force obligatoire, à moins que toute autre conclusion ne soit invraisemblable dans les circonstances. C'est ce qu'affirme de façon non équivoque la Cour d'appel dans l'arrêt *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306, aux pp. 311 et 312:

f L'on sait que la remise ou renonciation tacite s'induit de certains actes posés par le créancier: ces actes doivent être de nature à impliquer nécessairement la volonté de renoncer à l'hypothèque. Ils doivent présenter un caractère non équivoque de façon qu'il soit impossible de les interpréter dans un autre sens que celui d'une renonciation. Il faut rappeler que la renonciation ne se présume pas et qu'elle doit toujours être interprétée d'une façon étroite. [Je souligne.]

h Je ne puis conclure en l'espèce que les circonstances sont telles qu'il serait «impossible de les interpréter dans un autre sens» que celui d'une renonciation de la part de l'intimée.

i Ayant conclu qu'il existait, pendant toute la période en question, une convention qui liait les parties, je me range à l'avis de la Cour d'appel que le Tribunal de l'expropriation aurait dû prendre cela en considération en fixant le montant de l'indemnité. Ce facteur est crucial d'ailleurs pour déterminer la valeur

indemnity. Indeed, this factor is crucial in determining value. Instead, the Tribunal concluded (at p. 115):

[TRANSLATION] It is clear here that the amount of \$500,000 is not a fair and adequate indemnity and that it was only because of the harassment of Mr. Paré and the incomprehensible consent by his counsel that Mrs. Picotte resigned herself to signing the offer of sale. Fortunately the city of Longueuil decided to proceed by expropriation, and by so doing the applicant renounced the conclusion of a notarial deed of sale, as specified in the offer . . . .

This conclusion contains two errors. First, there was no renunciation. Second, I cannot agree that the price was reached as a result of harassment. Indeed, had the third party's claim against the appellant been successful, the value of the property to the appellant could very well have been less than the price which the respondent was willing to pay. Moreover, as has been noted above, it was only with the \$500,000 received from the respondent that the appellant was able to reach a settlement with the third party. In any event, it was not shown that the alleged harassment rendered the agreement of sale null and void.

Given that there was no renunciation by the respondent, the Tribunal was bound to respect the agreement which had been entered into by the parties. The principle which is to guide the Expropriation Tribunal in fixing the indemnity is the value of the property to the party being expropriated. In *Corporation municipale de la ville de St-Georges Ouest v. Comact Inc.*, [1980] C.A. 521, the Court of Appeal affirmed this principle (at p. 524):

[TRANSLATION] For expropriation purposes it is the value of the expropriated part of the property that must be determined in order to fix the indemnity, on the basis of its best possible use.

*Comact Inc.*, and the principle articulated therein, was followed again by the Court of Appeal in its recent decision, *Anjou (Town) v. Krum* (1990), 44 L.C.R. 266, 38 Q.A.C. 1. Proulx J.A. stated (at p. 269 L.C.R.):

[TRANSLATION] The principle of "value to the expropriated party" means that we must take into account the loss or injury suffered by the expropriated party but that

du bien-fonds. Au lieu de cela, le Tribunal a conclu (à la p. 115):

Il est clair ici que le montant de 500 000 \$ ne représente pas une indemnité juste et adéquate et que c'est uniquement à la suite du harcèlement de M. Paré et sur l'assentiment incompréhensible de son avocat que madame Picotte s'était résignée à signer l'offre de vente. Heureusement que la ville de Longueuil a décidé de procéder par expropriation et, en agissant ainsi, la requérante a renoncé à passer un acte de vente notarié, tel que prévu à l'offre . . .

Cette conclusion comporte deux erreurs. Premièrement, il n'y a pas eu de renonciation. Deuxièmement, je ne puis accepter que le prix a été fixé par suite de harcèlement. En effet, si la tierce partie avait obtenu gain de cause dans son action contre l'appelante, la valeur du bien-fonds pour cette dernière aurait fort bien pu être inférieure au prix que l'intimée était prête à payer. De plus, comme je l'ai déjà fait remarquer, ce n'est que grâce aux 500 000 \$ reçus de l'intimée que l'appelante a pu en arriver à un règlement avec la tierce partie. En tout état de cause, il n'a pas été démontré que le harcèlement auquel on aurait eu recours a entraîné la nullité du contrat de vente.

Comme il n'y a pas eu de renonciation de la part de l'intimée, le Tribunal était tenu de respecter la convention intervenue entre les parties. Le principe qui doit guider le Tribunal de l'expropriation dans la détermination du montant de l'indemnité est celui de la valeur du bien-fonds pour l'exproprié. Dans l'arrêt *Corporation municipale de la ville de St-Georges Ouest c. Comact Inc.*, [1980] C.A. 521, la Cour d'appel a confirmé ce principe (à la p. 524):

Pour fins d'expropriation, c'est la valeur à la partie expropriée de l'immeuble qu'il faut rechercher pour fixer l'indemnité, sur la base de son meilleur usage possible.

L'arrêt *Comact Inc.*, et le principe y énoncé, a été suivi encore une fois par la Cour d'appel dans son arrêt récent *Anjou (Ville) c. Krum* (1990), 38 Q.A.C. 1, où le juge Proulx dit (à la p. 5):

Ce principe de la «valeur à l'exproprié» signifie que l'on doit tenir compte de la perte ou du préjudice que subit l'exproprié mais non pas en plus de l'avantage que



this loss should not be considered in addition to the potential advantage to the expropriating party of acquiring the property. Otherwise the expropriated party would benefit at the expense of the expropriating party.

The operation of this principle can be illustrated by reference to the expropriation of a property which is subject to an agreement of purchase and sale to which the expropriating authority is not a party. In these circumstances, the vendor's interest is limited to the purchase price. If the market value of the property exceeds the purchase price, the difference is the value of the purchaser's interest. If the purchaser is the expropriating authority itself, then it is entitled to the excess and the vendor has no claim to it. See, for example, *Hillingdon Estates Co. v. Stonefield Estates Ltd.*, [1952] Ch. 627, and *Disposal Services Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 4 L.C.R. 242 (Ont. L.C.B.), at p. 250, aff'd (1973), 5 L.C.R. 91 (Ont. Div. Ct.).

Applying the principle to the facts of this case, the maximum value of the property to the appellant was the price of \$500,000 stipulated in the agreement of sale by which the appellant was still bound when the property was expropriated. Since the respondent is the expropriating authority and purchaser, the excess market value of the property accrues to the respondent and not the appellant. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal, with costs to the appellant.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, L'Heureux-Dubé J. and Sopinka J. With respect, I would dispose of the appeal in the manner proposed by L'Heureux-Dubé J., and I agree fully with what she has to say regarding the alleged "transaction" and additional indemnity.

So far as the alleged agreement is concerned, I see no reason to depart from the Tribunal's view that Paré, who acted on behalf of the City, was persistent to the point of harassment in his dealings with the appellant, given its obvious advantage in weighing the evidence. Assuming there could nonetheless be

peut représenter pour l'expropriant l'acquisition de la propriété. Procéder autrement constituerait pour l'exproprié un enrichissement au détriment de l'expropriant.

a

Une illustration possible de l'application de ce principe peut avoir trait à l'expropriation d'un bien-fonds assujéti à un contrat de vente auquel n'est pas partie l'expropriant. Dans ces circonstances, le droit du vendeur est limité au prix d'achat. Si la valeur marchande du bien-fonds excède le prix d'achat, la différence est la valeur du droit de l'acquéreur. Si l'acquéreur est l'expropriant lui-même, il a alors droit au montant excédentaire et le vendeur n'a aucun recours en ce qui concerne ce montant. Voir, par exemple, *Hillingdon Estates Co. v. Stonefield Estates Ltd.*, [1952] Ch. 627, et *Disposal Services Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 4 L.C.R. 242 (O.I.F. Ont.), à la p. 250, conf. par (1973), 5 L.C.R. 91 (C. div. Ont.).

b

c

d

e

f

g

Applicant le principe aux faits de la présente espèce, la valeur maximale du bien-fonds pour l'appelante était le prix de 500 000 \$ stipulé dans le contrat de vente, par lequel cette dernière était encore liée lors de l'expropriation de son bien-fonds. Puisque l'intimée est l'expropriante et l'acquéresse, la valeur marchande excédentaire du bien-fonds revient à l'intimée et non à l'appelante. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel, avec dépens en faveur de l'appelante.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka. En toute déférence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge L'Heureux-Dubé et je souscris entièrement à son opinion concernant la prétendue «transaction» et l'indemnité additionnelle.

i

j

En ce qui concerne la convention alléguée, étant donné l'avantage évident dont il disposait pour évaluer la preuve, je ne vois aucune raison de m'écarter de l'opinion du Tribunal selon laquelle Paré, qui agissait pour le compte de la ville, a persisté au point de faire du harcèlement dans ses négociations avec l'ap-

said to have been an agreement of sale, the method by which the City carried out the expropriation procedures, to my mind, clearly indicates that it did not intend to rely upon the offer. I base this conclusion upon several factors: (1) the City chose not to execute the offer to sell within the six-month period, but filed a notice of expropriation the day after that period expired; (2) in the notice of expropriation, the City referred to the \$500,000 as an expropriation offer, and made no reference to the offer to sell; (3) in its January 1976 motion to gain possession of the property, the City stated that it had offered \$500,000 and that this offer had not been accepted by Lambert; (4) on August 1, 1977, Lambert filed a motion indicating her refusal to accept the \$500,000 price and asking that the matter be referred to the Expropriation Tribunal to determine the proper indemnity, and this motion was not contested by the City; (5) the City claimed that there was a binding transaction for the first time more than five years after the notice of expropriation was given, and almost three years after it gave its initial declaration regarding the appropriate indemnity to the Tribunal.

Weighing against these factors is the presence of paragraph 8 in the notice of expropriation, stating that the purpose of the expropriation procedure was to obtain possession and title as rapidly as possible, and that the expropriation was without prejudice to the City's prior rights. This paragraph was virtually the only factor relied upon by the Court of Appeal in finding that there was an agreement. With respect, I think the Court of Appeal's opinion goes against the weight of the evidence and the factual findings of the Tribunal. A much more plausible interpretation of what happened, in my view, is that the City decided to insist on the \$500,000 price after the Tribunal determined the value of four other parcels of land connected with the same project in April 1981, and awarded the owners substantial indemnities.

Citing *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306, the respondent argues that the renunciation of a right should never be presumed, and must be interpreted

pelante. À supposer qu'on pourrait néanmoins dire qu'il y a eu contrat de vente, la façon dont la ville a exécuté les procédures d'expropriation indique clairement, à mon avis, qu'elle n'avait pas l'intention d'invoquer l'offre. Je fonde cette conclusion sur plusieurs facteurs: (1) la ville a choisi de ne pas signer l'offre de vente dans le délai de six mois, mais a déposé un avis d'expropriation le lendemain de la date d'expiration de ce délai; (2) dans l'avis d'expropriation, la ville a mentionné le montant de 500 000 \$ comme une offre d'expropriation et n'a pas fait état de l'offre de vente; (3) dans sa requête de janvier 1976 visant à obtenir la possession du bien-fonds, la ville a dit qu'elle avait offert 500 000 \$ et que cette offre n'avait pas été acceptée par Lambert; (4) le 1<sup>er</sup> août 1977, Lambert a présenté une requête indiquant son refus d'accepter le prix de 500 000 \$ et demandant que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal de l'expropriation pour qu'il fixe la juste indemnité et cette requête n'a pas été contestée par la ville; (5) la ville a soutenu qu'une transaction ayant force exécutoire avait été conclue pour la première fois plus de cinq ans après la signification de l'avis d'expropriation et presque trois ans après qu'elle eut fait sa déclaration initiale au Tribunal concernant l'indemnité convenable.

À l'encontre de ces facteurs, il y a le paragraphe 8 de l'avis d'expropriation qui précise que la procédure d'expropriation a pour objet d'obtenir, le plus rapidement possible, la possession des lieux et un titre de propriété, et que l'expropriation est faite sans préjudice des droits antérieurs de la ville. Ce paragraphe est quasiment le seul facteur sur lequel la Cour d'appel s'est fondée pour conclure qu'il y avait eu convention. En toute déférence, je suis d'avis que l'opinion de la Cour d'appel est contraire à la force de la preuve et aux conclusions de fait du Tribunal. À mon avis, une interprétation beaucoup plus plausible de ce qui s'est produit est que la ville a décidé d'insister sur le prix de 500 000 \$ après que le Tribunal eut déterminé la valeur de quatre autres terrains liés au même projet en avril 1981 et accordé aux propriétaires des indemnités généreuses.

Citant l'arrêt *Gingras v. Gagnon*, [1972] C.A. 306, l'intimée soutient que la renonciation à un droit ne devrait jamais être présumée et doit être interprétée

narrowly. In that case, Turgeon J.A. states, at pp. 311-12:

[TRANSLATION] They [the actions of the parties] must be so unequivocal that it is impossible to interpret them in any other manner than as being a renunciation. It should be noted that renunciation is not presumed and must always be narrowly interpreted.

Conceding this point, I nonetheless believe that the City's actions in this case have met that threshold, and I would accordingly conclude that it renounced its rights under the offer of sale.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case concerns the expropriation by the respondent City of Longueuil (the "City") of an immovable property belonging to the appellant, Dame Jeanne D'Arc Lambert, which the Expropriation Tribunal valued at \$1,714,936 at the time the City took possession. The expropriation in question is governed by the Quebec *Expropriation Act*, R.S.Q., c. E-24 (the "Act").

The main issue in this appeal is whether, prior to the expropriation proceedings, the parties had entered into a binding transaction or agreement as to the indemnity (\$500,000) to be paid by the City upon expropriation of the land. A subsidiary issue concerns the granting by the Expropriation Tribunal of an additional indemnity on the total compensation awarded.

### Facts

In order to establish an outdoor recreation area, the City, on September 3, 1974, passed the following resolution authorizing its director of urban renewal to purchase the necessary property:

[TRANSLATION] Be it unanimously resolved:—

"To mandate Mr. Roméo Paré, director of urban renewal, to negotiate the purchase of the land required

de façon étroite. Dans cet arrêt, le juge Turgeon affirme, aux pp. 311 et 312:

Ils [les actes des parties] doivent présenter un caractère non équivoque de façon qu'il soit impossible de les interpréter dans un autre sens que celui d'une renonciation. Il faut rappeler que la renonciation ne se présume pas et qu'elle doit toujours être interprétée d'une façon étroite.

Bien que je reconnaisse cela, j'estime néanmoins que les actes de la ville en l'espèce ont satisfait à ce critère et, par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'elle a renoncé aux droits que lui conférait l'offre de vente.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La présente affaire concerne l'expropriation par l'intimée, la ville de Longueuil (la «ville»), d'un immeuble, propriété de l'appelante dame Jeanne D'Arc Lambert, dont la valeur au moment où la ville en a pris possession a été fixée par le Tribunal de l'expropriation à 1 714 936 \$. L'expropriation en question est régie par la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., ch. E-24 (la «Loi»).

La question au cœur de ce pourvoi est de déterminer si, antérieurement aux procédures d'expropriation, les parties étaient liées par une transaction ou une convention quant à l'indemnité (500 000 \$) à verser par la ville lors de l'expropriation de l'immeuble. Se pose, à titre subsidiaire, la question de l'attribution par le Tribunal de l'expropriation d'une indemnité additionnelle calculée en fonction de l'indemnité totale accordée.

### Les faits

Aux fins de l'établissement d'une base de plein air, la ville a adopté, le 3 septembre 1974, la résolution suivante autorisant son directeur du Service de la rénovation urbaine à faire l'acquisition des immeubles nécessaires:

Il est résolu unanimement:—

«De mandater Monsieur Roméo Paré, Directeur du Service de la Rénovation Urbaine, à négocier l'acquisi-

for the outdoor recreation area and to obtain options for at least six (6) months.”

Paré began discussions with the appellant concerning the purchase of her property. Between September 1974 and January 1975, they met at least ten times. Paré's initial offer was approximately \$0.04/sq. ft., even though the City's own evaluators had assessed the value of the property at \$0.35/sq. ft. The size of the appellant's property was over 4,500,000 sq. ft. After negotiations, the offer was increased to approximately \$0.10/sq. ft., and, on that basis, an offer of sale of the property was signed by the appellant in favour of the City on January 30, 1975, for a price of \$500,000.

According to the offer of sale:

[TRANSLATION] (c) If this offer is accepted by the said City, the notarial deed of sale giving effect hereto shall be executed and signed within six (6) months of the date of such acceptance . . .

(e) Transfer of possession and occupation of the immovable property sold to the purchaser shall take place at the time the deed of sale is signed;

(f) All title deeds relating to the said immovable property shall be delivered by the vendor to the purchaser within ten (10) days of the date of acceptance of this offer by the said City. The legal advisers of the City shall have thirty (30) days from the date of delivery of the said title deeds to examine same. If defects in title are found, they shall be remedied by the vendor within fifteen (15) days of the date on which such disclosure is made to it, and in the event of its failing to do so, the purchaser may if it thinks fit, by means of notice to this effect which it shall send the vendor by registered mail, cancel and rescind its acceptance of this offer without any other formality or notice;

#### DURATION

This offer of sale must be accepted by August 1, 1975, at the latest, or it shall become “*ipso facto*” void without notice or putting in default. [Emphasis added.]

tion du terrain requis pour la base de plein air et à obtenir des options d'au moins six (6) mois.»

Paré a entamé avec l'appelante des discussions concernant l'achat de son immeuble. Entre les mois de septembre 1974 et de janvier 1975, ils se sont rencontrés au moins dix fois. L'offre initiale de Paré était d'environ quatre cents le pied carré, même si les évaluateurs de la ville avaient évalué le terrain à trente-cinq cents le pied carré. L'immeuble de l'appelante avait une superficie de plus de 4 500 000 pieds carrés. À la suite de négociations, l'offre a été portée à environ dix cents le pied carré et, sur cette base, l'appelante a signé le 30 janvier 1975 une offre de vendre l'immeuble à la ville pour la somme de 500 000 \$.

L'offre de vente stipulait notamment:

(c) L'acte de vente notarié donnant suite aux présentes, si la présente offre est acceptée par ladite Ville, devra être exécuté et passé dans les six (6) mois de la date de telle acceptation . . .

(e) La possession et l'occupation de l'immeuble vendu en faveur de l'acquéreur auront lieu au moment de la signature de l'acte de vente;

(f) Tous les titres de propriété relatifs audit immeuble seront remis par le vendeur à l'acquéreur dans les dix (10) jours suivant la date de l'acceptation de la présente offre par ladite Ville. À compter de la date de la remise de tels titres de propriété, les aviseurs légaux de la Ville auront un délai de trente (30) jours pour en faire l'examen. Si les défauts de titres sont révélés, ceux-ci devront être remédiés par le vendeur dans les quinze (15) jours de la date ou (*sic*) telle révélation lui aura été faite et à défaut par lui de se (*sic*) faire, l'acquéreur pourra s'il le juge à propos, au moyen d'un avis qu'il devra émettre au vendeur sous pli recommandé à cet effet, résilier et rescinder son acceptation de la présente offre et ce, sans nulle autre formalité ni autre mise en demeure;

#### DURÉE

La présente offre de vente devra être acceptée d'ici le 1er août 1975, au plus tard sinon elle deviendra «*ipso facto*» nulle et de nul effet sans avis ni mise en demeure. [Je souligne.]

On February 3, 1975, the City passed the following resolution:

[TRANSLATION] That the Council receive the offer of Dame J.A. Lambert-Picotte [the appellant] dated January 30, 1975 for the sale to the City of Longueuil of lots . . . for the price and sum of \$500,000.00. [Emphasis added.]

On May 20, 1975, the City passed another resolution authorizing it to acquire land in the area either by purchase or expropriation and, on June 2, 1975, the following resolution was adopted:

[TRANSLATION] To accept the offer of [the appellant] dated January 30, 1975 for the sale to the City of Longueuil of lots . . . for the price and sum of \$500,000.00, the said sum to be payable in cash upon signature of the deed of sale. [Emphasis added.]

Notwithstanding the receipt and acceptance of the offer of sale, it was well known to both parties that the appellant could not deliver clear title to the property, since litigation was pending between the appellant and a third party, David Reich, who was alleging that he had bought the property from the appellant's common law spouse. On November 19, 1965, the Superior Court dismissed Reich's action. While he appealed the decision, Reich transferred his rights to Mibra Investment Corporation ("Mibra"). At the time the discussions took place between the appellant and Paré, judgment had not yet been rendered by the Court of Appeal, and, in fact, the appellant's title to the property was perfected only by a private settlement with Mibra, on February 14, 1977.

As Mibra's claim remained before the Court of Appeal after the City's acceptance of the offer of sale, the appellant's lawyer, on July 23, 1975, wrote the following letter to the notary mandated by the City to prepare the deed of sale:

[TRANSLATION] As we explained to you in our telephone conversation of June 26 last, it is impossible for our client to sign a deed of sale in favour of the City of Longueuil for the lots mentioned in your letter, before the cancellation of both the promise of sale made to David Reich on November 9, 1954 and the transfer from the latter to Mibra Investment Corporation on September 27, 1966. This cancellation cannot be obtained without a hearing of the case between the parties in the Que-

Le 3 février 1975, la ville a adopté la résolution suivante:

Que le Conseil reçoit (*sic*) l'offre de Dame J.A. Lambert-Picotte [l'appelante] datée du 30 janvier 1975, pour la vente à la Ville de Longueuil des lots [ . . . ] pour le prix et somme de \$500,000.00. [Je souligne.]

Le 20 mai 1975, la ville a adopté une autre résolution qui l'autorisait à acquérir des terrains dans le secteur en question par voie d'achat ou d'expropriation, et, le 2 juin 1975, elle a adopté la résolution suivante:

D'accepter l'offre de [l'appelante], datée du 30 janvier 1975, pour la vente à la Ville de Longueuil des lots [ . . . ] pour le prix et somme de \$500,000.00, laquelle somme sera payable comptant à la signature de l'acte de vente. [Je souligne.]

Nonobstant la réception et l'acceptation de l'offre de vente, les deux parties étaient bien au courant que l'appelante ne pouvait donner un titre de propriété incontestable sur l'immeuble en cause vu le litige pendant entre l'appelante et un tiers, David Reich, qui prétendait avoir acheté cet immeuble du conjoint de fait de l'appelante. Le 19 novembre 1965, la Cour supérieure rejetait l'action de Reich. Durant l'appel contre cette décision, Reich a cédé ses droits à Mibra Investment Corporation («Mibra»). Au moment où se déroulaient les discussions entre l'appelante et Paré, la Cour d'appel n'avait pas encore rendu jugement et, en fait, le titre de propriété de l'appelante sur l'immeuble n'est devenu parfait que par suite d'un règlement privé intervenu avec Mibra le 14 février 1977.

Comme la Cour d'appel demeurait saisie de la réclamation de Mibra après que la ville eut accepté l'offre de vente, le procureur de l'appelante adressait au notaire chargé par la ville de préparer l'acte de vente la lettre suivante datée du 23 juillet 1975:

Comme nous vous l'avons expliqué lors de notre conversation téléphonique du 26 juin dernier, il est impossible à notre cliente de signer un acte de vente en faveur de la Ville de Longueuil pour les lots mentionnés dans votre lettre avant d'obtenir la radiation de la promesse de vente consentie à David Reich, le 9 novembre 1954 ainsi que le transfert de celle-ci à Mibra Investment Corporation, le 27 septembre 1966. Cette radiation ne peut être obtenue sans l'audition de la cause pendante à la

bec Court of Appeal, pending since December 17, 1965. It is to be expected that it will be several months or even years before the case is concluded.

The City of Longueuil's representative, Mr. Paré,<sup>a</sup> knew all these facts when the promise of sale was signed on January 30, 1975. Despite this, he insisted that [the appellant] nevertheless sign the offer of sale, claiming that he had consulted the City of Longueuil's legal department and was sure that the City's lawyers could easily arrange to obtain the cancellation. We took the opposite view, but Mr. Paré assured us that there would be no problem.

The City of Longueuil must therefore discharge its responsibilities: either by obtaining this cancellation or by proceeding by expropriation. Our client can do nothing further.

The appellant testified before the Expropriation Tribunal that she signed the offer of sale, notwithstanding the fact that she was well aware that she could not deliver clear title to the property, because her lawyer told her that even if she signed, it was null. She recalled her lawyer's advice in these terms:

[TRANSLATION] That commits you to nothing, don't worry, what they want to do, it is just an idea of their plan, it commits you to nothing, that's all.

Her lawyer also testified to the same effect:

[TRANSLATION] I did say that it meant nothing to have something signed today, it was illegal and he [Paré] replied: "The City of Longueuil has good lawyers" . . . I said "If that is so, Mrs. Lambert, sign it, it means nothing".

The City took no further action regarding the offer of sale. On December 1, 1975, it chose to file a notice of expropriation, which was served on the appellant on December 3, 1975, one day after the expiration of the six-month deadline set in paragraph (c) of the offer of sale, rather than exercising its right to put the appellant in default as to her obligation to deliver clear title. Although mention was made in the notice of expropriation that the expropriation proceedings were [TRANSLATION] "without prejudice to its rights

Cour d'Appel du Québec entre les parties depuis le 17 décembre 1965. Il est à prévoir qu'il s'écoulera encore plusieurs mois sinon plusieurs années avant que l'on voit la fin de la cause.

Le représentant de la Ville de Longueuil, Monsieur Paré, connaissait tous ces faits lors de la signature de la promesse de vente du 30 janvier 1975. Malgré cela, il a insisté pour que [l'appellante] signe l'offre de vente quand même, alléguant qu'il avait consulté le contentieux de la Ville de Longueuil et qu'il avait la certitude que les avocats de la Ville pouvaient obtenir la radiation sans difficulté. Nous étions de l'avis contraire mais Monsieur Paré nous a assuré qu'il n'y avait (*sic*) de problème.

Il appartient donc à la Ville de Longueuil de prendre ses responsabilités: soit de procéder à cette radiation ou bien de procéder par expropriation. Quant à notre cliente, elle ne peut rien faire d'autre.

L'appellante a témoigné devant le Tribunal de l'expropriation que si elle a signé l'offre de vente, en dépit du fait qu'elle savait bien qu'elle ne pouvait pas transmettre un titre de propriété incontestable sur l'immeuble, c'est parce que son procureur lui avait dit que, même si elle le signait, le document serait entaché de nullité. Voici, selon elle, le langage que lui a tenu son procureur:

Ça ne vous engage à rien, ayez pas peur, qu'est-ce qu'ils veulent faire là, c'est juste une idée de leur projet, ça vous engage à rien, c'est pour ça, ça finit là.

Son procureur a également témoigné dans le même sens:

J'avais beau dire c'est bon rien (*sic*) de faire signer quoique ce soit aujourd'hui, c'est illégal puis il [Paré] m'a répondu: «La Ville de Longueuil a de bons avocats» [. . .] J'ai dit: «Si c'est ça, Madame Lambert, signez-le, c'est bon rien (*sic*).»

La ville n'a pris aucune autre mesure au sujet de l'offre de vente. Le 1<sup>er</sup> décembre 1975, la ville a choisi de déposer un avis d'expropriation, signifié à l'appellante le 3 décembre 1975, soit le lendemain de la date d'expiration du délai de six mois fixé à l'alinéa (c) de l'offre de vente. La ville a procédé ainsi plutôt que d'exercer son droit de mettre l'appellante en demeure de respecter son obligation de fournir un titre de propriété incontestable. Bien qu'il ait été mentionné dans l'avis d'expropriation que des procé-

and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party”, no specific agreement between the parties was alleged, referred to or tendered, and none accompanied the notice of expropriation. Quite the contrary, the notice specifically requested the appellant to indicate within 15 days whether or not she accepted the City’s offer:

[TRANSLATION] PLEASE BE ADVISED that, if within fifteen (15) days of service hereof, you have not accepted this offer of indemnity, the expropriating party will apply to the Superior Court for the district of Montréal to have its aforesaid rights of expropriation recognized;

On the expiry of this time period, this notice will be filed with the Registry of the Superior Court in Montréal, and if you do not appear within the time set, the expropriating party will proceed by default. [Emphasis added.]

The appellant did not respond to the notice within the set 15-day period, and, on January 13, 1976, upon uncontested application before the Quebec Superior Court, the City was granted “prior possession” of the property. The motion specifically referred to the offer of \$500,000 and to the fact that the appellant had not accepted it:

[TRANSLATION] 5. As appears in this notice of expropriation, the expropriating party offered the sum of \$500,000.00 as an indemnity and the expropriated party has not yet accepted this offer; [Emphasis added.]

The amount of the offer was deposited on February 4, 1976. No further action was taken until February 14, 1977. In the meantime, on January 28, 1977, the Court of Appeal dismissed Mibra’s claim to the property, allowing, however, Mibra’s claim to conserve its registration of Reich’s offer of sale. After the appellant settled her claim with Mibra, on February 14, 1977, she filed a motion to withdraw the deposit of \$500,000 without prejudice to her right to claim a greater indemnity in the expropriation proceedings. The motion was granted on May 20, 1977.

On August 1, 1977, the appellant, alleging that she had refused the City’s offer, brought a motion before

durés d’expropriation avaient été engagées «sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l’expropriée», aucune convention précise entre les parties n’a été alléguée, mentionnée ni produite et l’avis d’expropriation n’en a été accompagné d’aucune. Bien au contraire, l’avis requérait expressément l’appelante d’indiquer, dans un délai de quinze jours, si elle acceptait ou non l’offre de la ville:

SOYEZ PRÉVENUS que si dans les quinze (15) jours de la signification des présentes, vous n’avez pas accepté cette offre d’indemnité, l’expropriante s’adressera à la Cour Supérieure pour le district de Montréal, pour faire reconnaître ses droits d’expropriation précités;

À l’expiration de ce délai, le présent avis sera produit au greffe de la Cour Supérieure à Montréal, et faute par vous de comparaître dans les délais, l’expropriante procédera par défaut. [Je souligne.]

Or, l’appelante n’a pas répondu à l’avis dans le délai imparti et, le 13 janvier 1976, à la suite d’une requête non contestée devant la Cour supérieure du Québec, la ville s’est vu accorder la «possession préalable» de l’immeuble. La requête faisait expressément mention de l’offre de 500 000 \$ et du fait que l’appelante ne l’avait pas acceptée:

5. Comme il appert à cet avis d’expropriation, l’expropriante a offert la somme de \$ 500,000.00 à titre d’indemnité et l’expropriée n’a pas encore accepté cette offre; [Je souligne.]

Cette somme a été consignée à la cour le 4 février 1976 et aucune nouvelle mesure ne fut prise avant le 14 février 1977. Entre temps, soit le 28 janvier 1977, la Cour d’appel rejetait la réclamation de Mibra à l’égard de l’immeuble en question, permettant toutefois à Mibra de conserver son enregistrement de l’offre de vente de Reich. Après avoir composé avec Mibra, l’appelante déposait, le 14 février 1977, une requête en retrait du dépôt de 500 000\$, sans préjudice à son droit de réclamer une indemnité plus élevée dans le cadre des procédures d’expropriation. La requête était accueillie le 20 mai 1977.

Le 1<sup>er</sup> août 1977, alléguant qu’elle avait refusé l’offre de la ville, l’appelante présentait à la Cour

the Quebec Superior Court to refer the case to the Expropriation Tribunal, so that the Tribunal could [TRANSLATION] “fix the fair and equitable indemnity to which it [the appellant] is entitled”. On August 9, 1977, this motion was granted by consent and, on September 26, the appellant filed a detailed claim for a total of \$2,042,701.60, being, in her opinion, the value of the property at the time the City took possession. The City responded, on April 26, 1978, by filing its specific offer of \$500,000 as the indemnity to be set by the Expropriation Tribunal. The appellant later increased her claim to \$3,175,000, given the value determined by the Expropriation Tribunal on property expropriated in the same area, as per its decisions handed down on April 28, 1981. On December 4, 1981, for the first time since the filing of the notice of expropriation in 1975, the City brought a motion before the Expropriation Tribunal, to declare that there had been a transaction between the parties with regard to the value of the land upon expropriation. This motion was dismissed without a hearing. The City successfully moved for the issuance of a writ of evocation by the Quebec Superior Court, upon which the parties agreed that the matter be remitted to the Expropriation Tribunal in order that all the issues could be there decided, including the motion asking for a declaration that a transaction had been entered into between the parties as to the indemnity for the expropriated land.

The Expropriation Tribunal, having concluded that there was no such transaction, set the value of the land at \$1,714,936, which it ordered the City to pay to the appellant together with an additional indemnity calculated on the total award. Both the compensation award and the additional indemnity were contested before the Court of Appeal, as they are before this Court, on the sole basis that the parties had entered into a transaction or reached an agreement as to an indemnity of \$500,000 to be paid by the City upon expropriation of the appellant's property.

supérieure du Québec une requête visant à faire renvoyer l'affaire devant le Tribunal de l'expropriation afin qu'il puisse «fixer l'indemnité juste et équitable à laquelle elle a droit». Le 9 août 1977, cette requête était accueillie avec le consentement des parties et, le 26 septembre, l'appelante produisait une réclamation détaillée totalisant 2 042 701,60 \$, laquelle somme, à son avis, représentait la valeur de l'immeuble au moment de la prise de possession par la ville. En guise de réplique, la ville déposait, le 26 avril 1978, son offre précise de 500 000 \$ comme étant l'indemnité à être fixée par le Tribunal de l'expropriation. L'appelante a, par la suite, porté sa réclamation à 3 175 000 \$, compte tenu de la valeur que le Tribunal de l'expropriation, dans ses décisions en date du 28 avril 1981, avait attribuée à certains immeubles expropriés dans le même secteur. Le 4 décembre 1981, et ce pour la première fois depuis le dépôt de l'avis d'expropriation en 1975, la ville a saisi le Tribunal de l'expropriation d'une requête visant à faire déclarer qu'une transaction était intervenue entre les parties relativement à la valeur de l'immeuble en cas d'expropriation. Cette requête fut rejetée sans audition. Suite à l'obtention par la ville d'un bref d'évocation délivré par la Cour supérieure du Québec, les parties se sont alors entendues pour que la cause soit déferée au Tribunal de l'expropriation afin que celui-ci tranche toutes les questions en litige et qu'il statue notamment sur la requête visant à faire déclarer qu'une transaction était intervenue entre les parties quant à l'indemnité à être versée pour l'immeuble exproprié.

Le Tribunal de l'expropriation ayant conclu qu'il n'y avait pas eu de telle transaction, a fixé la valeur de l'immeuble à 1 714 936 \$ qu'il a ordonné à la ville de verser à l'appelante avec en plus une indemnité additionnelle établie en fonction du montant total accordé. L'indemnité définitive et l'indemnité additionnelle ont toutes les deux été contestées devant la Cour d'appel, comme elles le sont également en notre Cour, au seul motif que les parties avaient conclu une transaction ou une convention prévoyant le paiement d'une indemnité de 500 000 \$ par la ville en cas d'expropriation de l'immeuble de l'appelante.



Judgments

*Expropriation Tribunal*, [1984] T.E. 108 (Judge Dorion, Montambeault (member))

With regard to the issue of transaction, the Tribunal found that the offer of sale did not meet the requirements of art. 1918 *C.C.L.C.*, since it did not settle any litigation between the parties, whether existing or pending, as appears from this extract of Judge Dorion's reasons (at p. 112):

[TRANSLATION] When . . . Roméo Paré, representing [the City], met on at least ten occasions with [the appellant], this was in no way because of the existence of a problem between the two parties and for the purpose of preventing future litigation between them. At that point, there was no legal relationship between [the City and the appellant].

The Tribunal held that, at the time Paré made the offer to the appellant, there could be no question of expropriation because the City was not authorized by resolution to do so. In fact, it was only in May 1975 that the Minister of Municipal Affairs and the Quebec Municipal Commission approved such expropriation.

Neither did the City's resolution to accept the offer of sale settle any present or potential litigation between the parties, since, in the words of Judge Dorion (at p. 113):

[TRANSLATION] At the time the offer of sale R-1 was signed, the City was aware of the title problems of [the appellant], who informed its representative, Mr. Paré. In spite of this, on June 2 following, the City passed its resolution R-5 accepting this offer and making the existence of the contract of sale and payment of the price subject to the preparation of a notarial deed.

The Tribunal was also of the view that no concessions on rights or claims were made by any party, and, since this element of a transaction was lacking as well, it concluded that the offer of sale was a pure and simple agreement between the parties, independent of any litigation and thus not a transaction.

Les jugements

*Tribunal de l'expropriation*, [1984] T.E. 108 (le juge Dorion et le membre Montambeault)

En ce qui concerne la transaction, le Tribunal a conclu que l'offre de vente ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 1918 *C.c.B.-C.* puisqu'elle ne réglait pas un litige en cours ou pendant entre les parties. C'est ce qui se dégage de l'extrait suivant des motifs du juge Dorion (à la p. 112):

Quand [. . .] Roméo Paré, représentant de la requérante [la ville], rencontre à au moins une dizaine de reprises [l'appelante], ce n'est aucunement à cause de l'existence d'un problème entre les deux parties et dans le but de prévenir une contestation à naître entre les deux. À ce moment-là, il n'y a aucune relation juridique quelconque entre [la ville et l'appelante].

Le Tribunal a conclu qu'au moment où Paré a fait l'offre à l'appelante, il ne pouvait être question d'expropriation parce que la ville n'avait adopté aucune résolution l'autorisant à y procéder. De fait, ce n'est qu'au mois de mai 1975 que le ministre des Affaires municipales et la Commission municipale du Québec ont approuvé cette expropriation.

La résolution de la ville portant acceptation de l'offre de vente ne réglait, elle non plus, aucun litige actuel ou éventuel entre les parties, car, dans les mots du juge Dorion (à la p. 113):

Au moment de la signature de l'offre de vente R-1, la ville est au courant des problèmes de titres de [l'appelante] qui en a informé son représentant, M. Paré. Malgré cela, le 2 juin suivant, la ville passe sa résolution R-5 acceptant cette offre et soumettant l'existence du contrat de vente et le paiement du prix à la confection d'un acte notarié.

De l'avis du Tribunal, ni l'une ni l'autre partie n'ont fait de concessions en ce qui concerne leurs droits ou leurs réclamations et, comme cet élément d'une transaction manquait également, le Tribunal a conclu que l'offre de vente n'était rien d'autre qu'une simple convention intervenue entre les parties indépendamment de tout litige et ne constituait donc pas une transaction.

Assuming, however, that there was a transaction or an agreement between the parties, the Tribunal then asked itself whether the City had renounced its rights by instituting expropriation proceedings. It concluded that it did for the following reasons (at p. 115):

[TRANSLATION] How can the expropriating party now claim that the Tribunal has no jurisdiction to fix the expropriation indemnity between it and the expropriated party, when it has itself instituted the expropriation proceeding, alleging an offer of \$500,000 and its refusal by the expropriated party, and without its allegations the expropriation proceeding could not have been undertaken. How can it now ask, as it is doing in its motion, for the Tribunal to rule that it has no jurisdiction to fix an indemnity on the transaction concluded between the parties, when it has renounced this transaction, which in any case has not been proven, by instituting the expropriation proceedings, and when it has consented to the granting by the Superior Court of the motion to refer the matter to the Tribunal so it may fix the indemnity. [First and second emphasis added; third emphasis in original.]

The Tribunal also noted that, although the appellant was, before the institution of proceedings in expropriation, willing to execute the offer of sale, it was her inability to give clear title to the property that led to the City's decision not to pursue the offer of sale but, rather, to expropriate. As put by Judge Dorion (at p. 115):

[TRANSLATION] It [the City] renounced making payment of the agreed sum of \$500,000 upon signature of this notarial deed, as provided, once again, in Exhibit R-1 [the offer of sale]. As to [the appellant], by following the expropriating party in the path of expropriation, she waived the right to require payment of the agreed sum of \$500,000 for the sale of her property by mutual consent.

The parties consequently find themselves back in the same position as before the offer of sale, not only with regard to the giving of title but also with regard to the indemnity to be paid to the expropriated party.

Accordingly, the Tribunal set the indemnity to be paid by the City to the appellant at \$1,714,936 and awarded an additional indemnity based on the total

Présumant, cependant, qu'il y avait eu une transaction ou une convention entre les parties, le Tribunal s'est ensuite demandé si la ville avait renoncé à ses droits en engageant les procédures d'expropriation.

<sup>a</sup> Pour les motifs ci-après exposés, le Tribunal a répondu par l'affirmative (à la p. 115):

Comment l'expropriante peut-elle aujourd'hui prétendre que le Tribunal n'a pas juridiction pour fixer l'indemnité d'expropriation entre elle et l'expropriée, alors que c'est elle-même qui a institué l'instance d'expropriation, qui a allégué une offre de 500 000 \$ et son refus par l'expropriée et que, sans ses allégués, l'instance d'expropriation ne pouvait être entreprise. Comment peut-elle demander aujourd'hui, comme elle le fait dans sa requête, que le Tribunal déclare ne pas avoir juridiction pour fixer une indemnité sur la transaction intervenue entre les parties, alors qu'elle a renoncé à cette transaction, qui d'ailleurs n'a pas été prouvée, en instituant les procédures d'expropriation, et alors qu'elle a donné son consentement à ce que la requête pour que le dossier soit déféré au Tribunal pour faire fixer l'indemnité soit accordée par la Cour supérieure. [Je souligne.]

<sup>e</sup> Le Tribunal a fait remarquer, en outre, que même si, avant l'engagement des procédures d'expropriation, l'appelante avait été disposée à signer l'offre de vente, c'est son incapacité de transmettre un titre de propriété incontestable sur l'immeuble en cause qui a entraîné la décision de la ville de ne pas donner suite à l'offre de vente, mais de procéder plutôt par voie d'expropriation. Comme le mentionne le juge Dorion (à la p. 115):

<sup>g</sup> Elle [la ville] a renoncé à faire le paiement de la somme convenue de 500 000 \$ à la signature de cet acte notarié, tel que toujours prévu à la pièce R-1 [l'offre de vente]. Quant à [l'appelante], en suivant l'expropriante sur le terrain de l'expropriation, elle a renoncé à exiger le paiement d'un montant convenue de 500 000 \$ pour la vente de gré à gré de sa propriété.

<sup>i</sup> Les parties se trouvent donc replacées dans le même état qu'avant l'offre de vente et ceci non seulement pour la fourniture d'un titre de propriété mais également pour l'indemnité à être payée à l'expropriée.

<sup>j</sup> Le Tribunal a, en conséquence, fixé à 1 714 936 \$ l'indemnité à verser par la ville à l'appelante et a accordé à celle-ci une indemnité additionnelle basée

award, calculated on the difference between the legal rate of interest and that fixed according to s. 28 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31. In so doing, the Tribunal took into account, among other things, the City's initial low offer and Paré's harassment and misleading representations that other landowners were accepting \$0.10/sq. ft., while fully aware of the market value of \$0.35/sq. ft., as then established by the City's own evaluators.

*Superior Court* (Vaillancourt J.)

As required by s. 68 of the Act, the Superior Court did homologate the decision of the Expropriation Tribunal.

*Court of Appeal* (1988), 30 Q.A.C. 168 (Jacques and Tourigny J.J.A. and Meyer J. (*ad hoc*))

As contemplated in s. 32 of the Act, the City appealed the Expropriation Tribunal's decision to the Quebec Court of Appeal, which allowed the appeal. The Court held that the parties had agreed as to the purchase price. It further held that the City resorted to the expropriation mechanism solely to clarify the title, with the result that the Expropriation Tribunal had to take into account such an agreement. In this regard, it held (at pp. 170-71):

[TRANSLATION] Whether this is a transaction or a contract between the parties, an agreement was made between them as to the amount to be paid.

That leaves expropriation, as a remedy open to the City. Moreover, according to the evidence it was counsel for Mrs. Picotte [the appellant] who suggested this solution. While the City took the initiative of expropriation proceedings, it nonetheless stated in paragraph 8 of its notice that the purpose of the proceeding was to obtain possession of the immovable property as quickly as possible and that this proceeding "is undertaken without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party".

sur l'indemnité totale représentant la différence entre le taux d'intérêt légal et celui fixé suivant l'art. 28 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31. Ce faisant, le Tribunal a tenu compte, notamment, du faible montant de l'offre initiale de la ville ainsi que du harcèlement exercé par Paré et de ses déclarations trompeuses selon lesquelles d'autres propriétaires fonciers avaient accepté dix cents le pied carré sachant pertinemment toutefois que les évaluateurs de la ville avaient fixé à trente-cinq cents le pied carré la valeur marchande de l'immeuble en question.

*Cour supérieure* (le juge Vaillancourt)

La Cour supérieure a homologué la décision du Tribunal de l'expropriation comme l'exige l'art. 68 de la Loi.

*Cour d'appel* (1988), 30 Q.A.C. 168 (les juges Jacques et Tourigny et le juge Meyer (*ad hoc*))

En conformité avec l'art. 32 de la Loi, la ville a interjeté appel de la décision du Tribunal de l'expropriation devant la Cour d'appel du Québec, qui a accueilli l'appel. La cour a statué que les parties avaient convenu du prix d'achat. Elle a conclu, en outre, que la ville avait eu recours à la procédure d'expropriation à la seule fin de régler la question du titre de propriété et que le Tribunal de l'expropriation devait, en conséquence, tenir compte de telle convention. La cour observe à ce propos (aux pp. 170 et 171):

Que ce soit une transaction ou un contrat entre les parties, il est intervenu entre elles une entente sur le montant à être versé.

Reste donc l'expropriation, comme recours ouvert à la ville. D'ailleurs, c'est le procureur de Madame Picotte [l'appelante] qui, selon la preuve, a suggéré cette solution. Si la ville prend l'initiative des procédures d'expropriation, elle y précise cependant, au paragraphe 8 de son avis, que l'objet de la procédure est d'obtenir la possession de l'immeuble le plus rapidement possible et que cette procédure «est faite sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée».

In such a context, does the notice of expropriation have the effect of completely overriding any agreement concluded between the parties? With respect for the contrary view, I do not think so. By alleging the existence of a binding agreement and by expropriating without prejudice to its rights, the City was simply exercising the only remedy available to it to give effect to the agreement, to rapidly take possession of the land required for the outdoor recreation area and to clarify the title.

I therefore conclude that, in these circumstances, the parties were agreed on the amount at issue and the Expropriation Tribunal should have taken this agreement and the special circumstances surrounding the title into account.

The Court of Appeal did not pronounce on the issue of the additional indemnity, given its conclusion as to the existence of a binding agreement. It expressed the view, however, that such additional indemnity, when granted, could only be calculated on the difference between the provisional indemnity and the final award.

#### Analysis

Central to this case is the question of whether there was a transaction or agreement between the parties regarding the indemnity in the event of expropriation, since, in the absence of such agreement, the award as to the value of the land made by the Expropriation Tribunal is not in dispute. This question was the focus of both the Expropriation Tribunal order and the Court of Appeal judgment. Should it be found that no such agreement or transaction exists, the award stands.

Before discussing this issue, it may be appropriate, at the outset, to set out the legislative framework which governs this case. The functions and powers of the Expropriation Tribunal (now the Expropriation Division of the Court of Quebec) were spelled out in the Act, as it read at the time:

**19. The principal function of the tribunal shall be to fix the amount of the indemnities arising from the establishment of reserves for public purposes and the expropriation of immoveables or immovable real rights.**

Dans un tel contexte, l'avis d'expropriation a-t-il pour effet de mettre complètement de côté toute entente intervenue entre les parties? Avec égards pour l'opinion contraire, je ne le crois pas. En alléguant l'existence d'une convention intervenue et en expropriant, sans préjudice à ses droits, la ville n'a fait qu'exercer le seul recours dont elle disposait pour donner suite à l'entente, prendre possession rapidement des terrains requis pour constituer la base de plein air et clarifier les titres.

J'en viens donc à la conclusion que, dans ces circonstances, les parties se sont entendues sur le montant en jeu et que le Tribunal de l'expropriation devait tenir compte de cette entente et des circonstances particulières qui prévalaient quant aux titres de propriété.

La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur la question de l'indemnité additionnelle étant donné sa conclusion quant à l'existence d'une convention liant les parties. Elle a toutefois exprimé l'avis que cette indemnité additionnelle, bien qu'accordée, ne peut être calculée que sur la différence entre le montant de l'indemnité provisionnelle et celui de l'indemnité définitive.

#### Analyse

Au cœur du présent litige, il s'agit de savoir si une transaction ou une convention est intervenue entre les parties concernant l'indemnité à verser en cas d'expropriation car, en l'absence d'une telle convention, la valeur de l'immeuble fixée par le Tribunal de l'expropriation n'est pas en débat. C'est sur cette question qu'ont porté tant l'ordonnance du Tribunal de l'expropriation que l'arrêt de la Cour d'appel. Dans l'hypothèse où l'on en viendrait à la conclusion qu'aucune telle convention ou transaction n'est intervenue, l'indemnité accordée par le Tribunal demeure.

Avant d'aborder cette question, il convient peut-être d'exposer dès maintenant le cadre législatif dans lequel s'insère la présente affaire. Les fonctions et les pouvoirs du Tribunal de l'expropriation (maintenant la Chambre de l'expropriation de la Cour du Québec) étaient énoncés dans la Loi en vigueur à l'époque:

**19. Le tribunal a pour fonction principale de fixer le montant des indemnités qui découlent de l'imposition des réserves pour fins publiques et de l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers.**

The tribunal shall also exercise the other powers conferred upon it by law.

20. The tribunal shall have all the powers necessary to exercise its jurisdiction and it may in particular make any order it considers appropriate to safeguard the rights of interested parties. It shall determine the costs in every matter that it is called upon to decide. [Emphasis added.]

Other powers include the fixing of the indemnity and the power to grant an additional indemnity:

68. The tribunal shall fix the amount of the final indemnity and adjudicate as to costs by a decision giving the reasons therefor, and must send a copy forthwith to the prothonotary.

Where the amount of the expropriation indemnity is less than the amount of the provisional indemnity, the tribunal shall order the restitution of the difference.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to such amount, from the date of taking possession of the expropriated property or from the date of the judgment homologating the order, whichever is earlier, a percentage equal to the excess of the rate of interest fixed under section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (chapter M-31) over the legal rate of interest.

The order shall be homologated by the Superior Court, at the request of either party.

The role of the Expropriation Tribunal is perhaps best described by Montgomery J.A., in *D. Dupéré Inc. v. Procureur général du Québec*, C.A. Québec, No. 200-09-000397-74, September 1, 1977, at p. 1:

The duty of the Tribunal was then to fix the indemnity in accordance with section 57 of the Act. . . .

The Tribunal in such matters has a double responsibility: to avoid injustice to the expropriated party and to ensure that the public does not suffer by the payment of excessive indemnities. It was not, in my opinion, bound by the opinions of experts or by unaccepted offers.

It may also be appropriate to recall the principles which must guide appellate courts in such matters. The leading case is *Cité de Ste-Foy v. Société Immobilière Enic Inc.*, [1967] S.C.R. 121, which

Il exerce aussi les autres pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.

20. Le tribunal a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa juridiction et il peut notamment rendre toute ordonnance qu'il estime propre à sauvegarder les droits des intéressés. Il statue quant aux dépens dans toute affaire dont il est appelé à décider. [Je souligne.]

Il a en outre compétence pour fixer le montant de l'indemnité et pour accorder une indemnité additionnelle:

68. Le tribunal fixe le montant de l'indemnité définitive et statue sur les dépens par une décision motivée, dont il doit transmettre sans délai copie au protonotaire.

Lorsque le montant de l'indemnité d'expropriation est moindre que le montant de l'indemnité provisionnelle, le tribunal ordonne la restitution de la différence.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de la date de la prise de possession du bien exproprié ou à compter de la date du jugement homologuant l'ordonnance, suivant la date la plus ancienne, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du revenu (chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

L'ordonnance est homologuée par la Cour supérieure, à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Le rôle du Tribunal de l'expropriation est peut-être le mieux décrit par le juge Montgomery dans l'arrêt *D. Dupéré Inc. v. Procureur général du Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000397-74, 1<sup>er</sup> septembre 1977, à la p. 1:

[TRADUCTION] Le devoir du tribunal était alors de fixer l'indemnité en conformité avec l'article 57 de la Loi . . .

La responsabilité du tribunal en pareil cas est double: éviter toute injustice envers l'exproprié et veiller à ce que le public ne soit pas lésé par le paiement d'indemnités excessives. Le tribunal n'était pas lié, à mon avis, par les opinions d'experts ni par des offres non acceptées.

Il convient peut-être aussi de rappeler les principes qui doivent guider les tribunaux d'appel dans ce domaine. L'arrêt de principe est *Cité de Ste-Foy v. Société Immobilière Enic Inc.*, [1967] R.C.S. 121, où

dealt with an appeal from a decision of the predecessor of the Expropriation Tribunal, the Public Service Board. The Court had this to say, at p. 126:

[TRANSLATION] In general it is the Board which fixes the indemnity in all cases of expropriation in the province of Quebec, unless otherwise specified by particular legislation. I consider that, in conferring this arbitral jurisdiction on the Board, the legislature recognized the expertise, skill and special experience of its members and intended these special qualifications to be used and put into effect in exercising this arbitral jurisdiction.

In allowing the appeal and reinstating the decision of the Board, the court noted, at p. 128:

[TRANSLATION] [I]t has not been shown that the Public Service Board erred in law or made any manifest error of fact.

A long line of Quebec jurisprudence had already provided guidelines regarding the ability of appellate courts to intervene in decisions of expropriation tribunals. Bissonnette J.A., in *Bellerose v. Talbot*, [1957] Que. Q.B. 637 (aff'd [1958] S.C.R. 261), at p. 644, referred to his reasons in *Isabelle v. Procureur général du Québec*, [1953] Que. Q.B. 747:

[TRANSLATION] Before considering the claim of the expropriated party, it seems worth noting that the Court of Appeal hesitates to overturn the award of the Public Service Board and that its intervention is only justified where there has been an error of law or an application of an incorrect rule or unlawful or illegitimate principle, or an assessment of the evidence so mistaken that it must necessarily lead to an injustice. [Emphasis added.]

More recently, Turgeon J.A. reiterated the same caveat, in *Ministre des Transports du Québec v. Texaco Canada Ltée*, C.A. Québec, No. 200-09-000767-795, February 15, 1983 (summarized in J.E. 83-389), at pp. 6-7:

[TRANSLATION] This Court has often held that it should not interfere with the Expropriation Tribunal's assessment of the evidence, unless there is an error of law or an application of an incorrect rule or unlawful principle, or an assessment of the evidence so mistaken that it must necessarily lead to an injustice.

il s'agissait d'un pourvoi contre une décision de la Régie des Services publics, l'organisme qui a précédé le Tribunal de l'expropriation. La Cour s'exprime ainsi, à la p. 126:

D'une façon générale, c'est la Régie qui fixe l'indemnité dans tous les cas d'expropriation de la province de Québec, à moins qu'il en soit autrement prescrit par des lois particulières. Je suis d'avis qu'en conférant cette juridiction arbitrale à la Régie, la Législature a reconnu la qualité d'expert, la compétence et l'expérience particulière des membres qui la composent et voulu l'utilisation, la mise en œuvre de ces qualifications spéciales dans l'exercice de cette juridiction arbitrale.

En accueillant le pourvoi et en rétablissant la décision de la Régie, la Cour fait remarquer, à la p. 128:

[I]l n'a pas été démontré (*sic*) que la Régie des Services Publics a erré en droit ou commis une erreur manifeste en fait.

Un long courant de jurisprudence québécoise avait déjà établi les principes directeurs relatifs à la compétence des tribunaux d'appel de modifier les décisions de tribunaux de l'expropriation. Le juge Bissonnette, à la p. 644 de l'arrêt *Bellerose v. Talbot*, [1957] B.R. 637 (confirmé par [1958] R.C.S. 261), s'est référé à ses motifs dans l'affaire *Isabelle v. Procureur général du Québec*, [1953] B.R. 747:

Avant de considérer la réclamation de l'exproprié, il me paraît opportun de rappeler que la Cour d'appel est circonspecte à ne pas réformer la sentence de la Régie des services publics et que son intervention ne se justifie que là où il y a erreur de droit ou application d'une mauvaise règle ou d'un principe illégal ou illégitime ou encore une appréciation de la preuve tellement erronée qu'elle entraîne fatalement une injustice. [Je souligne.]

Plus récemment, le juge Turgeon a exprimé la même réserve dans l'arrêt *Ministre des Transports du Québec c. Texaco Canada Ltée*, C.A. Québec, n° 200-09-000767-795, 15 février 1983 (résumé dans J.E. 83-389), aux pp. 6 et 7:

Cette Cour a souvent décidé qu'elle ne doit pas intervenir dans l'appréciation que fait le Tribunal de l'expropriation de la preuve, à moins qu'il n'y ait erreur de droit ou application d'une mauvaise règle ou d'un principe illégal, ou encore d'une appréciation de la preuve tellement erronée qu'elle entraîne une injustice.

(For earlier decisions, see also *Robitaille v. Cité de Québec*, [1948] Que. K.B. 787; *Amusement Realty Corp. v. Minister of Roads of Quebec*, [1949] Que. K.B. 562; *Bellerose v. Talbot*, *supra*; and *Yves Germain Inc. v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1974] C.A. 184. For more recent decisions, see *Labbé v. Ministre des Transports du Québec*, [1980] C.A. 518, at p. 519; *Lemieux v. Ville de Granby*, [1980] R.P. 285 (C.A.), at p. 286; *Procureur général du Québec v. Marois*, C.A. Québec, No. 200-09-000272-796, March 7, 1983 (summarized in J.E. 83-475), at p. 5; *Société d'aménagement de l'Outaouais v. Dumouchel*, [1984] C.A. 571, at pp. 571-72; and *Immeubles P.J. Ltée v. Laval (Ville de)*, C.A. Montréal, No. 500-09-001185-792, May 7, 1985 (summarized in J.E. 85-676), at p. 4.)

Professor Giroux, in "L'expropriation en droit québécois" (1980), 10 *R.D.U.S.* 629, makes the following observations, at p. 647:

[TRANSLATION] The Court of Appeal has always exercised restraint in its interventions as an appellate tribunal in the decisions of the Expropriation Tribunal and the Public Service Board which it succeeded. The reason for this judicial restraint is that the Court of Appeal has recognized that, in making the members of the Tribunal responsible for fixing the indemnity to which an expropriated party may be entitled, the legislator intended that expropriation cases should be heard by people who have technical knowledge and specialized experience. For this reason the Tribunal's decisions on expropriation matters should only be altered in cases where the indemnity fixed is manifestly insufficient or excessive or when the decision is mistaken as to a principle of law. [References omitted.] [Emphasis added.]

In the present instance, the Expropriation Tribunal, after a full hearing of the parties and their witnesses, concluded that no prior transaction or agreement was entered into between the parties as to the indemnity upon expropriation. In order to reverse these conclusions of fact, the Court of Appeal had to demonstrate that the Tribunal had either grossly misconstrued the evidence so as to constitute an injustice, erred in law, or misapplied the law.

(Pour des décisions plus anciennes, voir en outre *Robitaille v. Cité de Québec*, [1948] B.R. 787, *Amusement Realty Corp. v. Minister of Roads of Quebec*, [1949] B.R. 562, *Bellerose v. Talbot*, précitée, et *Yves Germain Inc. v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1974] C.A. 184. Pour une jurisprudence plus récente, voir *Labbé c. Ministre des Transports du Québec*, [1980] C.A. 518, à la p. 519, *Lemieux c. Ville de Granby*, [1980] R.P. 285 (C.A.), à la p. 286, *Procureur général du Québec c. Marois*, C.A. Québec, n° 200-09-000272-796, 7 mars 1983 (résumé dans J.E. 83-475), à la p. 5, *Société d'aménagement de l'Outaouais c. Dumouchel*, [1984] C.A. 571, aux pp. 571 et 572, et *Immeubles P.J. Ltée c. Laval (Ville de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-001185-792, 7 mai 1985 (résumé dans J.E. 85-676), à la p. 4.)

Le professeur Giroux, dans son article intitulé «L'expropriation en droit québécois» (1980), 10 *R.D.U.S.* 629, fait les observations suivantes, à la p. 647:

La Cour d'appel s'est toujours montrée réservée dans ses interventions comme tribunal d'appel, dans les décisions du Tribunal de l'expropriation et de la Régie des services publics à laquelle il a succédé. Cette retenue judiciaire vient du fait que la Cour d'appel a reconnu qu'en confiant aux membres de Tribunal le soin de fixer l'indemnité à laquelle un exproprié peut avoir droit, le législateur a voulu que les causes en expropriation soient entendues par des gens ayant des connaissances techniques et une expérience particulière. Pour ce motif, les décisions du Tribunal en matière d'expropriation ne doivent pas être modifiées que dans les cas où la fixation de l'indemnité est manifestement insuffisante ou excessive, ou encore lorsque la décision est erronée sur un principe de droit. [Références omises.] [Je souligne.]

Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal de l'expropriation a conclu, à l'issue de l'audition complète des parties et de leurs témoins, qu'aucune transaction ni convention préalable n'était intervenue entre les parties concernant le montant de l'indemnité à verser en cas d'expropriation. Pour écarter ces conclusions de fait, la Cour d'appel devait démontrer que le Tribunal avait ou si grossièrement erré dans son interprétation de la preuve au point de constituer une injustice, ou commis une erreur de droit ou mal appliqué le droit.

It is in this light that I intend to review the conclusions of both the Expropriation Tribunal and the Court of Appeal on the question of whether the parties entered into a transaction or an agreement regarding the indemnity to be paid by the City for the land to be expropriated. I point out immediately that we are not concerned here with the price agreed upon in the event of a sale by mutual agreement, since no such sale occurred.

It is not contested, in effect, that the parties entered into an agreement for the sale of the appellant's property, before the proceedings in expropriation were taken by the City. The offer of sale was duly signed by the appellant and accepted by the City within the prescribed time. Nor is it contested that, at the time the offer was made, both parties were considering the City's acquisition by mutual agreement and that only later on, due to the impossibility for the appellant to deliver clear title to the property, were expropriation proceedings commenced. The question is whether, on the facts of this case, the price of \$500,000, agreed upon under a sale by mutual agreement, was, as the City contends, also binding between the parties in the event of expropriation.

The City makes two alternative submissions in that regard: first, that the parties entered into a transaction and second, that, absent a transaction, there was an agreement which the Expropriation Tribunal was not entitled to set aside. First, was there a transaction?

### 1. *Transaction*

Article 1918 *C.C.L.C.* defines a transaction as follows:

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.

In the present case, there was no litigation between the parties in January 1975 when the offer of sale was signed. The City, therefore, argues that the undertak-

C'est dans cette optique que je me propose d'examiner les conclusions du Tribunal de l'expropriation et de la Cour d'appel sur la question de savoir si les parties ont conclu une transaction ou une convention quant à l'indemnité à verser par la ville pour l'immeuble devant faire l'objet de l'expropriation. Je m'empresse de souligner que ne nous concerne pas ici le prix convenu en cas de vente de gré à gré, car aucune telle vente n'a eu lieu en l'espèce.

Les parties ne contestent pas, en effet, qu'elles ont conclu une convention relativement à la vente de l'immeuble de l'appelante avant que la ville n'entame les procédures d'expropriation. L'offre de vente a été dûment signée par l'appelante et a été acceptée par la ville dans le délai prescrit. On ne conteste pas non plus qu'au moment où l'offre a été faite, l'une et l'autre partie envisageaient l'acquisition de gré à gré de l'immeuble par la ville et que ce n'est que par la suite, en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'appelante de donner un titre de propriété incontestable sur cet immeuble, que les procédures d'expropriation ont été entreprises. La question est donc de savoir si, dans les faits de l'espèce, le prix de 500 000 \$, convenu dans le cadre d'une vente de gré à gré, liait également les parties, ainsi que le prétend la ville, dans l'éventualité d'une expropriation.

La ville avance alternativement deux arguments sur ce point. Premièrement, elle allègue qu'une transaction est intervenue entre les parties et, deuxièmement, elle fait valoir que, même s'il n'y a pas eu de transaction, les parties ont conclu une convention que le Tribunal de l'expropriation n'avait pas le droit d'annuler. D'abord, y a-t-il eu transaction?

### 1. *La transaction*

L'article 1918 *C.c.B.-C.* définit ainsi le terme «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.

En l'espèce, il n'y avait pas de litige entre les parties au moment de la signature de l'offre de vente en janvier 1975. La ville prétend, en conséquence, que



ing at that time was to prevent future litigation, i.e. expropriation. The City relies on the evidence of Paré and that of the appellant to show that both parties knew that, if the offer to sell was not successful, the City would expropriate the land. This, in the City's opinion, constitutes the prevention of potential litigation and binds the appellant to the value as established in the offer of sale.

A transaction, however, must resolve litigious questions between parties at the time the contract is made. This is discussed by Mignault, *Le droit civil canadien* (1909), vol. 8, at pp. 302-3:

[TRANSLATION] Commentators thus suggest that a transaction should be defined as a contract by which the parties make mutual sacrifices to resolve a question which seems litigious to them. [Emphasis added.]

In my view, in order for there to be a "litigious" question between the parties, there must be some juridical relationship between them which is in dispute, i.e. a contentious legal question that a court could decide. At the time of the agreement in the present appeal, there was no such relationship. The City had then no power to expropriate the appellant's property: the resolution that gave the City that power had not been passed at the time the offer to sell was signed. While Paré may have threatened possible expropriation, his mandate was only to attempt to purchase the property. There was thus no dispute, no litigious question, nor court proceedings between the parties that were susceptible of being decided by the courts at the time the offer to sell was signed. Judge Dorion was right, in my view, when he concluded (at p. 112):

[TRANSLATION] Neither the facts alleged in the motion nor those entered in evidence establish the first element, which is that the transaction terminate a lawsuit already begun or prevent future litigation. It is apparent from the record that there was no lawsuit between [the City and the appellant] on the date of document R-1 [the offer of sale] or the acceptance by the City.

l'entente avait plutôt pour but d'éviter une contestation à naître, c.-à-d. l'expropriation. La ville, s'appuyant sur les témoignages de Paré et de l'appelante, soutient que les deux parties savaient que, dans l'hypothèse où l'offre de vente ne serait pas acceptée, la ville procéderait à l'expropriation de l'immeuble. Ceci, de l'avis de la ville, constitue une mesure destinée à prévenir un litige éventuel, de sorte que l'appelante est liée en ce qui concerne la valeur fixée à l'offre de vente.

Une transaction doit, toutefois, régler des questions litigieuses entre les parties au moment de la conclusion du contrat. C'est ce dont discute Mignault dans *Le droit civil canadien* (1909), t. 8, aux pp. 302 et 303:

Aussi les commentateurs proposent-ils de définir la transaction comme étant un contrat par lequel les parties tranchent, à l'aide de sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse. [Je souligne.]

Selon moi, il ne peut y avoir de question «litigieuse» entre les parties que s'il existe entre elles un lien juridique quelconque qui fait l'objet d'un différend, c.-à-d. une question de droit litigieuse pouvant être tranchée par les tribunaux. Au moment de la convention présentement en cause, il n'y avait pas de tel lien. La ville ne possédait alors aucun pouvoir d'exproprier l'immeuble de l'appelante: la résolution l'y autorisant n'avait pas encore été adoptée lorsque l'offre de vente a été signée. Bien que Paré ait pu menacer de procéder à une expropriation, il avait pour seul mandat de tenter d'acquérir l'immeuble. Par conséquent, lors de la signature de l'offre de vente, il n'existait entre les parties aucun différend, aucune question litigieuse ni aucune procédure judiciaire susceptible de règlement devant les tribunaux. C'est avec raison, à mon avis, que le juge Dorion a conclu (à la p. 112):

Quant au premier élément voulant que la transaction termine un procès déjà commencé ou prévienne une contestation à naître, ni les faits allégués à la requête ni ceux mis en preuve ne l'établissent. Qu'il n'y ait pas, à la date du document R-1 [l'offre de vente] où de l'acceptation, par la ville, de procès entre [la ville et l'appelante], cela ressort bien clairement du dossier.

And at pp. 112-13:

[TRANSLATION] When, between September 1974 and January 30, 1975, the date on which R-1 was signed, Roméo Paré, representing [the City], met on at least ten occasions with [the appellant], this was in no way because of the existence of a problem between the two parties and for the purpose of preventing future litigation between them. At that point there was no legal relationship between [the City and the appellant]. Exhibit R-1 [the offer of sale] terminated no legal relationship between the two, nor did R-5, the acceptance made later by the City, but only gave rise to a legal situation which had absolutely no existence before. [Emphasis added.]

It is also important to note the text of art. 1918 C.C.L.C. in so far as it concerns "concessions or reservations". The expression "by means of concessions or reservations made by one or both of them" is modified by the expression which precedes it; i.e. "terminate a lawsuit already begun, or prevent future litigation". The concessions or reservations must, therefore, be made in regard to the disputed rights which are the subject of the transaction. Here, there were no concessions by either party relating to their respective rights. The appellant agreed to sell her property and the City agreed to buy it, but there were no concessions or reservations to prevent future litigation, as is required by the very terms of art. 1918 C.C.L.C. As Judge Dorion concluded, at p. 113:

[TRANSLATION] Nothing in Exhibit R-1 [the offer of sale] or in Exhibit R-5 [the City's acceptance of the offer] establishes that there were claims or rights between the two parties on which one of them made concessions or reservations.

The City submits that the negotiations as to the price of the property constitute concessions or reservations. Kaufman J.A., in *Sylvestre v. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 508, discussed the term "concessions" and correctly concluded that it must relate to the litigious rights that are the subject of the transaction, at p. 510:

I stress the words "concessions or reservations" for that, in my view, is precisely what happened: the Appellant's father was prepared to prevent future litigation by

Et, aux pp. 112 et 113:

Quand, à compter du mois de septembre 1974 jusqu'au 30 janvier 1975, date de la signature de R-1, Roméo Paré, représentant de [la ville], rencontre à au moins une dizaine de reprises [l'appelante], ce n'est aucunement à cause de l'existence d'un problème entre les deux parties et dans le but de prévenir une contestation à naître entre les deux. À ce moment-là, il n'y a aucune relation juridique quelconque entre [la ville et l'appelante]. La pièce R-1 [l'offre de vente] ne termine aucune relation juridique entre les deux, non plus que R-5, l'acceptation faite plus tard par la ville, mais ne fait que donner naissance à une situation juridique absolument inexistante auparavant. [Je souligne.]

Il importe, en outre, de souligner la mention de «concessions ou de réserves» au texte de l'art. 1918 C.c.B.-C. L'expression «au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux» est modifiée par le membre de phrase qui la précède, à savoir: «terminent un procès déjà commencé, ou préviennent une contestation à naître». Les concessions ou les réserves doivent donc être faites à l'égard des droits contestés visés par la transaction. En l'espèce, ni l'une ni l'autre partie n'ont fait de concessions touchant leurs droits respectifs. L'appelante a convenu de vendre son immeuble et la ville a accepté de l'acheter, mais il n'y a pas eu de concessions ou de réserves visant à prévenir une contestation à naître, ainsi que l'exigent les termes mêmes de l'art. 1918 C.c.B.-C. Comme l'a conclu le juge Dorion, à la p. 113:

Rien dans la pièce R-1 [l'offre de vente] ni dans la pièce R-5 [l'acceptation de l'offre par la ville] n'établit qu'il y avait entre les deux parties des prétentions ou des droits sur lesquels celle-ci ou l'une d'elles a fait des concessions ou des réserves.

La ville fait valoir que les négociations relatives au prix de l'immeuble constituent des concessions ou des réserves. Le juge Kaufman de la Cour d'appel a traité du terme «concessions» dans l'arrêt *Sylvestre c. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 508, et a conclu, avec raison, que ce terme doit se rapporter aux droits litigieux visés par la transaction (à la p. 510):

[TRADUCTION] J'insiste sur les mots «concessions ou [...] réserves», car, à mon avis, c'est exactement ce qu'il y a eu: le père de l'appellant était disposé à préve-

accepting 26 000\$, and the Respondent agreed to pay this amount for the land . . . . [Emphasis added.]

As mentioned above, there is no evidence to suggest that the price in the offer of sale was "to prevent future litigation". On the one hand, the City did not have the power to expropriate the appellant's land at the time the offer of sale was signed by the appellant, and, on the other, no other evidence was introduced to indicate that negotiations were undertaken and agreement reached in that connection.

No one contests the ability of parties in expropriation proceedings to enter into a transaction once proceedings have been instituted or even before (by way of example, see *Sylvestre, supra*; *Club athlétique Champlain Ltée v. Ministre de la Voirie du Québec*, [1979] C.A. 161; *Louis Donolo Inc. v. Ville de Laval*, [1979] R.P. 17 (C.A.); and *Allard v. Ville de Québec*, [1978] T.E. 463). On the facts of the present case, however, the evidence of such a transaction is simply nonexistent. I fully agree with the conclusion reached by the Expropriation Tribunal that there was no such transaction. The Expropriation Tribunal so found, on a careful analysis of the facts of the case, and in reference to proper principles of law. I can, therefore, find no error which could justify the overturning of its conclusion on this aspect of the case. The Court of Appeal did not examine this question in any depth and did not point to any error on the part of the Expropriation Tribunal, because it was of the view that (at p. 170):

[TRANSLATION] Whether this is a transaction or a contract between the parties, an agreement was made between them as to the amount to be paid.

This leads us to the examination of the second proposition advanced by the City, namely that the parties had entered into a binding agreement as to the amount to be paid by the City in the event of expropriation.

nir une contestation à naître en acceptant 26 000 \$ et l'intimé a convenu d'acheter le bien-fonds à ce prix . . . [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, rien dans la preuve n'indique que le prix stipulé dans l'offre de vente visait à «prévenir une contestation à naître». D'une part, la ville n'avait pas le pouvoir d'exproprier l'immeuble de l'appelante au moment où cette dernière a signé l'offre de vente et, d'autre part, on n'a introduit aucun autre élément de preuve établissant que des négociations avaient été entreprises, et qu'une convention avait été conclue à ce sujet.

Nul ne conteste que les parties à des procédures d'expropriation peuvent conclure une transaction dès que les procédures ont été engagées, ou même avant (à titre d'exemples, voir les affaires *Sylvestre*, précitée, *Club athlétique Champlain Ltée c. Ministre de la Voirie du Québec*, [1979] C.A. 161, *Louis Donolo Inc. c. Ville de Laval*, [1979] R.P. 17 (C.A.), et *Allard c. Ville de Québec*, [1978] T.E. 463). Toutefois, dans les faits de la présente instance il n'y a tout simplement pas de preuve de l'existence d'une telle transaction. Je souscris entièrement à la conclusion du Tribunal de l'expropriation qu'il n'y a pas eu de telle transaction. Le Tribunal de l'expropriation en est arrivé à sa conclusion à la suite d'un examen minutieux des faits de l'affaire et en y appliquant les principes de droit appropriés. Je ne puis, en conséquence, trouver aucune erreur pouvant justifier que soit écartée sa conclusion sur cet aspect du litige. La Cour d'appel n'a pas fait d'étude approfondie de cette question et n'a pas relevé d'erreur commise par le Tribunal de l'expropriation, vu que, selon elle (à la p. 170):

Que ce soit une transaction ou un contrat entre les parties, il est intervenu entre elles une entente sur le montant à être versé.

Voilà qui nous amène à l'examen du second moyen avancé par la ville, soit que les parties avaient conclu une convention qui les liait quant au montant à verser par la ville en cas d'expropriation.

## 2. Agreement

The City submits that, even if the offer of sale did not constitute a transaction, there was sufficient evidence to find that the parties had agreed on the price to be paid upon expropriation; on this view, the sole purpose of the expropriation proceedings was to clarify title, not to set the indemnity. The City advances three arguments in support of this proposition: first, that there was a verbal agreement, prior or subsequent to the signing of the offer of sale, as to the price to be paid upon expropriation; second, that the letter from the appellant's lawyer to the City's notary, suggesting expropriation, supports its contention and third, that the notice of expropriation, and, in particular, the reserve in paragraph 8, confirms such an agreement.

The Expropriation Tribunal, having examined the facts of this case in the context of the motion alleging the existence of a transaction, did not specifically address the issue of whether there was an agreement. The motion before it, of course, did not require such a finding. It seems that the City took a different position on appeal, as it did before us, and relied on the alleged agreement rather than on a transaction. The Court of Appeal found in favour of the City on that ground, basing its conclusion on the two following facts: the letter from the appellant's lawyer, and the reserve, in the notice of expropriation, that the proceedings were [TRANSLATION] "without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party". In so doing, the Court of Appeal implicitly found that the Expropriation Tribunal erred in fixing an indemnity superior to the agreed price. The appellant proposes that the Court of Appeal was in error, while the City reiterates before us the arguments advanced before the Court of Appeal, arguments that I will now examine.

To start with, the offer of sale itself makes no mention whatsoever of a prior verbal agreement regarding expropriation, at that time or prior to the signing of the offer of sale. It is in standard form, and entitled

## 2. La convention

La ville soutient que, même si l'offre de vente ne constituait pas une transaction, il existait une preuve suffisante pour conclure que les parties s'étaient entendues sur le prix à payer en cas d'expropriation. De ce point de vue, les procédures d'expropriation avaient pour seul but de régler la question du titre de propriété et ne visaient nullement à fixer le montant de l'indemnité. La ville invoque trois arguments à l'appui de cette proposition. Premièrement, une convention orale quant au prix à payer en cas d'expropriation est intervenue avant ou après la signature de l'offre de vente. Deuxièmement, sa prétention est étayée par la lettre proposant l'expropriation, adressée par le procureur de l'appelante au notaire de la ville. Troisièmement, l'avis d'expropriation et, en particulier, la réserve énoncée au paragraphe 8 de celui-ci viennent confirmer l'existence d'une telle convention.

Ayant examiné les faits de la présente affaire dans le contexte de la requête alléguant l'existence d'une transaction, le Tribunal de l'expropriation n'a pas abordé explicitement la question de savoir s'il y a eu convention. À tout événement, la requête dont il était saisi ne nécessitait pas qu'il se prononce sur ce point. Or, il semble que la ville ait adopté une position différente en Cour d'appel, comme elle l'a fait d'ailleurs devant nous, et qu'elle ait invoqué la convention alléguée plutôt que la transaction. La Cour d'appel a retenu ce moyen, fondant sa conclusion sur les deux éléments suivants: la lettre de l'avocat de l'appelante et la réserve, énoncée dans l'avis d'expropriation, selon laquelle les procédures étaient «sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée». Ce faisant, la Cour d'appel a implicitement conclu que le Tribunal de l'expropriation avait commis une erreur en fixant une indemnité plus élevée que le prix convenu. L'appelante prétend qu'en cela la Cour d'appel a eu tort tandis que la ville reprend devant nous les arguments qu'elle a avancés en Cour d'appel et que je vais maintenant examiner.

Il faut préciser, au départ, que l'offre de vente elle-même ne fait aucune mention d'une convention orale préalable concernant l'expropriation, qui aurait été conclue au moment de la signature de l'offre de vente

“Offre de vente”. The appellant simply promises to sell her property to the City, free of all charges, for a set price, should the City accept it. None of the conditions of the offer mention that expropriation proceedings were contemplated nor were to be resorted to in order to clarify title should the appellant vendor not be able to provide it, let alone mention the amount to be paid upon such expropriation. Had there been such an agreement, given that both parties were aware of the title problems, the offer of sale would have provided an excellent opportunity either to discuss or to mention this subsidiary agreement.

The acceptance of the offer of sale on the part of the City again provides no indication of the alleged agreement, and its resolution authorizing the acceptance of the offer makes no mention of it but simply reads:

[TRANSLATION] To accept the offer of [the appellant] dated January 30, 1975 for the sale to the City of Longueuil of lots . . . for the price and sum of \$500,000.00, the said sum to be payable in cash upon signature of the deed of sale.

In fact, the resolution specifically refers to a sale of the land at a price of \$500,000, to be paid at the signature of the deed of sale, and not at any other time, such as upon expropriation. Despite the fact that there was no written agreement regarding the possibility of expropriation and that no mention to that effect was made in the offer, as evidence that there was such an agreement, the City relies on the testimony of its own representative, Paré, in particular, the following passage:

[TRANSLATION]

Q. Now, when you mentioned a moment ago that there had been some question of title, what did Mrs. Picotte [the appellant] tell you?

A. That's when she told me what had happened twenty-five (25) years before, how there was someone who had sold the land for her and was not entitled to do so. She described most of it to me, it was back on appeal, to which I said “If that's the problem, if you agree with our agreement, you can sign, I'll make a

ou avant cette signature. Il s'agit d'une formule standard intitulée «Offre de vente». L'appelante ne fait que promettre de vendre franc et quitte de toutes charges et à un prix déterminé, son immeuble à la ville si jamais celle-ci acceptait son offre. Aucune mention n'est faite à l'offre de procédures d'expropriation envisagées ni qu'on devait y avoir recours pour clarifier le titre de propriété au cas où la vendeuse appelante ne pourrait le faire. Encore moins y est-il question de l'indemnité à verser lors de cette expropriation. Vu que les deux parties connaissaient les problèmes reliés au titre de propriété, s'il y avait eu une telle convention l'offre de vente aurait fourni une excellente occasion soit de discuter de cette convention accessoire ou d'en faire mention.

Il n'y a rien non plus dans l'acceptation de l'offre de vente par la ville qui permette de conclure à l'existence de la convention alléguée. La résolution de la ville autorisant l'acceptation de l'offre ne mentionne pas la convention, mais précise simplement:

D'accepter l'offre de [l'appelante], datée du 30 janvier 1975, pour la vente à la Ville de Longueuil des lots [ . . . ] pour le prix et somme de \$500,000.00, laquelle somme sera payable comptant à la signature de l'acte de vente.

En fait, la résolution réfère expressément à la vente de l'immeuble au prix de 500 000 \$, à payer lors de la signature de l'acte de vente et non à un autre moment comme lors de l'expropriation, par exemple. Malgré l'absence d'une convention écrite concernant la possibilité d'exproprier et bien que l'offre ne mentionne rien à ce sujet, la ville s'appuie comme preuve de l'existence d'une telle convention, sur le témoignage de son propre représentant Paré et, en particulier, sur le passage suivant:

Q. Maintenant, quand vous avez mentionné tout à l'heure, qu'il avait été question des titres, qu'est-ce que vous a dit Madame Picotte [l'appelante]?

R. C'est là qu'elle m'a conté ce qui était arrivé vingt-cinq (25) ans auparavant, comme de quoi il y avait quelqu'un qui avait vendu la terre pour elle, puis il n'avait pas le droit. Elle m'a décrit à peu près le gros, c'était revenu en appel, à laquelle j'ai dit: «Si c'est ça le problème, si vous êtes d'accord de notre

report to the Council for it to hear me”, so that the legal department could take the necessary steps to go ahead with the expropriation and clear up the title.

Q. What was her reaction?

A. She said: “I’ll talk to my lawyer, Mr. Boissonneault”.

This testimony, however, was directly contradicted by the appellant:

[TRANSLATION]

Q. Did you mention to Mr. Paré the problems you were having — what you just said in court?

A. Yes, I mentioned to him that I was unable to sell, that I was not the real owner because, since it was in court, the real owner had to be determined in court.

Q. Did Mr. Paré say to you: if we agree on a price we will arrange matters to clarify the title and resolve the doubts about it?

A. No.

Q. He never said it was important to . . . (interrupted)

A. No. [Emphasis added.]

Although the Expropriation Tribunal was mainly concerned with the issue of transaction, it heard much evidence relating to the alleged agreement, some of it quite contradictory. It is on this same evidence that the City relies in attempting to prove the alleged agreement. Having reviewed such testimonial evidence in the light of the agreement argument and without pronouncing on the credibility of witnesses (the Expropriation Tribunal did not make an express finding of credibility), the evidence as a whole does not support the City’s claim on a balance of probabilities, an onus it had to discharge in order to succeed.

Besides the silence of the offer of sale itself and the inconclusive testimonial evidence, nothing in the written material filed in the record supports the City’s contention that prior to the offer of sale the

entente, vous allez signer, je vais faire un rapport au conseil pour qu’il m’entende», pour que le contentieux pour (*sic*) prendre les procédures nécessaires pour aller en expropriation pour clarifier les titres.

<sup>a</sup> Q. Qu’est-ce qu’a été sa réaction?

R. Elle a dit: «Je vais en parler à mon avocat, Me Boissonneault».

<sup>b</sup> Ce témoignage a, toutefois, été directement contredit par l’appelante:

<sup>c</sup> Q. Est-ce que vous avez mentionné à Monsieur Paré les problèmes que vous aviez, que vous venez de dire en Cour?

<sup>d</sup> R. Oui, je lui ai mentionné que je ne pouvais pas vendre, que j’étais pas la réelle propriétaire parce que vu que c’était en Cour, il fallait que ça détermine le réel propriétaire.

<sup>e</sup> Q. Est-ce que Monsieur Paré vous a mentionné: si on s’entend sur un prix, on s’organisera pour faire clarifier (*sic*) le titre pour purger le titre?

R. Non.

<sup>f</sup> Q. Il n’a jamais mentionné qu’il était important de . . . (interrompu)

R. Non. [Je souligne.]

<sup>g</sup> Quoique le Tribunal de l’expropriation se soit penché principalement sur la question de savoir s’il y avait eu transaction, il a entendu une preuve élaborée, parfois tout à fait contradictoire, concernant la convention qu’auraient conclue les parties. C’est sur cette même preuve que la ville s’appuie pour tenter de démontrer l’existence de la convention alléguée. <sup>h</sup> Ayant examiné cette preuve testimoniale sous l’angle de la convention et sans me prononcer sur la crédibilité des témoins (le Tribunal de l’expropriation ne s’est pas exprimé expressément à cet égard), la prépondérance de la preuve, selon la balance des probabilités, dont la ville avait la charge, n’appuie pas les prétentions de la ville. <sup>i</sup>

<sup>j</sup> Mis à part le mutisme de l’offre de vente elle-même et le caractère non concluant de la preuve testimoniale, il n’y a dans les documents versés au dossier rien qui justifie la prétention de la ville qu’anté-

parties even discussed, let alone agreed to, either the value of the land for purposes of expropriation or to the indemnity to be paid by the City in case of expropriation. This, in my view, puts this aspect of the City's argument to rest.

Absent such prior agreement, the City submits that there was a subsequent agreement to the same effect. It relies on two facts: first, on the appellant's lawyer's letter to the City's notary, which I reproduced earlier, and second, on the notice of expropriation. I will first deal with the appellant's lawyer's letter. While proposing expropriation as a way of acquiring clear title, such letter, the City submits, also supports its contention that the price agreed upon previously would also govern in the event of expropriation proceedings. The City argues, in its factum, at p. 13, that:

[TRANSLATION] It is thus clear that the intention of the parties in proceeding by expropriation was to clarify the title, at a time when an agreement had been reached as to the amount.

Although the Expropriation Tribunal did not analyze the letter in the context of a possible agreement, it did discuss it (at p. 114):

[TRANSLATION] Neither does the subsequent letter from the lawyer for Mrs. Picotte [the appellant] of July 23, 1975 . . . constitute a refusal by [the appellant] to give effect to her offer of sale.

The Court of Appeal, for its part, attached great significance to it (at p. 170):

[TRANSLATION] That leaves expropriation, as a remedy open to the City. Moreover, according to the evidence it was counsel for [the appellant] who suggested this solution.

The Court of Appeal inferred, from the text of the letter, that the parties had agreed on the indemnity of \$500,000 in the event of expropriation. In my view, on the basis of that letter alone, no such inference can be drawn. Coupled with the whole of the evidence, this inference cannot stand.

rieurement à l'offre de vente, les parties aient même discuté, et encore moins convenu, de la valeur de l'immeuble aux fins d'expropriation ou du montant de l'indemnité à payer par la ville dans cette éventualité. Ceci, selon moi, permet d'écarter cet aspect de l'argument de la ville.

Dans l'hypothèse de l'inexistence d'une telle convention antérieure, la ville soutient qu'une convention subséquente a été conclue dans le même sens. Ce moyen repose sur deux éléments: premièrement, la lettre, reproduite plus haut, adressée par le procureur de l'appelante au notaire de la ville, et deuxièmement, l'avis d'expropriation. Je traite d'abord de la lettre du procureur de l'appelante. Bien que proposant l'expropriation comme mode d'acquisition d'un titre de propriété incontestable, cette lettre, prétend la ville, appuie aussi sa prétention que le prix déjà convenu s'appliquerait également dans l'éventualité de procédures d'expropriation. La ville fait valoir, dans son mémoire, à la p. 13:

Il est donc clair que l'intention des parties de procéder par expropriation était de clarifier le titre et ceci, à un moment où une entente était intervenue quant au montant.

Quoique le Tribunal de l'expropriation n'ait pas analysé cette lettre dans le contexte de la conclusion d'une convention, il en a tout de même parlé (à la p. 114):

La lettre subséquente de l'avocat de madame Picotte [l'appelante] du 23 juillet 1975 [. . .] ne constitue pas, elle non plus, un refus de [l'appelante] de donner suite à son offre de vente.

Quant à la Cour d'appel, elle en a fait grand état (à la p. 170):

Reste donc l'expropriation, comme recours ouvert à la ville. D'ailleurs, c'est le procureur de [l'appelante] qui, selon la preuve, a suggéré cette solution.

La Cour d'appel a conclu, du texte de la lettre, que les parties s'étaient entendues sur le versement d'une indemnité de 500 000 \$ en cas d'expropriation. À mon avis, sur la seule foi de cette lettre on ne saurait tirer une telle inférence. Dans le contexte de l'ensemble de la preuve, cette inférence ne tient pas.

While that letter makes it clear that the appellant's lawyer suggested that the City could proceed by way of expropriation to obtain clear title, that letter, in my view, suggests nothing else. In particular, the letter does not allude, in any form or manner, to an agreement as to the price to be paid, should the City choose the expropriation route. In the City's view, the mere initiative taken in suggesting expropriation proceedings confirms the agreement between the parties as to the price of \$500,000. It is, in my view, totally irrelevant, absent other indicia of the will of the parties, that the lawyer suggested expropriation proceedings. These were already contemplated by the City at the outset and, then later, when such proceedings were specifically authorized by resolution. The resolution did not refer to any such agreement and contains no restriction as to the purpose of expropriation, for example, to clarify title only. Further, the City was not bound by such a letter and was well aware that there was no other way to obtain clear title within a relatively short period of time. The City did not seem willing to wait further before taking possession of the property, which was in fact its main interest in proceeding to expropriation.

While the letter in question may well have suggested that, had the appellant been able to deliver clear title, she would have been willing to abide by the agreement to sell by mutual consent, one may equally speculate whether, had the appellant's title been clear, she would have entered into the agreement at all. According to the evidence as found by the Expropriation Tribunal, the appellant signed, on the one hand due to the insistence of Paré, and on the other, on the advice of her lawyer that the offer of sale was null since she could not give clear title as stipulated in the offer. Given the discrepancy of more than one million dollars between the City's offer and the assessed value of the land at the time, as well as the misrepresentation by Paré in that respect (an express finding of the Expropriation Tribunal), it would be pure speculation to assume that an agreement for a sale price of \$500,000 would ever have

Bien qu'il se dégage nettement de cette lettre que l'avocat de l'appelante a indiqué que la ville pouvait procéder par voie d'expropriation pour l'obtention d'un titre de propriété incontestable, c'est tout ce qui s'en dégage d'après moi. En particulier, la lettre ne fait de quelque façon que ce soit allusion à une entente quant au prix à payer si la ville décidait de procéder à l'expropriation. De l'avis de la ville, le seul fait de proposer l'expropriation confirme l'existence d'une convention entre les parties fixant le prix de 500 000 \$. Selon moi, en l'absence d'autres indices de la volonté des parties, le fait que le procureur ait proposé le recours à l'expropriation n'a pas la moindre pertinence. En effet, l'expropriation avait déjà été envisagée par la ville au départ et elle l'a envisagée de nouveau par la suite lorsque des procédures d'expropriation ont été expressément autorisées par résolution. La résolution ne faisait mention d'aucune convention de ce genre et n'énonçait aucune restriction quant à l'objet de l'expropriation, comme, par exemple, simplement de clarifier le titre de propriété. De plus, la ville n'était pas liée par une telle lettre et était bien au courant qu'il n'y avait aucun autre moyen d'obtenir un titre de propriété incontestable dans un délai relativement bref. La ville ne semblait pas disposée à attendre plus longtemps pour prendre possession de l'immeuble, et c'est surtout cela, en réalité, qui l'a incitée à procéder à l'expropriation.

Certes, la lettre en question a bien pu laisser entendre que si elle avait été en mesure de transmettre un titre de propriété incontestable, l'appelante aurait été prête à respecter le contrat de vente de gré à gré, mais on peut également se demander si, dans l'hypothèse où elle avait possédé un titre de propriété incontestable, l'appelante aurait même conclu ce contrat. D'après les conclusions que le Tribunal de l'expropriation a tirées de la preuve, l'appelante a signé, d'une part, en raison de l'insistance de Paré et, d'autre part, parce que son procureur lui avait dit que l'offre de vente était nulle vu qu'elle ne pouvait donner un titre de propriété incontestable, tel que stipulé dans l'offre. Étant donné l'écart de plus d'un million de dollars entre l'offre de la ville et la valeur estimée de l'immeuble à l'époque et compte tenu également des fausses représentations de Paré à ce sujet (une conclusion de fait expresse du Tribunal de l'expro-



been entered into between the parties had the appellant's title been clear or, if so, whether such an agreement would have withstood judicial scrutiny. Given that context, the lawyer's suggestion regarding expropriation cannot be taken as meaning anything other than a suggested solution for the acquisition of the property by the City.

The appellant's counsel testified before the Expropriation Tribunal precisely on that issue:

[TRANSLATION]

A. It [the letter from the City's notary regarding title problems] said that the notary wished to examine the title. Additionally, you will see that I gave — I wrote the notary that it was not worth examining the title, it is easy to understand, Mrs. Lambert had proceedings in the Court of Appeal and as long as the Court of Appeal had not made a ruling, there was no use thinking about doing anything with Mrs. Lambert's land. [Emphasis added.]

And:

[TRANSLATION]

A. I said to the notary: "There have been two times when the Superior Court by cancellation" — that's what I said to Mr. Paré — "to remove the promise of sale and the transfer of rights [of the third party contesting ownership], there has to be a cancellation in the Superior Court". It was then he said: "We have good lawyers", I knew he could not bypass the Court of Appeal, I said: "Proceed by cancellation in the Superior Court or by expropriation, let the City discharge its responsibilities, let it make its choice, but we cannot proceed as you suggest in your letter of July 16".

Q. One can't give you clear title, if you want clear title?

A. We cannot make a transaction with you, do business with you, that's what I had in mind.

riation), ce serait de la pure spéculation que de supposer qu'une convention de vendre au prix de 500 000 \$ serait jamais intervenue entre les parties si l'appelante avait possédé un titre de propriété incontestable ou, dans l'affirmative, si une telle convention aurait su résister à un examen judiciaire. Vu ce contexte, la suggestion du procureur relativement à l'expropriation ne saurait être considérée comme autre chose que la proposition d'une solution au problème de l'acquisition de l'immeuble par la ville.

Le procureur de l'appelante a témoigné précisément sur cette question, devant le Tribunal de l'expropriation:

R. Ça disait [la lettre du notaire de la ville concernant les problèmes de titre] que le notaire voulait examiner les titres. D'ailleurs, vous allez voir que je lui ai donnée, j'ai écrit au notaire que c'est pas la peine d'examiner les titres, c'est facile à comprendre, Madame Lambert a des procès à la Cour d'Appel tant et aussi longtemps que la Cour d'Appel ne sera pas prononcée, on ne peut pas penser à passer quoique ce soit sur la terre de Madame Lambert. [Je souligne.]

Puis:

R. J'ai dit au notaire: «Il y a deux (2) fois où la Cour Supérieure par radiation, c'est ce que j'avais dit à Monsieur Paré pour enlever la promesse de vente puis la cession des droits [du tiers contestant le droit de propriété], il faut une radiation devant la Cour Supérieure.» C'est là qu'il avait dit: «On a des bons avocats», je savais qu'il ne pouvait pas passer par-dessus la Cour d'Appel, j'ai dit: «Procédez par radiation devant la Cour Supérieure ou par expropriation, que la Ville prenne ses responsabilité (*sic*), qu'elle fasse son choix, mais qu'on ne peut pas procéder comme vous l'entendez dans votre lettre du seize (16) juillet.»

Q. On n'est pas capable de vous donner un titre clair, si vous voulez un titre clair?

R. On ne peut pas faire de transaction avec vous, faire affaires avec vous, c'est ça que j'avais en tête.

A. So, you can see in this legal opinion what I am once again repeating, that we cannot do business. [Emphasis added.]

From this, I take it that, according to the appellant's counsel, from the beginning of the whole saga, there was no way an agreement could have been entered into between the parties and there was no point in pursuing that route. The whole affair was terminated as far as he was concerned.

It is difficult, if not impossible, to conclude, in light of the appellant's counsel's testimony and the whole of the evidence, that the letter in question can be read as an agreement as to the price to be paid by the City upon expropriation. Had this been the intent of the parties, nothing prevented them from entering into a further agreement to that effect prior to the expropriation or, for that matter, at any stage after the expropriation proceedings had been instituted.

In addition to that letter, the City relies on paragraph 8 of its notice of expropriation, which is worth reproducing here again:

[TRANSLATION] The object of the present proceeding by the expropriating party is to obtain possession of the premises and clear title as quickly as possible, and it is undertaken without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party . . . [Emphasis added.]

Such a vague caveat as [TRANSLATION] "without prejudice to its rights . . ." does not, in my opinion, by itself, establish that there was an agreement as to the indemnity. There is no specific reference to a particular agreement, no detail as to date, content, and most importantly, price. One would have expected that, in the normal course of things, a party claiming such an agreement would, at a bare minimum, explicitly allege the existence of that agreement, if not the specifics of the agreement. Not only did the City not refer to a specific agreement but, in its motion for prior possession, it specifically stated that there was no such agreement:

[TRANSLATION] [T]he expropriating party offered the sum of \$500,000.00 as an indemnity and the expropriated party has not yet accepted this offer; [Emphasis added.]

R. Alors vous pouvez constater dans cette opinion légale ce que je vous répète encore qu'on ne peut pas faire d'affaires. [Je souligne.]

J'en déduis que, selon le procureur de l'appelante, une convention entre les parties était impossible dès le tout début de toute cette histoire et il était inutile de tenter d'en conclure une. En ce qui le concernait, il n'y avait plus rien à faire.

Il est difficile, voire impossible, de conclure, à la lumière du témoignage du procureur de l'appelante et compte tenu de l'ensemble de la preuve, que la lettre en cause peut s'interpréter comme une convention quant au prix à payer par la ville en cas d'expropriation. Si telle était l'intention des parties, rien ne les empêchait de conclure une nouvelle convention en ce sens avant l'expropriation ou même à n'importe quel moment après le début des procédures d'expropriation.

Outre cette lettre, la ville invoque le paragraphe 8 de son avis d'expropriation, qu'il convient de reproduire encore une fois ici:

La présente procédure de l'expropriante a pour objet d'obtenir le plus rapidement possible, la possession des lieux et un titre clair de propriété, et est faite sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée . . . [Je souligne.]

J'estime qu'une réserve aussi vague que «sans préjudice à ses droits . . .» n'établit pas en soi l'existence d'une convention quant au montant de l'indemnité. Il n'y est fait mention expresse d'aucune convention en particulier; on ne retrouve pas de précisions concernant la date, le contenu et, surtout, le prix. Or, on aurait pu s'attendre normalement qu'une partie invoquant une telle convention eût, à tout le moins, explicitement allégué l'existence de cette convention, à défaut d'en donner les détails. Non seulement la ville n'a pas invoqué une convention précise mais, dans sa requête en possession préalable, elle a affirmé sans équivoque qu'il n'y avait pas de telle convention:

[L]'expropriante a offert la somme de \$ 500,000.00 à titre d'indemnité et l'expropriée n'a pas encore accepté cette offre; [Je souligne.]

This judicial admission was never retracted. How, then, can the City now claim that the appellant had agreed, prior to the expropriation proceedings, to an indemnity of \$500,000? In that context, the mere assertion, in the notice of expropriation, of [TRANSLATION] “without prejudice . . .” smacks rather of the usual caution that lawyers insert in proceedings as a matter of course, and cannot, here, particularly in view of the subsequent events revealed by the evidence, be given the significance the City and the Court of Appeal attached to it.

In that respect, the appellant points out that the City renounced any right it might have claimed in the offer of sale by mutual consent when it instituted expropriation proceedings. The Expropriation Tribunal expressly found so (at p. 115):

[TRANSLATION] It [the City] renounced making payment of the agreed sum of \$500,000 upon signature of this notarial deed, as provided, once again, in Exhibit R-1 [the offer of sale]. As to [the appellant], by following the expropriating party in the path of expropriation, she waived the right to require payment of the agreed sum of \$500,000 for the sale of her property by mutual consent.

The parties consequently find themselves back in the same position as before the offer of sale, not only with regard to the giving of title but also with regard to the indemnity to be paid to the expropriated party.

The Court of Appeal disagreed in the following terms (at pp. 170-71):

[TRANSLATION] While the City took the initiative of expropriation proceedings, it nonetheless stated in paragraph 8 of its notice that the purpose of the proceeding was to obtain possession of the immovable property as quickly as possible and that this proceeding “is undertaken without prejudice to its rights and remedies resulting from any deed or agreement already concluded with the expropriated party”.

In such a context, does the notice of expropriation have the effect of completely overriding any agreement concluded between the parties? With respect for the contrary view, I do not think so. By alleging the existence of a binding agreement and by expropriating without prejudice to its rights, the City was simply exercising the only remedy available to it to give effect to the

Cet aveu judiciaire n'a jamais été rétracté. Comment alors la ville peut-elle prétendre maintenant que l'appelante avait accepté, antérieurement aux procédures d'expropriation, une indemnité de 500 000 \$? Dans ce contexte, le simple emploi, dans l'avis d'expropriation, de l'expression «sans préjudice . . .» tient plutôt de la réserve d'usage que les avocats insèrent automatiquement dans les actes de procédure et on ne saurait en l'espèce, compte tenu particulièrement des événements subséquents révélés par la preuve, accorder à cette expression l'importance que lui ont prêtée la ville et la Cour d'appel.

L'appelante fait remarquer à ce propos que dès que la ville a entamé les procédures d'expropriation, cette dernière a renoncé à tout droit auquel elle aurait pu prétendre aux termes de l'offre de vente de gré à gré. C'est ce qu'a expressément conclu le Tribunal de l'expropriation (à la p. 115):

Elle [la ville] a renoncé à faire le paiement de la somme convenue de 500 000 \$ à la signature de cet acte notarié, tel que toujours prévu à la pièce R-1 [l'offre de vente]. Quant à [l'appelante], en suivant l'expropriante sur le terrain de l'expropriation, elle a renoncé à exiger le paiement d'un montant convenu de 500 000 \$ pour la vente de gré à gré de sa propriété.

Les parties se trouvent donc replacées dans le même état qu'avant l'offre de vente et ceci non seulement pour la fourniture d'un titre de propriété mais également pour l'indemnité à être payée à l'expropriée.

La Cour d'appel a rejeté ce point de vue en ces termes (aux pp. 170 et 171):

Si la ville prend l'initiative des procédures d'expropriation, elle y précise cependant, au paragraphe 8 de son avis, que l'objet de la procédure est d'obtenir la possession de l'immeuble le plus rapidement possible et que cette procédure «est faite sans préjudice à ses droits et procédures résultant de tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée».

Dans un tel contexte, l'avis d'expropriation a-t-il pour effet de mettre complètement de côté toute entente intervenue entre les parties? Avec égards pour l'opinion contraire, je ne le crois pas. En alléguant l'existence d'une convention intervenue et en expropriant, sans préjudice à ses droits, la ville n'a fait qu'exercer le seul recours dont elle disposait pour donner suite à l'entente, prendre

agreement, to rapidly take possession of the land required for the outdoor recreation area and to clarify the title.

The Court of Appeal seems to have relied on this sole piece of evidence to reverse the Expropriation Tribunal's conclusions on that point. There are, however, a number of other significant facts which had a bearing on the conclusion of the Expropriation Tribunal and which I will discuss here.

The notice of expropriation was a unilateral act on the part of the City. Whatever is alleged therein remains only the contention of one party, a contention that the other party may well not agree with. It is one thing for the City to assert that it wanted to expropriate in order to acquire [TRANSLATION] "clear title" and to pretend that there was an agreement as to the indemnity; it is quite another, however, to conclude that the appellant agreed with such an affirmation. It becomes important, then, to examine what ensued, to shed light on the proper interpretation of the parties' intent, as regards that notice.

As I already mentioned, while reserving its rights to [TRANSLATION] "any deed or agreement already concluded with the expropriated party", the City did not produce or refer in any detail to such an agreement. Besides, in its motion for prior possession, as already indicated, the City made particular mention of the appellant's refusal to accept the amount of \$500,000 [TRANSLATION] "as an indemnity", a fact that Judge Dorion did not fail to comment upon (at p. 115):

[TRANSLATION] How is it reasonably possible to conclude that there can be any other legal solution [other than renunciation], when in its motion for prior possession in the expropriation proceeding the City of Longueuil mentions, in paragraph 4, that *its right of expropriation is established in view of the failure by the expropriated party to contest within the time limits?* In paragraph 5, it offers the sum of \$500,000 *as an indemnity and the expropriated party has not yet accepted this offer.* In the conclusion of this motion it asks the Court to acknowledge the deposit of \$500,000, "namely the amount of the indemnity offered". It should be noted that all the facts alleged in this motion are supported by

possession rapidement des terrains requis pour constituer la base de plein air et clarifier les titres.

La Cour d'appel semble s'être fondée sur ce seul élément de preuve pour écarter les conclusions du Tribunal de l'expropriation sur ce point. Un certain nombre d'autres faits importants, dont je vais maintenant discuter, ont toutefois influé sur la décision du Tribunal de l'expropriation.

L'avis d'expropriation était un acte unilatéral de la ville. Les allégations y contenues ne représentent que l'opinion d'une partie et il se peut bien que l'autre partie ne partage pas cette opinion. Que la ville affirme avoir voulu procéder à l'expropriation afin d'acquérir «un titre clair de propriété» et qu'elle allègue l'existence d'une convention quant au montant de l'indemnité, c'est une chose. C'est une toute autre chose, cependant, que de conclure que l'appellante était d'accord avec cette assertion. Il importe, en conséquence d'examiner ce qui s'en est suivi pour jeter de la lumière sur l'interprétation à donner à l'intention des parties en ce qui concerne l'avis susmentionné.

Comme je l'ai déjà mentionné, la ville, tout en se réservant ses droits découlant de «tout acte ou convention déjà intervenu avec l'expropriée», n'a pas déposé cette convention ni n'y a référé en détail. Par ailleurs, dans sa requête en possession préalable, comme je l'ai indiqué précédemment, la ville a expressément mentionné le refus de l'appellante d'accepter la somme de 500 000 \$ «à titre d'indemnité», un fait que le juge Dorion n'a pas manqué de commenter (à la p. 115):

Comment conclure raisonnablement à une autre solution juridique [autre que la renonciation], alors que dans sa requête pour fins de possession préalable, dans le cadre de la procédure d'expropriation, la ville de Longueuil mentionne, au paragraphe 4, que *son droit d'expropriation est établi, vu le défaut de l'expropriée de l'avoir contesté dans les délais.* Au paragraphe 5, elle offre la somme de 500 000 \$ *à titre d'indemnité et que l'expropriée n'a pas encore accepté cette offre.* Dans les conclusions de cette requête, elle demande qu'il y soit donné acte du dépôt de 500 000 \$ «soit le montant de l'indemnité offerte.» Il est à noter que tous les faits allégués dans cette requête sont supportés de l'affidavit

the affidavit of counsel for the expropriating party, that the motion was not contested and that all the facts alleged in it are taken as proven. [First and second emphasis in original; third emphasis added.]

Further, the appellant, in February 1977, brought a motion before the Superior Court, to [TRANSLATION] “withdraw the indemnity in accordance with s. 55 of the Expropriation Act”, S.Q. 1973, c. 38. In this motion, the appellant specifically concluded that her request to withdraw the provisional amount offered be without prejudice to her right to claim a greater indemnity in the expropriation proceedings. If the City was intending to rely on its previous agreement as to the indemnity, an appropriate stance would have been to challenge this conclusion, allowing the withdrawal of the deposit only, under reserve of the alleged binding agreement. Instead, the motion went uncontested, with the appellant, consequently, having every reason to believe that the indemnity would be determined by the Expropriation Tribunal.

Perhaps most importantly, on August 1, 1977, the appellant moved, before the Superior Court, for the case to be referred to the Expropriation Tribunal, claiming:

[TRANSLATION] 5. The expropriated party refuses to accept this offer and wishes to refer this case to the Expropriation Tribunal so the latter may fix the fair and equitable indemnity to which it is entitled; [Emphasis added.]

The motion concludes:

[TRANSLATION] TO REFER this case to the Expropriation Tribunal so the latter may fix the indemnity to which the expropriated party is entitled; [Emphasis added.]

Here, the appellant unequivocally asked the Expropriation Tribunal to determine the proper value of the land, making no reference to any agreement, yet, again, the City did not oppose it. In fact, by judgment of the Superior Court, the motion was [TRANSLATION] “granted by consent”. I find it difficult to understand how the City could consent to a motion whose sole purpose was to have the Expropriation Tribunal determine the just value of the property, and then,

de l’avocat de l’expropriante, que cette requête n’a pas été contestée et que tous les faits y sont allégués sont tenus pour avérés. [Je souligne.]

a

De plus, en février 1977, l’appelante a saisi la Cour supérieure d’une requête visant à faire «retirer l’indemnité suivant l’article 55 de la Loi de l’expropriation», L.Q. 1973, ch. 38. Dans cette requête, l’appelante a demandé expressément que sa demande de retrait du montant provisionnel offert soit sans préjudice à son droit de réclamer une indemnité plus élevée dans le cadre des procédures d’expropriation. Or, si la ville entendait invoquer sa convention antérieure quant au montant de l’indemnité, elle aurait dû contester cette conclusion et ne permettre le retrait du dépôt que sous réserve de la prétendue convention liant les parties. Mais la requête n’a pas été contestée, de sorte que l’appelante était en droit de croire que c’était le Tribunal de l’expropriation qui fixerait le montant de l’indemnité.

b

c

d

e

Fait le plus révélateur peut-être: le 1<sup>er</sup> août 1977, l’appelante a présenté en Cour supérieure une requête visant à faire déférer l’affaire au Tribunal de l’expropriation. Sa requête portait notamment:

f

5. L’expropriée refuse d’accepter cette offre et désire déférer la présente cause au Tribunal d’Expropriation pour faire fixer l’indemnité juste et équitable à laquelle elle a droit; [Je souligne.]

g

La requête conclut ainsi:

h

DÉFÉRER la présente cause au Tribunal d’Expropriation pour faire fixer l’indemnité à laquelle l’expropriée a droit; [Je souligne.]

i

j

Ici, l’appelante demande carrément au Tribunal de l’expropriation de déterminer la juste valeur de l’immeuble, sans mention de quelque convention, et pourtant la ville, une fois de plus, ne s’y est pas opposée. De fait, la requête a été «accordée de consentement» par un jugement de la Cour supérieure. J’ai peine à comprendre comment la ville a pu donner son consentement à une requête visant uniquement à faire déterminer la juste valeur de l’immeuble en cause par

four years later, claim that the parties had an agreement upon which the City intended to rely.

Finally, when the appellant filed her detailed claim, on September 26, 1977, the City did not register any protest. Nor did it make any mention of the alleged agreement when, on April 26, 1978, it filed its specific offer of \$500,000 as the indemnity to be set by the Expropriation Tribunal, a fact upon which Judge Dorion comments (at p. 116):

[TRANSLATION] Moreover, even three years after the expropriation file was opened, in filing its declaration of indemnity with the Tribunal on April 26, 1978, the expropriating party did not even allege that there had been a transaction, but behaved as if it were a genuine bona fide expropriating party offering an indemnity of \$500,000 to be fixed by the Tribunal.

In none of the proceedings which followed the notice of expropriation was there any indication of an intention on the part of the City to rely on its alleged agreement. After choosing the path of expropriation, and travelling along it for six years without any sign of deviation, the City can hardly pretend now that an agreement was reached and that it was always its intention to rely on such agreement as to the indemnity in the event of expropriation. The reserve in the notice of expropriation, heavily relied upon by the Court of Appeal, when examined in the context of the whole of the evidence and, in particular, of the six years of expropriation proceedings, does not support its conclusion. On the contrary, it is fully supportive of the findings and conclusions of the Expropriation Tribunal.

Moreover, the City could not unilaterally change the terms of the agreement, the whole purpose of which was to acquire the property by mutual agreement. Nor can the City, which chose not to pursue the agreement, extract from it that part which suited itself, namely the very advantageous price, without the counterpart, the impossibility of obtaining clear title in that fashion. An agreement cannot be selectively enforced in that way. There is no indication whatsoever that the appellant agreed to modify the agreement of sale by mutual consent in that fashion. Given the above, the arguments advanced by the City

le Tribunal de l'expropriation, pour soutenir, quatre ans plus tard, qu'il existait entre les parties une convention qu'elle entendait invoquer.

Finale­ment, quand l'appelante a déposé sa réclamation détaillée, le 26 septembre 1977, la ville n'a pas protesté. Elle n'a pas non plus mentionné la prétendue convention lorsque, le 26 avril 1978, elle a déposé son offre précise de 500 000 \$ comme montant de l'indemnité à fixer par le Tribunal de l'expropriation, un fait que commente le juge Dorion (à la p. 116):

D'ailleurs, même trois ans après l'ouverture du dossier d'expropriation, en déposant sa déclaration d'indemnité au Tribunal le 26 avril 1978, l'expropriante n'allègue même pas, encore là, qu'il y a eu transaction, mais elle se comporte comme une véritable expropriante de bonne foi offrant une indemnité de 500 000 \$ à être fixée par le Tribunal.

Aucune des procédures qui ont suivi l'avis d'expropriation ne traduit une intention de la part de la ville d'invoquer sa prétendue convention. Après avoir choisi la voie de l'expropriation et avoir continué résolument dans cette voie pendant six ans, la ville ne saurait guère prétendre maintenant qu'une convention est intervenue quant à l'indemnité à payer en cas d'expropriation et qu'elle a toujours eu l'intention d'invoquer cette convention. Examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve et, en particulier, des six années pendant lesquelles ont duré les procédures d'expropriation, la réserve qui est exprimée dans l'avis d'expropriation, et dont la Cour d'appel a fait grand état, n'appuie pas sa conclusion. Au contraire, elle étaye pleinement les constatations de fait et les conclusions du Tribunal de l'expropriation.

En outre, la ville ne pouvait modifier unilatéralement les termes de la convention, laquelle visait uniquement l'acquisition de l'immeuble en cause de gré à gré. Elle ne peut davantage, après avoir choisi de ne pas exiger l'application de la convention, en extraire la partie qui lui convient, c'est-à-dire le prix très avantageux, sans en accepter l'inconvénient, à savoir l'impossibilité d'acquérir par ce moyen un titre de propriété incontestable. On ne saurait ainsi se prévaloir sélectivement d'un contrat. Il n'y a absolument rien qui indique que l'appelante a accepté de modifier le contrat de vente de gré à gré de cette façon. Vu ce

in support of its allegations both as to the transaction and the agreement must fail.

On the whole, therefore, I conclude that the Court of Appeal was wrong in reversing the conclusions of fact of the Expropriation Tribunal since there was no error of law nor misconstruction of the evidence on its part. Accordingly, since the City could not establish that either a transaction or an agreement was entered into between the parties as to the indemnity in the event of expropriation of the appellant's property, the Expropriation Tribunal's award as to the value of the land expropriated, the calculation of which is not in debate before us, must stand. The question of whether, had such an agreement existed, the Expropriation Tribunal would have been bound by it and to what extent, must be left for another day. The subsidiary issue of the additional indemnity must now be examined.

#### Additional Indemnity

The authority of the Expropriation Tribunal to award an additional indemnity is found in s. 68 of the Act, the relevant parts of which I reproduce here for ease of reference:

**68.** The tribunal shall fix the amount of the final indemnity and adjudicate as to costs by a decision giving the reasons therefor, and must send a copy forthwith to the prothonotary.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to such amount, from the date of taking possession of the expropriated property or from the date of the judgment homologating the order, whichever is earlier, a percentage equal to the excess of the rate of interest fixed under section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (chapter M-31) over the legal rate of interest. [Emphasis added.]

As I noted earlier, given its conclusion on the main issue, the Court of Appeal did not discuss the propriety, in this case, of awarding an additional indemnity

qui précède, les arguments avancés par la ville au soutien de ses allégations concernant la transaction ainsi que la convention doivent être rejetés.

<sup>a</sup> Bref, je conclus que c'est à tort que la Cour d'appel a écarté les conclusions de fait du Tribunal de l'expropriation, puisque ce dernier n'a commis aucune erreur de droit ni mal interprété la preuve. Par conséquent, comme la ville n'a pu établir qu'il y a eu entre les parties soit une transaction soit une convention en ce qui a trait à l'indemnité à verser en cas d'expropriation de l'immeuble de l'appelante, il y a lieu de maintenir la décision du Tribunal de l'expropriation fixant la valeur de l'immeuble exproprié, la façon de la calculer n'étant pas en litige devant nous. La question de savoir si, et dans quelle mesure, une telle convention, à supposer qu'elle eût existé, aurait lié le Tribunal de l'expropriation, doit être laissée pour une autre occasion et il y a lieu de passer maintenant à l'examen de la question subsidiaire de l'indemnité additionnelle.

#### <sup>e</sup> L'indemnité additionnelle

<sup>f</sup> C'est l'art. 68 de la Loi, dont, par souci de commodité, je reproduis ici les dispositions pertinentes, qui habilite le Tribunal de l'expropriation à accorder une indemnité additionnelle:

**68.** Le tribunal fixe le montant de l'indemnité définitive et statue sur les dépens par une décision motivée, dont il doit transmettre sans délai copie au protonotaire.

<sup>g</sup> Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de la date de la prise de possession du bien exproprié ou à compter de la date du jugement homologuant l'ordonnance, suivant la date la plus ancienne, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du revenu (chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Comme je l'ai déjà fait remarquer, étant donné sa conclusion sur la question principale, la Cour d'appel ne s'est pas penchée sur la question de savoir s'il y avait lieu en l'espèce d'accorder à l'appelante une indemnité additionnelle. Elle s'est concentrée uni-

to the appellant. It focussed only on the issue of calculation of such additional indemnity (at p. 170):

[TRANSLATION] It would thus be necessary to take into account the provisional indemnity, if the additional indemnity were to be awarded.

There are two aspects of this issue which must be examined. First, was the Expropriation Tribunal correct in its decision to award an additional indemnity to the appellant? Second, what is the appropriate method of calculating the additional indemnity?

### 1. *The granting of the additional indemnity*

The decision to award an additional indemnity by the Expropriation Tribunal is discretionary. The use of the word "may", in s. 68 of the Act, is the clearest indication of that discretion. This issue was directly addressed by Proulx J.A., in the recent decision of *Anjou (Town) v. Krum* (1990), 44 L.C.R. 266, 38 Q.A.C. 1, speaking for a unanimous court, at p. 273 L.C.R.:

[TRANSLATION] ... the expropriation tribunal enjoys a discretion which the Court of Appeal can review only if the reasons for a decision are frivolous or if they are not supported by the evidence ...

Monet J.A., in *Ville de Montréal v. Lerner*, [1979] C.A. 152, made the same point, at p. 160:

[TRANSLATION] The decisions of this Court have established that the trial judge has a discretionary power in the matter [the granting of an additional indemnity].

And, as Judge Dorion commented, in *Corporation de la ville de Princeville v. Houle*, [1985] T.E. 186, at p. 194:

[TRANSLATION] Once again, this discretion as to whether or not the additional indemnity should be granted has always been recognized. It results from the very wording of the Act, where the second paragraph of s. 68 in 1981 read: "There may be added ...".

I agree that the text is clear, the jurisprudence consistent and, therefore, I see no need to elaborate further.

quement sur la question du calcul de cette indemnité additionnelle (à la p. 170):

Il y aurait donc lieu de tenir compte de l'indemnité provisoire, si l'indemnité additionnelle devait être accordée.

Cette question comporte deux aspects qui doivent être examinés. Premièrement, le Tribunal de l'expropriation a-t-il eu raison d'accorder une indemnité additionnelle à l'appelante? Deuxièmement, quelle est la méthode de calcul appropriée de l'indemnité additionnelle?

### 1. *L'attribution de l'indemnité additionnelle*

La décision du Tribunal de l'expropriation d'accorder une indemnité additionnelle est discrétionnaire. L'emploi du mot «peut» à l'art. 68 de la Loi constitue l'indication la plus claire de ce caractère discrétionnaire. C'est là un point qu'a abordé directement le juge Proulx de la Cour d'appel dans l'arrêt récent *Anjou (Ville) c. Krum* (1990), 38 Q.A.C. 1. S'exprimant au nom d'une cour unanime, il écrit, à la p. 9:

... le Tribunal d'expropriation jouit d'une discrétion que la Cour d'appel ne peut réviser que si les motifs sont frivoles ou ne sont pas appuyés par la preuve...

Le juge Monet a exprimé le même point de vue dans l'arrêt *Ville de Montréal c. Lerner*, [1979] C.A. 152, à la p. 160:

La jurisprudence de notre Cour a consacré le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en la matière [l'attribution d'une indemnité additionnelle].

Et le juge Dorion a fait observer dans l'affaire *Corporation de la ville de Princeville c. Houle*, [1985] T.E. 186, à la p. 194:

Encore une fois, cette discrétion d'accorder ou non l'indemnité additionnelle a toujours été reconnue. Elle résulte du texte même de la Loi, alors que le deuxième alinéa de l'article 68 en 1981 se lisait: «Il peut être ajouté ...»

Je suis d'accord que le texte est clair et la jurisprudence constante, c'est pourquoi je ne vois aucune nécessité de m'étendre sur le sujet.



Although s. 68 of the Act does not articulate the basis upon which such discretion must be exercised, the views expressed by Dorion and Savard, *Loi commentée de l'expropriation du Québec* (1979), have never been challenged. They set out the main criteria which must guide the Tribunal in the exercise of its discretion, at p. 220:

[TRANSLATION] Though the Tribunal may award this indemnity *ex officio*, it is not awarded automatically: there must have been an undue delay, negligence by the expropriating party in completing the proceedings or an insufficient offer bearing no reasonable relation to the indemnity fixed.

The above position has been consistently upheld by the Quebec Court of Appeal (see *Commission scolaire de la Jeune Lorette v. Fédération des Caisses populaires Desjardins de Québec*, C.A. Québec, No. 200-09-000354-834, August 28, 1985, at p. 4; and *Anjou (Town) v. Krum*, *supra*), and has been followed in numerous decisions of the Expropriation Tribunal. The most extensive review of the issue, albeit on the occasion of the calculation of the additional indemnity, has been made by Judge Dorion in *Corporation de la ville de Princeville*, *supra*, where at p. 199, he awarded an additional indemnity on the basis that:

[TRANSLATION] [T]he difference between the provisional and the final indemnities is such that there was a flagrant abuse by the expropriating party in taking possession of this property on payment of such a small indemnity.

Applying those criteria to the present case, the Tribunal found that the difference between the provisional indemnity of \$500,000 and the final indemnity of \$1,714,936 (the provisional indemnity was less than 30 percent of the final indemnity and was also contrary to s. 53.11 of the Act which mandated that the provisional indemnity be at least 70 percent of the municipal assessment of the property or the expropriating party's offer, whichever is greater) was so large as to justify awarding an additional indemnity. I would note, in this regard, the decision of the Court of Appeal in *Cemp Investments Ltd. v. Lakeshore*

Quoique l'art. 68 de la Loi ne formule pas les principes devant présider à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les avis exprimés par Dorion et Savard, dans *Loi commentée de l'expropriation du Québec* (1979), n'ont jamais été contestés. Ils énoncent les critères principaux qui doivent guider le Tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à la p. 220:

Cette indemnité, même si le Tribunal peut l'accorder d'office, n'est pas octroyée automatiquement: il faut qu'il y ait eu retard indu, négligence de l'expropriant à parfaire les procédures, ou encore offre insuffisante, sans proportion raisonnable avec l'indemnité fixée.

La position ci-dessus exposée a été uniformément confirmée par la Cour d'appel du Québec (voir *Commission scolaire de la Jeune Lorette c. Fédération des Caisses populaires Desjardins de Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000354-834, 28 août 1985, à la p. 4, et *Anjou (Ville) c. Krum*, précité), et elle a été adoptée dans de nombreuses décisions du Tribunal de l'expropriation. L'étude la plus fouillée de la question a été faite, quoique dans le contexte du calcul de l'indemnité additionnelle, par le juge Dorion dans la décision *Corporation de la ville de Princeville*, précitée, où, à la p. 199, il a accordé une indemnité additionnelle parce que:

[L]'écart entre l'indemnité provisionnelle et l'indemnité définitive est tel qu'il y a eu un abus de droit flagrant de la part de l'expropriante de s'emparer de cette propriété sur paiement d'une si minime indemnité.

Appliquant ces critères à la présente instance, le Tribunal a conclu que l'écart entre l'indemnité provisionnelle de 500 000 \$ et l'indemnité définitive de 1 714 936 \$ (l'indemnité provisionnelle était inférieure de 30 p. 100 à l'indemnité définitive et allait également à l'encontre de l'art. 53.11 de la Loi qui exige que l'indemnité provisionnelle soit fixée à au moins 70 p. 100 de l'évaluation municipale de l'immeuble ou de l'offre de l'expropriant, le montant le plus élevé étant celui à retenir) était si grand qu'il justifiait l'attribution d'une indemnité additionnelle. Je signale, à ce propos, l'arrêt de la Cour d'appel

*School Board*, [1985] C.A. 584, where Nichols J.A., speaking for a unanimous court, concluded at p. 593:

[TRANSLATION] A 60 per cent difference between the amount deposited and the indemnity is *prima facie* unreasonable.

In addition, Judge Dorion found, at p. 114, on the facts of the present case, that:

[TRANSLATION] ... Paré falsely represented on several occasions that all the adjoining owners had accepted 10¢ a sq. ft., which was absolutely untrue.

He also concluded:

[TRANSLATION] It was after real harassment by the City's representative, Mr. Paré, and on the basis of very bad advice from her lawyer ... that she [the appellant] resigned herself to signing this offer of sale ... [Emphasis added.]

The City contends that no additional indemnity should have been granted because there was a serious legal issue as to the value of the property and its worth as evidenced in the alleged agreement. Given the findings of fact made in that respect and the amount of the indemnity set by Judge Dorion as representing the real value of the property, I see no reason to interfere with his conclusion that (at p. 123):

[TRANSLATION] [T]he expropriating party undoubtedly sought to obtain the property of the expropriated party on payment of a trifling indemnity, which was clearly insufficient and in no way corresponded to the actual value of the immovable property. For this reason, and for the reason that the offer was trifling and insufficient and possession was granted on payment of an excessively low provisional indemnity, the Tribunal considers that it must award this additional indemnity here.

## 2. The calculation of the additional indemnity

This issue seems to have generated some controversy, at least between the Expropriation Tribunal and a recent decision of the Quebec Court of Appeal, and thus merits some comments here.

*Cemp Investments Ltd. c. Lakeshore School Board*, [1985] C.A. 584, où le juge Nichols a conclu, au nom d'une cour unanime, à la p. 593:

Une différence de 60 % entre le montant du dépôt et l'indemnité, à sa face même, n'est pas raisonnable.

De plus, le juge Dorion a conclu, d'après les faits de l'espèce, que (à la p. 114):

... Paré lui a représenté faussement, à plusieurs reprises, que tous les autres propriétaires voisins avaient accepté 10¢ le pi<sup>2</sup>, ce qui était absolument faux.

Il a conclu également:

C'est après un véritable harcèlement de la part du représentant de la ville, M. Paré, et à la suite de très mauvais conseils de la part de son procureur [...] qu'elle [l'appelante] s'est résignée à signer cette offre de vente ... [Je souligne.]

La ville soutient qu'aucune indemnité additionnelle n'aurait dû être accordée parce qu'une question de droit sérieuse se posait quant à la valeur réelle de l'immeuble et quant à la valeur prévue à la prétendue convention. Compte tenu des conclusions de fait que le juge Dorion a tirées relativement à cette question et vu le montant de l'indemnité qu'il a fixée comme représentant la valeur réelle de l'immeuble, je ne vois aucune raison d'intervenir dans sa conclusion à l'effet que (à la p. 123):

[L]'expropriante a sûrement tenté d'obtenir la propriété de l'expropriée sur paiement d'une indemnité ridicule, nettement insuffisante et ne correspondant en aucune façon à la valeur réelle de l'immeuble. Pour ce motif et le motif que l'offre était ridicule et insuffisante et que la possession a été accordée sur paiement d'une indemnité provisionnelle beaucoup trop basse, le Tribunal considère qu'il doit ici accorder cette indemnité additionnelle.

## 2. Le calcul de l'indemnité additionnelle

Cette question semble avoir soulevé une certaine controverse, du moins en ce qu'il existe un conflit entre la décision du Tribunal de l'expropriation et un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec, et il convient donc que nous nous y arrêtons.

I agree with Judge Dorion's view, for the reasons he expressed at length in *Corporation de la ville de Princeville, supra*, at p. 197, that the additional indemnity is a measure of damages, not of interest. As put in Dorion and Savard, *op. cit.*, at p. 219:

[TRANSLATION] There seems to us to be no doubt that in the case of the last paragraph of s. 67 [now s. 68], as in that of art. 1056(c) of the *Civil Code [of Lower Canada]*, this interest is an indemnity.

As noted in the above passage, s. 68 of the Act bears some similarity to art. 1056c *C.C.L.C.* The latter provision was discussed, by Chouinard J., in *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866, at p. 871:

What is referred to as interest is more precisely damages due to delay, which the legislator chose to express in terms of a percentage of the capital amount awarded, computed on a yearly basis. It should be added that these damages are awarded for the delay from the time the action was instituted until judgment is rendered. Interest on the judgment itself, once it is rendered, is not at issue here.

Given that qualification, the following issue concerning the calculation of the additional indemnity arises: is the Expropriation Tribunal bound to award the additional indemnity on the total amount of the final indemnity or does it have the discretion to deduct, from the final indemnity, sums already paid to the expropriated party?

In the present case, Judge Dorion awarded the additional indemnity on the total indemnity, without deduction of the sums already paid to the expropriated party. The same issue arose in *Corporation de la ville de Princeville, supra*, where Judge Dorion conducted a thorough examination of the question, concluding, on the basis of a textual analysis, that the text of s. 68 of the Act mandated such a conclusion (see p. 198). Although, on the facts of that case, Judge Dorion may have been correct in concluding that there should have been no deduction, I cannot agree with his conclusion that s. 68 of the Act mandates that the additional indemnity be awarded on the total indemnity and thus that no deduction should be

Pour les motifs longuement exposés par le juge Dorion dans l'affaire *Corporation de la ville de Princeville*, précitée, à la p. 197, je souscris à son avis que l'indemnité additionnelle constitue un dédommagement et non pas un paiement d'intérêts. Comme l'affirment Dorion et Savard, *op. cit.*, à la p. 219:

Il nous semble ne faire aucun doute que dans le cas du dernier alinéa de l'article 67 [maintenant l'art. 68], comme dans celui de l'article 1056c) du *Code civil [du Bas-Canada]*, cet intérêt est une indemnité.

Tel que mentionné dans le passage précité, l'art. 68 de la Loi présente une certaine similarité avec l'art. 1056c *C.c.B.-C.* Le juge Chouinard a discuté de ce dernier article dans l'arrêt *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866, à la p. 871:

Ce qui est appelé intérêt est plus exactement un dommage dû au retard dont le législateur a voulu qu'il soit établi sous forme d'un pourcentage du montant accordé en capital, calculé sur une base annuelle. Il faut ajouter que ce dommage est attribué pour le retard depuis l'institution de l'action jusqu'au jugement. Les intérêts sur le jugement lui-même, une fois qu'il est rendu, ne sont pas en cause ici.

Cette restriction soulève la question suivante touchant le calcul de l'indemnité additionnelle: le Tribunal de l'expropriation est-il tenu de calculer l'indemnité additionnelle en fonction du montant total de l'indemnité définitive ou a-t-il le pouvoir discrétionnaire de déduire de l'indemnité définitive les sommes déjà versées à l'exproprié?

En l'espèce, le juge Dorion a calculé l'indemnité additionnelle en fonction de l'indemnité totale, sans en déduire les sommes déjà payées à l'expropriée. Cette même question s'est posée dans l'affaire *Corporation de la ville de Princeville*, précitée, où le juge Dorion en a fait une étude approfondie. Il y a conclu, au terme d'une analyse du texte de l'art. 68 de la Loi, que cet article commandait une telle décision (voir la p. 198). Bien que, d'après les faits de cette affaire, le juge Dorion puisse avoir eu raison de conclure qu'il n'aurait pas dû y avoir de déduction, je ne puis souscrire à son opinion que l'art. 68 de la Loi exige que l'indemnité additionnelle soit calculée en fonction de l'indemnité totale, de sorte qu'aucune déduction ne

allowed to take into account the provisional indemnity paid.

In this regard, the decision of the Quebec Court of Appeal in *Commission scolaire de la Jeune Lorette*, *supra*, is apposite. In that case, the Expropriation Tribunal, like Judge Dorion in *Corporation de la ville de Princeville*, *supra*, awarded the additional indemnity on the total indemnity, on the basis that it had no discretion on the matter, concluding:

[TRANSLATION] In the opinion of the Tribunal, there is no basis for deducting from this final indemnity the advances paid by the expropriating party in order to arrive at a calculation of the additional indemnity in accordance with s. 68 of the Expropriation Act. The Tribunal considers that it is not its function to amend the Act but that it must interpret it as enacted by the legislator.

The Court of Appeal disagreed with the Expropriation Tribunal's views on this issue. They held that the decision whether to deduct the sums already paid by the expropriating party from the final indemnity was discretionary, not mandatory. After a thorough analysis of the question, Vallerand J.A., with whom I concurred, concluded, at p. 8:

[TRANSLATION] . . . I therefore conclude that the Tribunal is entitled to deduct the amount paid as a provisional indemnity when the time comes to calculate the additional indemnity. Having said that, the Court must now exercise the discretionary power which in the present case the Tribunal said it had no power to exercise. In light of all the circumstances and special features of the case, I consider that there are grounds in this case for deducting the payment already made. [Emphasis added.]

There seem to be conflicting decisions following that judgment. Some cases hold that there is no discretion regarding the calculation of the additional indemnity, concluding either that sums already paid must be deducted (see *Ville de Laval v. Entreprises Lagacé Inc.*, T.E., No. 34-001811-76M, January 16, 1986, at p. 32), or that such sums cannot be deducted (see *Corporation de la ville de Princeville*, *supra*). It is difficult to fathom the source of this confusion, since the Court of Appeal in *Commission scolaire de la Jeune Lorette*, *supra*, made it clear that the deci-

devrait être permise en fonction de l'indemnité provisionnelle versée.

L'arrêt *Commission scolaire de la Jeune Lorette*, précité, de la Cour d'appel du Québec, est pertinent à cet égard. Il s'agit là d'une affaire dans laquelle le Tribunal de l'expropriation, tout comme le juge Dorion dans l'affaire *Corporation de la ville de Princeville*, précitée, a calculé l'indemnité additionnelle en fonction de l'indemnité totale, en prétendant qu'il n'avait aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard. Le Tribunal a conclu:

De l'avis du Tribunal, il n'y a pas lieu de soustraire à cette indemnité définitive les avances versées par l'expropriante pour en arriver à calculer l'indemnité additionnelle suivant les modalités de l'article 68 de la Loi sur l'expropriation. Le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas de son ressort de modifier la loi mais qu'il doit l'interpréter tel qu'elle lui est présentée par le législateur.

La Cour d'appel, en désaccord avec le Tribunal de l'expropriation sur cette question, a statué que la décision de déduire ou non de l'indemnité définitive les sommes déjà versées par l'expropriant est discrétionnaire et non mandatoire. Au terme d'une analyse minutieuse de la question, le juge Vallerand, à l'avis duquel je me suis rangée, a conclu, à la p. 8:

. . . je retiens donc qu'il est loisible au tribunal de défalquer la somme versée à titre d'indemnité provisoire, lorsque vient le temps de chiffrer l'indemnité additionnelle. Cela dit il nous revient maintenant d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'en l'espèce le tribunal s'est dit inhabilité à exercer. Compte tenu de toutes les circonstances et particularités de l'affaire, je suis d'avis qu'il y a lieu en l'espèce à défalcation de l'acompte versé. [Je souligne.]

Or, la jurisprudence subséquente semble être contradictoire. Certaines décisions portent en effet qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le calcul de l'indemnité additionnelle et l'on y conclut soit que les sommes déjà versées doivent être déduites (voir l'affaire *Ville de Laval c. Entreprises Lagacé Inc.*, T.E., n° 34-001811-76M, 16 janvier 1986, à la p. 32), soit que ces sommes ne peuvent être déduites (voir l'affaire *Corporation de la ville de Princeville*, précitée). Il est difficile de comprendre à quoi tient cette confusion, car la Cour d'appel, dans

sion to deduct sums already paid from the final indemnity was a discretionary one. I am still of the opinion that this view is the proper one.

The additional indemnity, as a measure of damages, can be imposed taking into account many factors besides delay. In particular, the conduct of the expropriating party may often be relevant. When the sole "damage" to be compensated is excessive delay on the part of the expropriating party, then it would be nonsensical to allow the additional indemnity on the total compensation awarded, since the expropriated party, who had earlier benefited by withdrawing the provisional indemnity offered, could use those funds throughout the years in which the expropriation proceedings took place. On the other hand, when additional indemnities are granted for factors which are not related to delay, it may make little sense to deduct sums already paid from the final indemnity when calculating the additional indemnity. A case in point arose in *Restaurants et Motels Châtelaine International Ltée v. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 511. In analyzing precisely that issue, Turgeon J.A., speaking for the court, based the award of the additional indemnity on the total indemnity, without any deduction of sums paid, because, at p. 517:

[TRANSLATION] It must be borne in mind that the appellant expropriated party was deprived of its business on boulevard Laurier. As a growing chain, its location on boulevard Laurier gave it great prestige and good publicity. In losing that location it suffered a loss of prestige and publicity which is difficult to estimate and must be taken into account. In the circumstances, on the basis of s. 67 [now s. 68], I would award the appellant expropriated party the full amount of the additional indemnity claimed. [Emphasis added.]

In those circumstances, the discretion to grant the additional indemnity on the total amount awarded by the Expropriation Tribunal was well exercised. There are no exhaustive criteria, and the discretion as to the deduction must be exercised with regard to the particular circumstances of each case. In this regard, the very cogent analysis of Proulx J.A., in *Anjou (Town)*

l'arrêt *Commission scolaire de la Jeune Lorette*, précité, précise clairement la nature discrétionnaire de la décision de déduire de l'indemnité définitive les sommes déjà payées. Pour ma part, j'estime toujours

<sup>a</sup> que c'est le point de vue à retenir.

Outre le délai, un grand nombre d'autres facteurs peuvent être pris en considération dans le calcul de l'indemnité additionnelle en tant que dédommagement. En particulier, la conduite de l'expropriant peut souvent s'avérer pertinente. Dans un cas où l'unique «dommage» donnant lieu à indemnisation résulterait d'un délai excessif de la part de l'expropriant, il serait absurde de calculer l'indemnité additionnelle en fonction de l'indemnité totale accordée puisque l'exproprié, qui a déjà retiré l'indemnité provisionnelle offerte, a pu utiliser ces fonds au cours des années pendant lesquelles se sont déroulées les procédures d'expropriation. Par ailleurs, lorsque des indemnités additionnelles sont accordées pour d'autres raisons que le délai, il peut être illogique de déduire de l'indemnité définitive, aux fins du calcul de l'indemnité additionnelle, les sommes déjà versées. On en trouve un bon exemple dans l'affaire *Restaurants et Motels Châtelaine International Ltée c. Procureur général du Québec*, [1980] C.A. 511. Analysant précisément cette question, le juge Turgeon, s'exprimant au nom de la cour, a basé l'indemnité additionnelle sur l'indemnité totale, sans en défalquer les sommes déjà versées. Il motive ainsi sa décision, à la p. 517:

<sup>b</sup> Il faut se rappeler que l'expropriée appelante a été privée de son commerce sur le boulevard Laurier. Pour une chaîne naissante, son établissement sur le boulevard Laurier lui donnait un grand prestige et beaucoup de publicité. Ayant perdu cet établissement, elle a subi une perte de prestige et de publicité qu'il est difficile d'évaluer et dont il faut tenir compte. Dans les circonstances, me basant sur l'article 67 [maintenant l'art. 68], j'accorderais à l'expropriée appelante le plein montant de l'indemnité additionnelle réclamée. [Je souligne.]

<sup>i</sup> Dans ces circonstances, le pouvoir discrétionnaire de calculer l'indemnité additionnelle en fonction du montant total accordé par le Tribunal de l'expropriation a été bien exercé. Il n'existe pas de critères exhaustifs et le pouvoir discrétionnaire en matière de déduction doit être exercé en fonction des circonstances particulières de chaque cas. À cet égard, il y a

*v. Krum, supra*, commends itself. In that case, in light of actions by the city which affected the value of the expropriated party's property, Proulx J.A. confirmed the Expropriation Tribunal's decision to award the additional indemnity on the total indemnity. Addressing the issue of the calculation of the additional indemnity, Proulx J.A. concluded, at pp. 274-75 L.C.R.:

[TRANSLATION] If, in principle, the additional indemnity were based on additional interest, it would seem to me to be strange to calculate interest on the amount of the instalment paid to the expropriated party since the expropriating party would then be paying interest on the amount paid to the expropriated party (in other words, the instalment) and the expropriated party would benefit at his expense. In such a case, it would be proper to deduct the provisional payment.

Instead, it is my view that an additional indemnity is a compensatory measure and that is what this court said implicitly in the decision in *La Com'n Scolaire de la Jeune Lorette* where it was held that "the tribunal may deduct the amount paid by way of provisional indemnity" from the total indemnity. In fact, the tribunal has the discretion to reduce the indemnity and it also has the jurisdiction not to do so.

The appellant again argues that, at best, an additional indemnity in this case is an indemnity for delay and that, therefore, it is unjust not to deduct the amount paid. As I have shown above, the appellant has failed to consider the other arguments accepted by the tribunal.

In my opinion, the appellant has not demonstrated that the tribunal has failed to exercise its discretion properly on this question and, therefore, this ground of appeal must be rejected. [Emphasis added.]

Since, in the present instance, both parties have agreed at the hearing that the provisional indemnity should have been deducted from the total indemnity in the calculation of the additional indemnity, there is no need to labour the point further. The Expropriation Tribunal's additional indemnity award should be reduced accordingly.

lieu de retenir l'analyse très convaincante du juge Proulx de la Cour d'appel, dans l'affaire *Anjou (Ville) c. Krum*, précitée. Dans cette affaire, tenant compte d'actes commis par la ville ayant influé sur la valeur de l'immeuble de l'exproprié, le juge Proulx a confirmé la décision du Tribunal de l'expropriation de calculer l'indemnité additionnelle en fonction de l'indemnité totale. Sur la question du calcul de l'indemnité additionnelle, le juge Proulx a conclu, à la p. 10:

Si l'indemnité additionnelle devait représenter en principe des intérêts additionnels, il m'apparaîtrait alors étrange que le calcul se fasse en tenant compte du dépôt provisionnel qu'a en mains l'exproprié: l'expropriante serait condamnée au paiement d'un intérêt sur le capital remis à l'expropriée (soit le dépôt provisionnel) et l'expropriée s'enrichirait à ses dépens. Dans cette hypothèse, il serait juste de déduire le dépôt provisionnel.

Plutôt, je suis d'avis que l'indemnité additionnelle demeure une mesure compensatoire et c'est implicitement ce qu'a reconnu cette cour dans l'arrêt *La Commission scolaire de la Jeune Lorette* en décidant qu'il est «loisible au Tribunal de défalquer la somme versée à titre d'indemnité provisoire» de l'indemnité totale. En effet, si le Tribunal a discrétion pour soustraire, c'est qu'il a aussi compétence pour ne pas le faire.

L'appelante plaide à nouveau que l'indemnité additionnelle demeure tout au plus en l'espèce une indemnité pour retard et qu'ainsi, il est injuste de ne pas défalquer le montant versé. Comme je l'ai démontré ci-haut, l'appelante omet de considérer les autres motifs retenus par le Tribunal.

À mon avis, l'appelante n'a pas démontré que le Tribunal a mal exercé sa discrétion sur cette question et, en conséquence, ce moyen devrait être rejeté. [Je souligne.]

Comme, en l'espèce, les deux parties ont convenu, à l'audience, que l'indemnité provisionnelle aurait dû être déduite de l'indemnité totale aux fins du calcul de l'indemnité additionnelle, point n'est besoin de s'étendre davantage sur cette question. L'indemnité additionnelle accordée par le Tribunal de l'expropriation devrait donc être réduite en conséquence.

Conclusion

Given my conclusion that, on the facts of this case, the Expropriation Tribunal did not err in concluding that there was no transaction nor agreement between the parties as to the indemnity to be paid by the City to the appellant in the event of expropriation, I would allow the appeal and restore the order of the Expropriation Tribunal. I would, however, modify the award regarding the additional indemnity to the extent only of subtracting, in its calculation, the amount offered by the City as provisional indemnity (\$500,000) from the final indemnity, the whole with costs to the appellant throughout.

*Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and SOPINKA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Bergeron, Gaudreau & Pinet, Hull.*

*Solicitors for the respondent: Montgrain, McClure, St-Germain, Marois, Chandonnet, Gibeau, Longueuil.*

Conclusion

Vu ma conclusion que, dans les circonstances de la présente affaire, le Tribunal de l'expropriation n'a pas commis d'erreur en décidant qu'aucune transaction ni aucune convention n'est intervenue entre les parties quant à l'indemnité à verser par la ville à l'appelante en cas d'expropriation, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du Tribunal de l'expropriation. Je modifierais le quantum de l'indemnité additionnelle accordée uniquement, cependant, en soustrayant de l'indemnité définitive le montant offert par la ville à titre d'indemnité provisionnelle (500 000\$), le tout avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et le juge SOPINKA sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Bergeron, Gaudreau & Pinet, Hull.*

*Procureurs de l'intimée: Montgrain, McClure, St-Germain, Marois, Chandonnet, Gibeau, Longueuil.*

**Marvin Malcolm, Roberta Malcolm, Betty Stainback and Harry Hill** *Appellants*

v.

**Norman Edward Waldick and Janet Marie Waldick** *Respondents*

INDEXED AS: WALDICK v. MALCOLM

File No.: 21781.

1991: February 26; 1991: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Duty of care — Occupiers' liability — Rural residence — Icy and snow covered walk, driveway and parking area not salted or sanded — Condition known to visitor — Visitor slipping and seriously injured — Whether or not householders failed to fulfil statutory duty — Whether visitor had willingly assumed risk and was contributorily negligent — Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.*

Waldick was seriously injured when he fell on the icy parking area of the Malcolm's rented farmhouse. The parking area and laneway had not been salted or sanded; apparently few people in that rural region did so. Waldick was aware that the laneway was slippery and acknowledged that its condition could be seen without difficulty. At issue here was whether or not the Malcolms failed to meet the statutory duty of care imposed by the *Occupiers' Liability Act* on occupiers of premises to persons coming onto those premises and whether Waldick had willingly assumed the risks of the injury. Also involved was the issue of whether Waldick had been contributorily negligent.

The Malcolms were found liable for Waldick's personal injuries and the Court of Appeal dismissed the appeal from that judgment. The action and cross-claim against the other appellants, Betty Stainback and Harry Hill, were dismissed because they had rented the prop-

**Marvin Malcolm, Roberta Malcolm, Betty Stainback et Harry Hill** *Appelants*

a c.

**Norman Edward Waldick et Janet Marie Waldick** *Intimés*

b RÉPERTORIÉ: WALDICK c. MALCOLM

N° du greffe: 21781.

1991: 26 février; 1991: 27 juin.

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

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

d *Responsabilité délictuelle — Obligation de prendre soin — Responsabilité des occupants — Habitation rurale — Ni sable ni sel n'ont été épandus sur un sentier, sur une allée et sur une aire de stationnement recouverts de glace et de neige — Visiteur au courant de cet état de choses — Le visiteur glisse et se blesse gravement — Les occupants de la maison ont-ils manqué à une obligation légale? — Le visiteur a-t-il volontairement assumé le risque de sorte qu'il y a eu négligence contributive de sa part? — Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.*

Waldick a été grièvement blessé par suite d'une chute qu'il a faite sur la glace qui recouvrait l'aire de stationnement de la maison de ferme que les Malcolm prenaient en location. Ni sel ni sable n'avaient été épandus sur l'aire de stationnement et sur l'allée. Il semble d'ailleurs que peu de gens dans cette région rurale ne le faisaient. Waldick savait que l'allée était glissante et il a reconnu que cet état de choses pouvait se voir sans difficulté. La question en l'espèce est de savoir si les Malcolm ont manqué à l'obligation de prendre soin qu'ont, aux termes de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, les occupants de lieux envers les personnes qui y entrent et si Waldick avait volontairement assumé les risques de blessure. Se pose en outre la question de savoir s'il y a eu négligence contributive de la part de Waldick.

Les Malcolm ont été jugés responsables des blessures subies par Waldick et la Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision. L'action contre les autres appelants, Betty Stainback et Harry Hill, ainsi que la demande faite contre eux par leurs codéfendeurs ont été



erty to the Malcolms and were not the occupiers of the farmhouse.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Malcolms, notwithstanding the alleged local custom, breached s. 3(1) of the Act. The existence of customary practices which are unreasonable in themselves, or which are not otherwise acceptable to the courts, does not oust the duty of care owed by occupiers under s. 3(1) of the Act. This statutory duty to take reasonable care in the circumstances to make the premises safe does not change but the factors which are relevant to an assessment of what constitutes reasonable care will necessarily be very specific to each fact situation. Local custom is one such circumstance. It can inform the court's assessment of what is reasonable in any given set of circumstances. Where an alleged custom is raised, however, the party who relies on his compliance with it or another person's departure from it must prove the custom is in effect. Only in the rarest and most patently obvious of cases will the courts take judicial notice of a custom.

The alleged local custom of not salting or sanding parking areas and driveways was unproved; only Mrs. Malcolm's unsupported testimony would tend to prove it. Even if there had been adequate evidence in the record of such a local custom, that custom would not necessarily be decisive against a determination of negligence. No amount of general community compliance will render negligent conduct reasonable in all the circumstances. If it is unreasonable to do absolutely nothing to one's driveway in the face of clearly treacherous conditions, it matters little that one's neighbours also act unreasonably. The Act was meant to discourage this type of generalized negligence. It was far from self-evident that the "practice" of not sanding or salting parking areas and driveways in the area should earn the acceptance of the courts.

The *Occupiers' Liability Act* did not warrant a departure from the widely accepted *volenti* doctrine. The Act was to replace, refine and harmonize the common law duty of care owed by occupiers of premises to visitors on those premises. It was not intended to effect a wholesale displacement of the common law defences to liability.

rejetées parce qu'ils louaient la propriété en cause aux Malcolm et n'occupaient pas la maison de ferme.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

En dépit de l'usage local qu'ils ont invoqué, les Malcolm ont violé le par. 3(1) de la Loi. L'existence de pratiques habituelles déraisonnables en soi, ou par ailleurs inacceptables pour les tribunaux, n'écarte pas l'obligation de prendre soin qu'impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Cette obligation légale de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances pour assurer la sécurité sur les lieux en question ne change pas, mais les facteurs pertinents aux fins de déterminer en quoi consiste un soin raisonnable seront nécessairement bien particuliers aux faits de chaque espèce. L'une de ces circonstances est l'usage local. Les tribunaux peuvent retenir l'usage local pour décider de ce qui est raisonnable dans des circonstances données. Lorsque l'usage est invoqué, toutefois, la partie qui prétend avoir respecté cet usage ou qui soutient que son adversaire y a dérogé a le fardeau de prouver qu'il s'agit effectivement d'un usage répandu. Ce n'est que dans les cas les plus rares et les plus évidents que les tribunaux prendront connaissance d'office d'un usage.

Mis à part le témoignage, sans corroboration, de M<sup>me</sup> Malcolm, il n'y a rien qui tende à établir le prétendu usage local consistant à n'épandre ni sel ni sable sur les aires de stationnement et sur les allées. Même s'il avait existé au dossier une preuve suffisante d'un tel usage local, cet usage n'aurait pas nécessairement milité décisivement contre une conclusion de négligence. Si généralisée soit-elle au sein de la collectivité, une conduite négligente ne sera pas pour autant raisonnable dans toutes les circonstances. Si on agit déraisonnablement en ne faisant rien du tout devant l'état manifestement dangereux de son allée, il importe peu alors que la conduite de ses voisins soit également déraisonnable. C'est ce genre de négligence généralisée que la Loi vise à décourager. Il est loin d'être évident que la «pratique», suivie dans la région en question, consistant à n'épandre ni sable ni sel sur les aires de stationnement et sur les allées devrait être admise par les tribunaux.

La *Loi sur la responsabilité des occupants* ne justifie pas qu'on se détourne du principe généralement admis de l'acceptation du risque. La Loi vise à remplacer, à mettre au point et à harmoniser l'obligation de prendre soin qu'avaient en common law les occupants de lieux envers les visiteurs qui entraient sur ces lieux. Elle n'est pas destinée à écarter en bloc les moyens de défense de common law en matière de responsabilité.

The Act promotes and requires, where circumstances warrant, positive action on the part of occupiers to make their premises reasonably safe. The occupier may, however, wish to put part of his or her property "off limits" rather than to make it safe, and that might be considered reasonable in certain circumstances. Where no such effort has been made, the exceptions to the statutory duty of care will be few and narrow.

The legislature, in enacting s. 4(1), intended to carve out a very narrow exception to the class of visitors to whom the occupier's statutory duty of care is owed. This exception shares the same logical basis as the premise that underlies *volenti*: the plaintiff assumes the risk and absolves the defendant of all responsibility for it. This interpretation accords best with general principles of statutory interpretation, is more fully consonant with the legislative aims of the Act, and is consistent with tort theory generally.

This Court was not presented with any new arguments on the issue of contributory negligence that could in any way lead to the conclusion that the trial judge made a "palpable and overriding" error in his appreciation of the evidence or in his finding on the contributory negligence issue.

#### Cases Cited

**Considered:** *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; **disapproved:** *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; **referred to:** *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Samis v. City of Vancouver*, unreported, February 23, 1989, (B.C.C.A.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338; *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217; *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334; *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59; *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158; *Mitchell v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 S.C.R. 592.

La Loi encourage les occupants — et leur en impose l'obligation lorsque les circonstances le commandent — à prendre des mesures concrètes pour assurer un degré raisonnable de sécurité sur les lieux qu'ils occupent. L'occupant pourra toutefois préférer interdire l'accès d'une partie des lieux plutôt que de les rendre sûrs, et cela pourra être considéré comme raisonnable dans certaines circonstances. Lorsque aucune mesure de ce genre n'a été prise, les exceptions à l'obligation de prendre soin prévue par la loi seront peu nombreuses et leur portée restreinte.

Le législateur a visé par l'adoption du par. 4(1) à créer une exclusion, de portée très limitée, de la catégorie des visiteurs envers lesquels l'occupant a une obligation légale de prendre soin. Le fondement logique de cette exclusion est identique à celui de la prémisse qui sous-tend l'acceptation du risque: le demandeur assume le risque et dégage le défendeur de toute responsabilité. C'est cette interprétation qui s'accorde le mieux avec les principes généraux d'interprétation des lois, qui est le plus en harmonie avec les objets de la Loi et qui concorde avec la théorie de la responsabilité délictuelle en général.

On n'a présenté à la Cour sur la question de la négligence contributive aucun argument nouveau qui permette de conclure que le juge de première instance a commis une erreur «manifeste et dominante» dans son appréciation de la preuve ou dans sa conclusion sur la question de la négligence contributive.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; **arrêt critiqué:** *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; **arrêts mentionnés:** *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Samis v. City of Vancouver*, inédit, 23 février 1989, (C.A.C.-B.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338; *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217; *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334; *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59; *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158; *Mitchell c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592.

**Statutes and Regulations Cited**

*Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315.  
*Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.  
*Occupiers' Liability Act, 1957* (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, s. 2(5).  
*Occupiers' Liability Act, 1984* (U.K.), 1984, c. 3, s. 1(6).

**Authors Cited**

Di Castri, J. Victor. *Occupiers' Liability*. Vancouver: Burroughs and Co., 1980.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.  
 Linden, Allen M. "Custom In Negligence Law" (1968), 11 *Can. Bar J.* 151.  
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Occupiers' Liability*. Toronto: Department of Justice, 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 717, 63 D.L.R. (4th) 583, 35 O.A.C. 389, 2 C.C.L.T. (2d) 22, dismissing an appeal from a judgment of Austin J. (1987), 61 O.R. (2d) 624, 43 D.L.R. (4th) 693. Appeal dismissed.

*Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens*, for the appellants.

*R. Keith Simpson and Robert S. Fuller*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—The defendants, Marvin and Roberta Malcolm ("the Malcolms"), appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing their appeal from the judgment at trial finding the Malcolms liable for personal injuries suffered by the plaintiff, Norman Waldick ("Waldick").

The appeal involves the interpretation of the nature and extent of the duty of care under the Ontario *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1980, c. 322 (the "Act"). In general terms, the Act sets out the duty of

**Lois et règlements cités**

*Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.  
*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1980, ch. 315.  
*Occupiers' Liability Act, 1957* (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, art. 2(5).  
*Occupiers' Liability Act, 1984* (R.-U.), 1984, ch. 3, art. 1(6).

**Doctrine citée**

Di Castri, J. Victor. *Occupiers' Liability*. Vancouver: Burroughs and Co., 1980.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.  
 Linden, Allen M. «Custom In Negligence Law» (1968), 11 *Can. Bar J.* 151.  
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Occupiers' Liability*. Toronto: Ministère de la Justice, 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 717, 63 D.L.R. (4th) 583, 35 O.A.C. 389, 2 C.C.L.T. (2d) 22, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Austin (1987), 61 O.R. (2d) 624, 43 D.L.R. (4th) 693. Pourvoi rejeté.

*Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens*, pour les appelants.

*R. Keith Simpson et Robert S. Fuller*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Les défendeurs, Marvin et Roberta Malcolm («les Malcolms»), se pourvoient contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario portant rejet de leur appel de la décision de première instance qui les déclarait responsables des lésions corporelles subies par le demandeur Norman Waldick («Waldick»).

Il s'agit dans le présent pourvoi d'interpréter la nature et l'étendue de l'obligation de prendre soin prévue par la *Loi sur la responsabilité des occupants*, de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 322 (la «Loi»). D'une

care owed by occupiers of premises to persons who come onto those premises and specifies certain exceptions to the prescribed duty of care. As this appeal is the first involving the Act to reach this Court and as several provinces have similar statutory regimes, it is important to clarify the scope of the duties owed by occupiers to their visitors.

Briefly stated, Waldick was seriously injured in a fall on the premises occupied by the Malcolms. It was in this context that the questions arose as to whether the Malcolms had failed to fulfil their statutory duties under the Act, and whether Waldick had willingly assumed the risks of the injury. Also involved is an issue of contributory negligence of Waldick. But before going further, a further elaboration of the facts giving rise to this appeal is warranted.

#### Facts

On February 7, 1984, Waldick suffered a fractured skull when he fell on the icy parking area of the rural residential premises near Simcoe, Ontario which were occupied by the Malcolms. Waldick is Mrs. Malcolm's brother. Mrs. Malcolm worked as a hairdresser but she often cut hair at her home for friends and relatives without receiving any remuneration. The property, which consisted of a farmhouse and barn on approximately three acres of land, was owned by the other appellants, Betty Stainback and Harry Hill. The Malcolms rented the premises from them. Since they were not the occupiers of the farmhouse, the action and cross-claim against Stainback and Hill were dismissed on consent in June, 1986.

On the premises was a gravel laneway that ran for about 200 to 300 feet from the road, past the house, and to the barn. Opposite the house, the laneway widened to form a parking area which could accommodate three or four vehicles at any one time. The house had a small wooden porch with two steps. Leading from the steps toward the laneway was a walk made of cement slabs which was about six feet long but which did not reach the laneway. The rest of the dis-

manière générale, la Loi énonce l'obligation de prendre soin qu'ont les occupants de lieux envers les personnes qui y entrent et elle prévoit certaines exceptions à cette obligation. Comme ce pourvoi est le premier qui concerne la Loi à parvenir devant notre Cour et puisque des régimes légaux analogues sont en vigueur dans plusieurs provinces, il importe d'éclaircir la portée des obligations des occupants envers leurs visiteurs.

En bref, Waldick a été grièvement blessé par suite d'une chute qu'il a faite sur des lieux occupés par les Malcolms. C'est dans ce contexte que se posent les questions de savoir si les Malcolms ont manqué aux obligations que leur impose la Loi et si Waldick a volontairement assumé les risques de blessure. Se pose en outre la question de la négligence contributive de Waldick. Avant toutefois de poursuivre l'analyse, il convient de présenter un exposé plus détaillé des faits à l'origine du présent pourvoi.

#### Les faits

Le 7 février 1984, Waldick s'est fracturé le crâne par suite d'une chute sur la glace qui recouvrait l'aire de stationnement de l'habitation rurale, située près de Simcoe (Ontario), qu'occupaient les Malcolms. Waldick est le frère de M<sup>me</sup> Malcolm. Cette dernière exerçait le métier de coiffeuse, mais elle coupait souvent chez elle, gratuitement, les cheveux de ses amis et de sa parenté. La propriété en cause, consistant en une maison de ferme et une grange sur un terrain d'environ trois acres, appartenait aux autres appelants, Betty Stainback et Harry Hill, qui la donnaient en location aux Malcolms. Comme Stainback et Hill n'occupaient pas la maison de ferme, l'action contre eux ainsi que la demande faite contre eux par leurs codéfendeurs ont été rejetées, avec le consentement des parties, en juin 1986.

Il y avait sur les lieux une allée de gravier qui s'étendait sur environ 200 ou 300 pieds depuis le chemin, au-delà de la maison, jusqu'à la grange. À côté de la maison, l'allée s'élargissait pour former une aire de stationnement pouvant admettre trois ou quatre véhicules à la fois. La maison était munie d'un petit perron en bois à deux marches. Un sentier de plaques de béton partait des marches et conduisait, sur une distance de six pieds, vers l'allée, sans toute-

tance between the walk and the laneway was grass-covered. The trial judge noted that there was "a perceptible grade downwards from the house to the parking area."

At the time of the injury, the porch and steps of the house had been shovelled and, while the walk and grassy area had also been shovelled, these were still snow-covered. The laneway had not been salted or sanded. The appellant, Roberta Malcolm, testified that she did not consider it necessary or reasonable to do so. She also testified that to her knowledge few of the residents in that rural region, including Waldick, salted or sanded their laneways in winter. Four days before the accident, the region had experienced an ice storm. Waldick was aware that the laneway was "slippery, very icy with a dusting of snow on it" and acknowledged that its condition could be seen without difficulty. Because of the ice, he took exceptional caution in driving up the laneway. He parked about 20 feet from where the gravel laneway met the grassy stretch, and entered the house, walking very carefully because of the ice. Some time later, he went out to his car to get a carton of U.S. cigarettes which he had purchased for his sister. He put on his winter boots, turned on the porch light, and got the cigarettes. As he was walking back to the house, he slipped on the ice, fell backwards in the parking area, and fractured his skull.

Waldick commenced an action in the Supreme Court of Ontario under the Act, alleging negligence on the part of the Malcolms and the owners of the premises; as noted above, the action against the owners was dismissed on consent. The trial judge found the Malcolms liable for the injuries sustained by Waldick and by agreement of the parties deferred the determination of damages.

The Malcolms' appeal was dismissed by the Ontario Court of Appeal.

fois atteindre celle-ci. Le sentier était séparé de l'allée par une étendue d'herbe. Le juge de première instance a constaté que [TRADUCTION] «le terrain descendait en pente perceptible à partir de la maison jusqu'à l'aire de stationnement».

Au moment de l'accident, le perron et les marches avaient été déblayés. C'était le cas également du sentier et de l'étendue d'herbe quoiqu'ils fussent encore recouverts de neige. On n'avait épandu ni sel ni sable sur l'allée. L'appelante, Roberta Malcolm, a témoigné n'avoir jugé ni nécessaire ni raisonnable de le faire. Elle a témoigné en outre qu'à sa connaissance peu d'habitants de cette région rurale, et Waldick n'était pas différent à cet égard, mettaient du sel ou du sable sur leurs allées en hiver. Quatre jours avant l'accident, il y avait eu de la pluie verglaçante dans la région. Waldick savait que l'allée était [TRADUCTION] «glissante, très verglacée et recouverte d'une mince couche de neige» et il a reconnu que cet état de choses pouvait se voir sans difficulté. En raison de la glace, il a fait preuve d'une prudence exceptionnelle en montant l'allée en voiture. Il a stationné à environ 20 pieds de l'endroit où l'étendue d'herbe rejoignait l'allée de gravier et a gagné la maison, marchant très prudemment à cause de la glace. Au bout d'un certain temps, il est allé chercher dans la voiture une cartouche de cigarettes américaines qu'il avait achetée pour sa sœur. Il a donc chaussé ses bottes d'hiver, a allumé la lumière du perron et est sorti prendre les cigarettes. En revenant à la maison, il a glissé sur la glace, est tombé à la renverse sur l'aire de stationnement et s'est fracturé le crâne.

Alléguant qu'il y avait eu négligence de la part des Malcolm et des propriétaires des lieux, Waldick a introduit en Cour suprême de l'Ontario une action fondée sur la Loi. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'action contre les propriétaires a été rejetée avec le consentement des parties. Le juge de première instance a déclaré les Malcolm responsables des lésions corporelles subies par Waldick et, les parties y donnant leur assentiment, il a différé la détermination du montant des dommages-intérêts.

L'appel interjeté par les Malcolm devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

Relevant Statutory Provisions

*Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1980, c. 322

2. Subject to section 9, the provisions of this Act apply in place of the rules of the common law that determine the care that the occupier of premises at common law is required to show for the purpose of determining his liability in law in respect of dangers to persons entering on the premises or the property brought on the premises by those persons.

3.—(1) An occupier of premises owes a duty to take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that persons entering on the premises, and the property brought on the premises by those persons are reasonably safe while on the premises.

4.—(1) The duty of care provided for in subsection 3 (1) does not apply in respect of risks willingly assumed by the person who enters on the premises, but in that case the occupier owes a duty to the person to not create a danger with the deliberate intent of doing harm or damage to the person or his property and to not act with reckless disregard of the presence of the person or his property.

9. . . .

(3) The provisions of the *Negligence Act* apply with respect to the causes of action to which this Act applies.

Decisions Below

*Supreme Court of Ontario* (Austin J.) (1987), 61 O.R. (2d) 624

Austin J. began by considering the statutory standard of care owed by occupiers of premises under s. 3(1) of the Act. He quoted with approval at p. 628 from *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645 (Alta. C.A.), in which the plaintiff also slipped and fell on an icy lot and in which Moir J.A. (for the Court) in considering a similar provision in the analogous Alberta statute, said, at p. 648:

In my respectful opinion the effect of the Act is two-fold. Firstly, it does away with the difference between

Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1980, ch. 322

2 Sous réserve de l'article 9, les dispositions de la présente loi remplacent, aux fins de déterminer la responsabilité légale de l'occupant des lieux en common law, les règles de common law qui déterminent le soin qu'il doit prendre à l'égard des dangers qui menacent les personnes qui entrent dans les lieux ou les biens qu'elles y apportent.

3 (1) Un occupant des lieux a l'obligation de prendre le soin qui s'avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause pour veiller à ce que les personnes qui entrent dans les lieux et les biens qu'elles y apportent soient raisonnablement en sûreté lorsqu'ils s'y trouvent.

4 (1) L'obligation de prendre soin prévue au paragraphe 3 (1) ne s'applique pas à l'égard des risques volontairement assumés par la personne qui entre dans les lieux. Toutefois, dans ce cas, l'occupant a envers elle l'obligation de ne créer aucun danger avec l'intention arrêtée de lui faire du tort ou d'endommager ses biens. Il a également l'obligation de ne pas agir de façon insouciant en faisant abstraction de la présence de la personne ou de ses biens.

9 . . .

(3) Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité* s'appliquent pour ce qui est des causes d'action auxquelles la présente loi s'applique.

g Les jugements des juridictions inférieures

*Cour suprême de l'Ontario* (le juge Austin) (1987), 61 O.R. (2d) 624

Le juge Austin a commencé par examiner l'obligation de prendre soin qu'impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Il a cité et approuvé, à la p. 628, l'arrêt *Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175* (1981), 123 D.L.R. (3d) 645 (C.A. Alb.). Il s'agit, là aussi, d'une affaire dans laquelle le demandeur a glissé et fait une chute sur un terrain recouvert de glace, et le juge Moir (au nom de la cour) a dit relativement à une disposition analogue de la loi albertaine correspondante (à la p. 648):

[TRADUCTION] À mon humble avis, la Loi a un double effet. Premièrement, elle fait disparaître la différence

invitees and licensees and puts both invitees and licensees into the common defined class of visitor. . . . Secondly, and more importantly, the statute now imposes an affirmative duty upon occupiers to take reasonable care for the safety of people who are permitted on the premises. This change is most marked because it does away with the old common law position that an occupier was only liable for unusual dangers of which he was aware or ought to have been aware. Under the old law the occupier could escape liability by giving notice. Now, the occupier has to make the premises reasonably safe. That does not absolve the visitor of his duty to take reasonable care but does place an affirmative duty on each and every occupier to make the premises reasonably safe. [Emphasis added.]

Austin J. was of the view that, even though the provision of the Alberta Act is not identical to s. 3(1) of the Ontario Act, the standard of care formulated under the two provisions is sufficiently similar to make *Preston* applicable.

Austin J. also considered the 1972 *Report on Occupiers' Liability* of the Ontario Law Reform Commission which led to the Act. That Report states, at pp. 14-15:

To persons formerly coming within the definition of invitees, licensees, and trespassers, the duty is to take "such care as in all the circumstances of the case is reasonable, to see that the person and his property will be reasonably safe . . .".

The expected judicial approach envisaged by the Commission would be the same approach that the courts have been using in matters of ordinary negligence. The test of foreseeability is still applicable.

Applying the "reasonableness" standard, in light of all the facts before him, Austin J. said at p. 631:

In looking at all the circumstances in the present case, I consider first that weather conditions were ideal to produce very icy and slippery surfaces upon the

entre les *invitees* [invités] et les *licensees* [personnes autorisées] en les faisant entrer tous les deux dans la catégorie générale des visiteurs [. . .] Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Loi impose désormais aux occupants l'obligation de prendre le soin qui s'avère raisonnable pour assurer la sécurité des personnes qui sont autorisées à entrer sur des lieux. Ce changement est plus marqué parce qu'il fait disparaître l'ancien principe de common law qui prévoyait qu'un occupant n'était responsable que des dangers inhabituels dont il connaissait ou aurait dû connaître l'existence. Suivant les anciennes règles de droit applicables, l'occupant pouvait se dérober à son obligation en donnant un avis. Désormais, l'occupant doit faire en sorte que les lieux soient raisonnablement sûrs. Cela ne décharge pas le visiteur de son obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable, mais impose à chaque occupant l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour rendre les lieux raisonnablement sûrs. [Je souligne.]

De l'avis du juge Austin, même si la disposition de la loi albertaine n'est pas identique au par. 3(1) de la Loi de l'Ontario, les obligations de prendre soin prévues par les deux dispositions se ressemblent suffisamment pour que s'applique l'arrêt *Preston*.

Le juge Austin a considéré également le *Report on Occupiers' Liability* (1972) de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, qui a mené à l'adoption de la Loi. On peut lire dans ce rapport, aux pp. 14 et 15:

[TRADUCTION] À l'égard des personnes qui relevaient autrefois des catégories des invités, des personnes autorisées et des intrus, il existe une obligation de prendre «le soin qui s'avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause pour veiller à ce que la personne et ses biens soient raisonnablement en sûreté . . .»

La Commission s'attend que les tribunaux procèdent comme ils l'ont fait en matière de négligence ordinaire. Le critère de la prévisibilité continue d'être applicable.

Appliquant à la lumière de l'ensemble des faits le critère du «caractère raisonnable», le juge Austin a dit, à la p. 631:

[TRADUCTION] En examinant toutes les circonstances de la présente instance, je constate d'abord qu'il existait des conditions atmosphériques idéales pour que l'aire de

[Malcolms'] gravel-surfaced parking area. The ice storm, not a common occurrence in this particular area, had occurred four days prior to the accident, followed by above and below freezing temperatures. In other words, the condition of the [Malcolms'] parking area on February 7th was not unexpected. The [Malcolms] did nothing to render their parking area less dangerous. The question is, by doing nothing under these conditions, do the [Malcolms] meet the standard of care required of them under the Act? In my opinion they do not. [Emphasis added.]

In support of this conclusion, he quoted a further passage from *Preston*:

Surely it is necessary for the occupier to inspect and to protect visitors if the conditions become dangerous by blocking access to dangerous areas in the lot, by sanding or salting (as was done on the sidewalk), or by any other reasonable and inexpensive means. To do nothing at all regardless of changing conditions is surely not reasonable care to see that visitors are reasonably safe. [Emphasis added.]

Austin J. said that it would not have been necessary for the Malcolms to have cleared or sanded or salted the whole parking area, but "it would have been reasonable to set aside a portion of their lot next to the entrance for treatment." He noted that the premises in issue were rural, but said that s. 3(1) imposes a duty on every occupier. "Doing nothing at all under the circumstances was not reasonable care" in Austin J.'s view, and he accordingly found the Malcolms in breach of s. 3(1).

Austin J. noted that the effect of s. 4(1) of the Act is to restrict the usual duty of care owed under s. 3(1). As to the application of s. 4(1) to the facts at bar, Austin J. said at p. 633:

The issue here then is what is meant by "risks willingly assumed"? Does it mean proceeding in the face of

stationnement revêtue de gravier chez les [Malcolm] soit couverte de glace et très glissante. La pluie verglaçante, peu commune d'ailleurs dans la région en question, était tombée quatre jours avant l'accident et, par la suite, les températures ont été tantôt au-dessus, tantôt au-dessous, du point de congélation. En d'autres termes, l'état où se trouvait l'aire de stationnement des [Malcolm] le 7 février n'était pas inattendu. Les [Malcolm] n'ont rien fait pour rendre moins dangereuse l'aire de stationnement. La question est donc de savoir si, compte tenu de leur inaction dans ces circonstances, les [Malcolm] se sont acquittés de l'obligation de prendre soin que leur impose la Loi. Je ne le crois pas. [Je souligne.]

À l'appui de cette conclusion, il cite un autre passage tiré de l'arrêt *Preston*:

[TRADUCTION] Il faut assurément que l'occupant fasse une inspection et, si les conditions deviennent dangereuses, qu'il protège les visiteurs en interdisant l'accès des parties dangereuses du terrain, en épandant du sable ou du sel (comme on l'avait fait sur le trottoir), ou en prenant toute autre mesure raisonnable et peu coûteuse. Ce n'est certainement pas en ne faisant rien du tout dans des conditions changeantes que l'on prend raisonnablement soin pour veiller à ce que les visiteurs soient raisonnablement en sûreté. [Je souligne.]

Le juge Austin a dit qu'il n'aurait pas été nécessaire que les Malcolm déneigent l'aire de stationnement au complet ou qu'ils y épandent du sable ou du sel, mais, d'après lui, [TRADUCTION] «il aurait été raisonnable de prendre de telles mesures dans la partie de leur stationnement qui se trouvait adjacente à l'entrée». Il a constaté qu'il s'agissait d'une propriété rurale, mais a précisé que le par. 3(1) impose une obligation à tous les occupants. Selon le juge Austin, [TRADUCTION] «ce n'était pas prendre un soin raisonnable que de ne rien faire du tout dans les circonstances». Il a conclu en conséquence que les Malcolm avaient enfreint le par. 3(1).

Le juge Austin a souligné que le par. 4(1) de la Loi a pour effet de limiter la portée de l'obligation normale de prendre soin prévue au par. 3(1). En ce qui concerne l'application du par. 4(1) aux faits de la présente instance, il a dit, à la p. 633:

[TRADUCTION] La question en l'espèce est donc de savoir ce que signifie l'expression «risques volontaire-



knowledge of the risks involved or is s. 4(1) intended to be a codification of the doctrine *volenti non fit injuria*?

If the former, Austin J. was of the view that Waldick must fail, because the evidence showed that he was fully aware of the ice and the attendant risks of slipping. If the latter were the correct interpretation, then s. 4(1) would not bar the claim as there had been no agreement waiving legal rights. He noted that the *volenti* doctrine requires such an agreement: see *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649.

Austin J. first cited cases in which it was decided that s. 4(1) creates a new principle, on the basis of which simple knowledge of the risk bars recovery. On the other hand, he noted at p. 634 that in its 1972 Report, the Ontario Law Reform Commission had concluded that the corresponding provision in the draft statute

... attempts to preserve the rule of common law concerning the application of the legal maxim '*volenti non fit injuria*', even though its scope has been significantly narrowed by Canadian decisions.

Austin J. then cited cases in which it was decided that s. 4(1) (or the analogous provisions in other jurisdictions) codifies *volenti*.

Austin J. also remarked that, whether the legislature had intended to codify *volenti* or rather to make knowledge of the risk sufficient, it could have used clearer language. He said at p. 636:

As it is, the choice appears to be between imposing a very serious responsibility upon occupiers on the one hand, particularly rural, northern and residential occupiers, and on the other, giving s. 4(1) an interpretation which would render s. 3(1) largely ineffective.

He decided on the first option, and accordingly concluded that Waldick's mere knowledge of the condi-

ment assumés». Cela veut-il dire agir en connaissance des risques, ou le par. 4(1) est-il censé être plutôt la codification de la maxime *volenti non fit injuria*?

Dans le premier cas, selon le juge Austin, Waldick devait être débouté parce qu'il ressortait de la preuve qu'il était parfaitement conscient de l'existence de la glace et du danger de glisser qu'elle présentait. Si c'était la seconde interprétation qui était la bonne, alors le par. 4(1) ne viendrait pas faire obstacle à la demande puisqu'il n'y avait eu aucun accord portant renonciation aux droits reconnus par la loi. Le juge Austin a fait remarquer que le principe de l'acceptation du risque exige une telle renonciation: voir l'arrêt *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649.

Le juge Austin a cité d'abord des causes dans lesquelles il a été jugé que le par. 4(1) pose un nouveau principe, suivant lequel la simple connaissance du risque exclut le dédommagement. Il a souligné par ailleurs, à la p. 634, que dans son rapport de 1972, la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait conclu que la disposition correspondante de la proposition de loi

[TRADUCTION] ... tente de maintenir la règle de common law concernant l'application de la maxime juridique «*volenti non fit injuria*», même si la jurisprudence canadienne en a sensiblement restreint la portée.

Le juge Austin a ensuite cité des affaires dans lesquelles il a été décidé que le par. 4(1) (ou la disposition analogue en vigueur dans d'autres ressorts) représente la codification du principe de l'acceptation du risque.

De plus, le juge Austin a indiqué que, peu importe que l'intention du législateur ait été de codifier le principe de l'acceptation du risque ou bien de faire que la seule connaissance du risque soit suffisante, il aurait pu employer à cet effet des termes moins équivoques. Il a dit, à la p. 636:

[TRADUCTION] En fait, il semble qu'on doive choisir soit de faire supporter aux occupants, particulièrement en milieu rural et dans le Nord et aux occupants de locaux d'habitation, une très lourde responsabilité, soit de donner au par. 4(1) une interprétation qui rendrait dans une grande mesure inopérant le par. 3(1).

C'est le premier parti qu'a pris le juge Austin et il a conclu en conséquence que la simple connaissance

tions he was facing did not constitute “risks willingly assumed” within the meaning of s. 4(1).

As noted above, s. 9(3) of the Act provides that the *Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315, applies to actions under the Act. This allows for apportionment of liability in cases of contributory negligence. After carefully reviewing the circumstances that led up to the accident, Austin J. found that Waldick had not been contributorily negligent.

In the result, the Malcolms were found liable, but by consent damages were not assessed.

*Ontario Court of Appeal* (Blair, Tarnopolsky and McKinlay J.J.A.) (1989), 70 O.R. (2d) 717

In writing for the Court of Appeal, Blair J.A. noted that this was the first occasion that the Court had considered the Act and quoted extensively from the introduction to the 1972 Ontario Law Reform Commission Report, *supra*. These extracts emphasize that one of the principal purposes of the legislation was to replace the somewhat obtuse common law of occupiers’ liability by a generalized duty of care based on the “neighbour” principle set down in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Blair J.A., at p. 722, also quoted Professor Fleming from *The Law of Torts*, (7th ed. 1987), at p. 450, as to the success of the reform brought to this area of the law by occupiers’ liability legislation:

Its central feature was to abandon the timorous distinction between categories of entrants and subsume the law of occupiers to the unifying principle of a “common duty of care”. The dearth of reported decisions over 25 years of operation bespeaks success in at least one of its objectives.

It was from this background of bearing in mind “the defects in the common law and the rationale for the

par Waldick des conditions auxquelles il faisait face ne constituait pas un cas de «risques volontairement assumés» au sens du par. 4(1).

Ainsi que je l’ai déjà fait remarquer, le par. 9(3) de la Loi dispose que la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1980, ch. 315, s’applique aux actions intentées en vertu de la Loi, ce qui permet la répartition de la responsabilité lorsqu’il y a négligence contributive. Ayant minutieusement examiné les circonstances antérieures à l’accident, le juge Austin a conclu à l’absence de négligence contributive de la part de Waldick.

Par conséquent, les Malcolms ont été jugés responsables, mais, sur le consentement des parties, le montant des dommages-intérêts n’a pas été fixé.

*Cour d’appel de l’Ontario* (les juges Blair, Tarnopolsky et McKinlay) (1989), 70 O.R. (2d) 717

Le juge Blair, qui a rédigé les motifs de la Cour d’appel, a signalé que c’était la première fois que la cour se penchait sur la Loi et il a longuement cité l’introduction du rapport susmentionné publié par la Commission de réforme du droit de l’Ontario en 1972. On souligne dans ces extraits que l’un des principaux objets de la loi était de remplacer les règles quelque peu obscures de la common law en matière de responsabilité des occupants par une obligation générale de prendre soin fondée sur le principe du [TRADUCTION] «prochain» posé dans l’arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Le juge Blair a cité en outre, à la p. 722, ce que dit le professeur Fleming dans *The Law of Torts* (7<sup>e</sup> éd. 1987), à la p. 450, relativement au succès de la réforme opérée dans ce domaine du droit par la législation concernant la responsabilité des occupants:

[TRADUCTION] Sa caractéristique essentielle était l’abandon de la timide distinction entre différentes catégories de personnes qui entrent sur des lieux, de manière que les règles de droit applicables aux occupants soient compris au sein du principe unificateur d’une «obligation commune de prendre soin». Le peu de décisions publiées depuis 25 ans que la législation est en vigueur témoigne de son succès, du moins en ce qui concerne l’un de ses objectifs.

Gardant ainsi à l’esprit [TRADUCTION] «les défauts de la common law et la raison d’être de la Loi», le juge

Act” that Blair J.A. considered the application of the statutory provisions to the facts of the instant appeal.

Blair J.A. also approved the passage (reproduced above) from the judgment of Moir J.A. in *Preston* relating to the twofold effect of the Act. In response to the contention by counsel for the Malcolms that the standard of care should be lower in light of the rural character of the Malcolm’s premises, and specifically in light of the alleged local custom of not sanding or salting driveways, Blair J.A. replied at p. 724:

I cannot, with respect, agree. Section 3(1) of the Act requires a court to determine the scope of an occupier’s duty “in all the circumstances of the case”. It would be contrary to the scheme of the Act to fragment the duty of occupiers by the imposition of arbitrary judge-made rules applicable to different kinds of premises, such as those suggested by counsel for the appellants for residential or commercial premises located in rural or urban settings. To do so would be to regress to the categorization of occupiers’ liability which characterized the common law. It would also defeat the statutory purpose of establishing a common duty of care. Austin J. properly rejected this attempted categorization in this case in the same way that the Alberta Court of Appeal in *Preston, supra*, rejected the argument that, because the defendant was a club, a lower standard of care than that applicable to commercial premises would apply. [Emphasis added.]

Blair J.A. pointed out, at p. 724, that the “trial judge was properly concerned lest an unrealistically high duty might be cast upon rural and northern residents in this province, where snowfall generally is heavier, and usage lighter, than in urban areas”. Blair J.A. agreed with the trial judge’s holding that the duty was not to make the whole farmground safe or to salt all the parking area but that the duty was limited to salting or sanding that part of the parking area “next to the entrance.” He found no fault with Austin J.’s assessment of what constituted “reasonable care” in the circumstances, and also agreed with the trial judge in his conclusion that, by doing nothing, the

Blair a porté son attention sur l’application des dispositions législatives aux faits de l’espèce.

Le juge Blair a approuvé, lui aussi, le passage (reproduit plus haut), tiré des motifs du juge Moir dans l’affaire *Preston*, traitant du double effet de la Loi. Devant l’argument de l’avocat des Malcolm, selon lequel l’obligation de prendre soin devrait être moins lourde compte tenu du caractère rural des lieux occupés par les Malcolm et compte tenu particulièrement de ce que, prétendait-on, l’usage local voulait que ni sable ni sel ne soit épandu sur les allées, le juge Blair a répondu, à la p. 724:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne suis pas d’accord. Le paragraphe 3(1) de la Loi oblige le tribunal à déterminer l’étendue de l’obligation de l’occupant «dans toutes les circonstances en cause». Il serait contraire à l’objet de la Loi de fragmenter l’obligation des occupants en les assujettissant à des règles arbitraires établies par les juges et applicables à différentes sortes de lieux, comme celles proposées par l’avocat des appelants pour les locaux d’habitation ou les locaux commerciaux situés en milieu rural ou urbain. Ce serait là une régression, un retour à la catégorisation de la responsabilité des occupants qui était propre à la common law. De plus, cela contrecarrerait l’objet, visé par la loi, d’établir une obligation commune de prendre soin. C’est donc à bon droit que le juge Austin a rejeté cette tentative de catégorisation en l’espèce, tout comme la Cour d’appel de l’Alberta, dans l’affaire *Preston*, précitée, avait écarté l’argument selon lequel la défenderesse, en sa qualité de club, était soumise à une norme de diligence moins sévère que celle applicable aux lieux commerciaux. [Je souligne.]

Le juge Blair a fait remarquer, à la p. 724, que [TRADUCTION] «le juge de première instance craignait à juste titre qu’une obligation lourde au point d’être irréaliste ne soit imposée aux habitants des régions rurales et septentrionales de la province, où il tombe généralement davantage de neige et où les lieux sont moins utilisés que dans les régions urbaines». Le juge Blair a souscrit à la conclusion du juge de première instance qu’il ne s’agissait nullement d’une obligation de voir à la sécurité dans toute la cour de la ferme ni d’épandre du sel partout sur l’aire de stationnement, mais d’une obligation qui se limitait à épandre du sel ou du sable sur la partie qui était [TRADUCTION]«adjacente à l’entrée». Il n’a rien trouvé à redire à l’opinion du juge Austin quant à ce qui cons-

appellants breached the standard prescribed by s. 3(1).

With respect to s. 4(1) of the Act, Blair J.A. noted the two conflicting trends in the case law concerning the proper interpretation of the words "risks willingly assumed". Since the time of trial, the Malcolms had found further support in a comment of Hutcheon J.A. in *Samis v. City of Vancouver* (British Columbia Court of Appeal, February 23, 1989, unreported). Counsel for the Malcolms urged the Court to consider an extract from that case to the effect that mere knowledge of the risk by the victim would be a bar to recovery. Blair J.A. replied that, on the facts of *Samis*, the statement was clearly *obiter*. He quoted again, at p. 727, from Moir J.A. in *Preston, supra*, at p. 649:

If the Act is interpreted to mean that any person coming on the premises and finding dangerous, icy conditions is deemed to accept the risk, the Act is effectively repealed. In my opinion, the duty to make the premises reasonably safe is placed upon the occupier. Merely because a visitor, upon arrival at the premises, sees that there is a risk in using the premises cannot in my opinion relieve the occupier of the duty placed upon him by the statute.

Blair J.A. also observed that the corresponding section in the English *Occupiers' Liability Act, 1957* (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, has been interpreted as preserving the *volenti* doctrine. He clearly preferred the view that s. 4(1) codifies the doctrine, and provided two additional reasons.

First, as a matter of statutory interpretation Blair J.A. stated that the Act must be read as a whole. Reading ss. 3(1) and 4(1) together, he said that if mere knowledge brings s. 4(1) into play, then "the broad principle of liability in s. 3(1) would be virtu-

titue un [TRADUCTION] «soin raisonnable» dans les circonstances et il a en outre retenu la conclusion du juge de première instance qu'en raison de leur inaction les appelants ont manqué à l'obligation prescrite au par. 3(1).

En ce qui concerne le par. 4(1) de la Loi, le juge Blair a noté les deux tendances opposées qui se dégagent de la jurisprudence relative à l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression «risques volontairement assumés». Depuis le procès, les Malcolms avaient trouvé dans une observation du juge Hutcheon dans l'affaire *Samis v. City of Vancouver* (Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 23 février 1989, inédite) un nouvel appui pour leur point de vue. L'avocat des Malcolms a insisté pour que la cour considère un extrait, tiré de cet arrêt, portant que la seule connaissance du risque par la victime viendrait empêcher celle-ci de se faire dédommager. Le juge Blair a répondu que, vu les faits de l'affaire *Samis*, il s'agissait manifestement là d'une opinion incidente. Il a cité encore une fois, à la p. 727, des propos tenus par le juge Moir dans l'affaire *Preston*, précitée, à la p. 649:

[TRADUCTION] Si la Loi est interprétée comme signifiant que toute personne entrant sur les lieux et y constatant des conditions dangereuses résultant de la présence de glace est réputée accepter le risque, cela revient en réalité à abroger la Loi. À mon avis, c'est à l'occupant qu'incombe l'obligation d'assurer une sécurité raisonnable sur les lieux. Le simple fait qu'un visiteur, à son arrivée sur les lieux, s'aperçoit qu'il ne peut s'en servir sans courir de risque ne décharge pas l'occupant, selon moi, de l'obligation que lui impose la loi.

Le juge Blair a fait observer en outre que l'article correspondant de l'*Occupiers' Liability Act, 1957* (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, d'Angleterre a été interprété de manière à maintenir le principe de l'acceptation du risque. De toute évidence, le juge Blair a préféré le point de vue suivant lequel le par. 4(1) est la codification de ce principe et il a exposé deux autres motifs pour cette opinion.

En premier lieu, le juge Blair a affirmé qu'aux fins d'interprétation la Loi est à prendre dans son ensemble. Rapprochant les par. 3(1) et 4(1), il a dit que si la simple connaissance suffisait pour que s'applique le par. 4(1), alors [TRADUCTION] «le principe général de

ally nullified". Second, Blair J.A. noted that the law has evolved away from "all or nothing defences", as can be seen in the way that contributory negligence has been statutorily modified to allow for apportionment of liability. Similarly, *volenti* has been narrowed, as shown by the decisions in *Dube v. Labar, supra*, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. In the latter case, Wilson J. said, at p. 1202, that the rule applies only when the plaintiff has assumed both the physical and the legal risks. Blair J.A. said that in the light of its reform-oriented goals, the Act must be taken to reflect current trends in the law of tort. As such, a narrow interpretation of the "all or nothing" defence provided by s. 4(1) would be appropriate.

The Malcolms submitted that the evidence at trial showed that Waldick had been contributorily negligent. In particular, it was urged that the evidence showing that Waldick was not wearing a coat at the time of the accident proved that he was hurrying and being less than prudent. Blair J.A. reviewed the thorough comments of the trial judge on this point, and noted that a number of decisions of this Court establishes that, in the absence of palpable or overriding error, an appellate court should not interfere with a trial judge's finding of negligence. Blair J.A. was of the view that no such palpable or overriding error was present in this case.

Consequently, the appeal was dismissed.

#### Points in Issue

1. Whether the Court of Appeal of Ontario erred in holding that the Malcolms breached the duty of care imposed by s. 3(1) of the *Occupiers' Liability Act*;
2. Whether, in the event that the Court of Appeal of Ontario was correct that the Malcolms did not meet the duty of care, Waldick willingly assumed

responsabilité posé au par. 3(1) s'en trouverait presque invalidé». En second lieu, le juge Blair a noté que le droit a évolué de façon que soient écartés les moyens de défense du [TRADUCTION] «tout ou rien»: témoin l'adoption de dispositions législatives modifiant le concept de la négligence contributive afin de permettre le partage de la responsabilité. De même, la portée du principe de l'acceptation du risque a été restreinte, comme l'indiquent les arrêts *Dube c. Labar*, précité, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. Dans ce dernier arrêt, le juge Wilson dit, à la p. 1202, que ce principe ne s'applique que lorsque le demandeur a assumé à la fois les risques physiques et les risques juridiques. Vu ses objets réformateurs, a dit le juge Blair, la Loi doit être considérée comme reflétant les tendances actuelles du droit de la responsabilité délictuelle. Il conviendrait dans ces circonstances de donner au moyen de défense du «tout ou rien» prévu au par. 4(1) une interprétation restrictive.

Les Malcolms ont fait valoir que, d'après la preuve produite en première instance, il y avait eu négligence contributive de la part de Waldick. Ils ont soutenu en particulier que les éléments de preuve démontrant que Waldick ne portait pas de manteau au moment de l'accident prouvaient qu'il se hâtait et manquait ainsi à la prudence. Le juge Blair a passé en revue les observations minutieuses du juge de première instance sur ce point et a signalé plusieurs arrêts de notre Cour établissant qu'en l'absence d'une erreur manifeste ou dominante, un tribunal d'appel ne doit pas toucher à la conclusion du juge de première instance qu'il y a eu négligence. De l'avis du juge Blair, il n'existait en l'espèce aucune erreur manifeste ou dominante.

Cela étant, l'appel a été rejeté.

#### Les questions en litige

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les Malcolms ont manqué à l'obligation de prendre soin que leur impose le par. 3(1) de la *Loi sur la responsabilité des occupants*?
2. À supposer que la Cour d'appel de l'Ontario ait été fondée à conclure que les Malcolms avaient manqué à l'obligation de prendre soin, Waldick a-

the risks of walking over the icy parking area, thus relieving them from liability, pursuant to s. 4(1) of the Act;

3. Whether the trial judge made a “palpable and overriding error” when he found that Waldick was not contributorily negligent.

### Analysis

1. *Did the Court of Appeal of Ontario err in holding that the Malcolms breached the duty of care imposed by s. 3(1) of the Occupiers' Liability Act?*

The courts below concluded that, in light of all the circumstances, the Malcolms breached the duty of care owed under s. 3(1) of the Act by doing nothing to render the parking area entrance to their house less slippery. While the Act in no way obliged them to salt or sand “every square inch of their parking area”, Austin J. was of the view that doing nothing fell short of the reasonable care requirement. Blair J.A. agreed, noting the duty was limited only to salting or sanding that part of the parking area next to the entrance and adding that it was undeniable that the Malcolms knew this part would be used by visitors like Waldick.

Both Austin J. and Blair J.A. also stressed that sand and salt are not expensive and are readily available.

Counsel for the Malcolms submitted that the lower courts had reduced the statutory words “in all the circumstances of the case” to a consideration of only two factors: foreseeability of an accident, and the costs of its avoidance. In counsel's view, this was an oversimplified “calculus of negligence” which constituted a reviewable error of law. More specifically, the Malcolms argued that the courts below should also have taken into account “the practices of persons in the same or similar situations as the person whose conduct is being judged”, or in other words, local

t-il volontairement assumé les risques courus en traversant à pied l'aire de stationnement recouverte de glace, dégageant ainsi les Malcolm de toute responsabilité aux termes du par. 4(1) de la Loi?

3. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur «manifeste et dominante» en concluant à l'absence de négligence contributive de la part de Waldick?

### Analyse

1. *Est-ce à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les Malcolm ont manqué à l'obligation de prendre soin que leur impose le par. 3(1) de la Loi sur la responsabilité des occupants?*

Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que, compte tenu de toutes les circonstances, les Malcolm avaient manqué à l'obligation de prendre soin prévue au par. 3(1) de la Loi en ne faisant rien pour rendre moins glissante l'aire de stationnement à l'entrée de leur maison. Bien que la Loi ne les oblige aucunement à épandre du sel ou du sable sur [TRADUCTION] «chaque pouce carré de l'aire de stationnement», le juge Austin a estimé que l'inaction constituait un manquement à l'obligation de prendre un soin raisonnable. Le juge Blair a partagé cet avis, faisant remarquer que l'obligation se limitait à mettre du sel ou du sable sur la partie de l'aire de stationnement se trouvant adjacente à l'entrée. Les Malcolm savaient incontestablement, a-t-il ajouté, que cette partie serait utilisée par des visiteurs comme Waldick.

Les juges Austin et Blair ont tous les deux souligné en outre que le sable et le sel ne coûtent pas cher et sont faciles à obtenir.

L'avocat des Malcolm a soutenu qu'aux fins de l'application de l'expression «dans toutes les circonstances en cause» employée dans la Loi, les tribunaux d'instance inférieure n'avaient retenu que deux éléments: la prévisibilité d'un accident et le coût des mesures préventives. Selon l'avocat, c'était là une simplification excessive de la [TRADUCTION] «détermination de la négligence», ce qui constituait une erreur de droit donnant lieu à révision. Plus précisément, les Malcolm ont fait valoir que les juridictions inférieures auraient dû prendre en considération éga-

custom. This, it was argued, would inject an element of community standards into the negligence calculus, and would promote behaviour which better accords with the reasonable expectations of community members.

Professor Linden's (as he then was) article, "Custom In Negligence Law" (1968), 11 *Can. Bar J.* 151, was cited in support of these propositions. At page 153, in the course of a discussion of the policy reasons for and against the relevance of custom Linden says that:

... customary practices can provide a fairly precise standard of care to facilitate the courts' task of deciding what is reasonable in the circumstances. Like penal statutes, customs can crystallize the ordinarily vague standard of reasonable care.

In the instant appeal, the relevant local custom which the courts below allegedly neglected to consider was "not sanding or salting driveways".

I am unable to agree with the Malcolms' submissions for several reasons. First of all, I do not agree with the premise of their argument, viz., that the lower courts failed to consider local custom. In my view, both Austin J. and Blair J.A. gave ample consideration to all the factors which could enter into an assessment of what constitutes reasonable care, including the alleged custom in the rural community involved. A close reading of the judgments below reveals that the learned judges considered, among other things: the weather, the time of year, the size of the parking area, the cost of preventive measures; the quality of the footwear worn by Waldick, the length of the pathway, and the fact that these were rural and residential premises.

The mere fact that the alleged custom was not decisive of the negligence issue does not in any way support the conclusion that it was not considered.

lement [TRADUCTION] «les usages de personnes dans des situations identiques ou similaires à celle de la personne dont la conduite est jugée»; en d'autres termes: l'usage local. Cela, prétendait-on, introduirait dans la détermination de la négligence les normes de la collectivité et favoriserait donc un comportement qui correspondrait mieux aux attentes raisonnables de ses membres.

L'article du professeur Linden (tel était alors son titre) intitulé «Custom In Negligence Law» (1968), 11 *Can. Bar J.* 151, a été cité à l'appui de ces propositions. À la page 153, dans le cadre d'une étude des raisons de principe militant pour, et contre, la pertinence de l'usage, Linden affirme que:

[TRADUCTION] ... les pratiques coutumières permettent de déterminer de façon assez précise la norme de conduite requise, facilitant ainsi la tâche des tribunaux chargés de décider si un comportement est raisonnable dans des circonstances données. Tout comme les lois pénales, l'usage peut aider à préciser le critère plutôt vague de la prudence raisonnable.

En l'espèce, l'usage local pertinent qu'auraient omis de prendre en considération les juridictions inférieures consistait à [TRADUCTION] «n'épandre ni sable ni sel sur les allées».

Pour plusieurs raisons, je ne puis retenir les arguments des Malcolm. Tout d'abord, je n'accepte pas la prémisse dont procède leur argumentation, à savoir que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas tenu compte de l'usage local. À mon avis, le juge Austin et le juge Blair ont tous les deux pris amplement en considération tous les facteurs pouvant jouer dans la détermination de ce qui constitue un soin raisonnable, y compris l'usage supposé suivi dans la collectivité rurale en question. Il ressort d'un examen attentif des jugements des juridictions inférieures que les savants juges ont considéré notamment le temps qu'il faisait, la saison, la superficie de l'aire de stationnement, le coût de mesures préventives, la qualité des chaussures que portait Waldick, la longueur du sentier et le fait qu'il s'agissait de lieux d'habitation situés en milieu rural.

Le simple fait que l'usage allégué n'a pas été déterminant sur la question de la négligence n'étaye aucunement la conclusion qu'il n'a pas été pris en

After all, the statutory duty on occupiers is framed quite generally, as indeed it must be. That duty is to take reasonable care in the circumstances to make the premises safe. That duty does not change but the factors which are relevant to an assessment of what constitutes reasonable care will necessarily be very specific to each fact situation—thus the proviso “such care as in all circumstances of the case is reasonable”. One such circumstance is whether the nature of the premises is rural or urban. Another is local custom, which Blair J.A. explicitly mentions and I view his reasons as considering and rejecting the alleged custom.

Secondly, there are proof problems that complicate the Malcolms’ argument in this regard. Acknowledging that custom can inform the courts’ assessment of what is reasonable in any given set of circumstances, it is nevertheless beyond dispute that, in any case where an alleged custom is raised, the “party who relies on either his own compliance with custom or the other person’s departure from general practice bears the onus of proof that the custom is in effect.” (Linden, *supra*, at p. 167). Only in the rarest and most patently obvious of cases will the courts take judicial notice of a custom, and even this, as Linden warns, is a “dangerous practice”.

It would be preferable for courts to demand evidence of the general practice or not to rely on custom at all. Counsel who wish to rely on custom would be most unwise to attempt to do so without adducing expert evidence of general practice. [At p. 167.]

In the case at bar, there is nothing apart from the completely unsupported testimony of the appellant Mrs. Malcolm that tends to prove something that could qualify as custom. She was asked:

Q: To your knowledge . . . do any of your neighbours in the immediate area salt their driveways?

A: No.

considération. Après tout, l’obligation légale imposée aux occupants est formulée dans des termes assez généraux, comme il se doit d’ailleurs. Il s’agit d’une obligation de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances pour assurer la sécurité sur les lieux en question. Cette obligation ne change pas, mais les facteurs pertinents aux fins de déterminer en quoi consiste un soin raisonnable seront nécessairement bien particuliers aux faits de chaque espèce, d’où la précision: «le soin qui s’avère raisonnable dans toutes les circonstances en cause». L’une de ces circonstances est la nature rurale ou urbaine des lieux. Une autre est l’usage local que le juge Blair mentionne explicitement et, selon moi, ses motifs portent que l’usage invoqué a été pris en considération et ne devait pas être admis.

Deuxièmement, l’argument avancé par les Malcolm sur ce point présente certaines difficultés en ce qui concerne la preuve. À supposer que les tribunaux puissent retenir l’usage aux fins de décider de ce qui est raisonnable dans des circonstances données, il est néanmoins incontestable que, dans toute cause où l’on s’appuie sur un usage, [TRADUCTION] «la partie qui prétend avoir respecté l’usage ou qui soutient que son adversaire y a dérogé a le fardeau de prouver qu’il s’agit effectivement d’un usage répandu.» (Linden, *loc. cit.*, à la p. 167). Ce n’est que dans des cas les plus rares et les plus évidents que les tribunaux prendront connaissance d’office d’un usage et, encore là, cette [TRADUCTION] «pratique comporte des dangers» contre lesquels Linden met en garde:

[TRADUCTION] Il serait préférable que les tribunaux exigent une preuve de la pratique générale, ou qu’ils ne tiennent aucun compte de l’usage. Les avocats qui veulent invoquer un usage seraient fort imprudents s’ils ne faisaient pas témoigner des experts au sujet de la pratique généralement reconnue. [À la p. 167.]

En l’espèce, mis à part le témoignage, tout à fait sans corroboration, de l’appelante M<sup>me</sup> Malcolm, il n’y a rien qui tende à apporter une preuve de quelque chose pouvant être qualifié d’usage. On a posé à M<sup>me</sup> Malcolm les questions suivantes:

[TRADUCTION] Q: À votre connaissance [. . .] y en a-t-il dans votre voisinage immédiat qui épandent du sel sur leurs allées?

R: Non.



Q: Does your brother?

A: No.

It was clearly open to the courts below to conclude that the evidence was, without more, insufficient to discharge the onus of proof that rests on the Malcolms. That is how I read the judgments below.

Thirdly, even if there had been adequate evidence in the record of a general local custom of not salting or sanding driveways, I am not of the view that such a custom would necessarily be decisive against a determination of negligence in the case at bar. Shortly after the extract cited by the Malcolms, Linden (*supra*, at p. 154) also points out that:

... tort courts have not abdicated their responsibility to evaluate customs, for negligent conduct cannot be countenanced, even when a large group is continually guilty of it.

In short, no amount of general community compliance will render negligent conduct "reasonable . . . in all the circumstances". (See in another context, the recent decision of this Court in *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, in which L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, held that professional practice, which is not shown to be demonstrably reasonable, could not be an answer to a claim of professional negligence. See also: *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338 (Man. C.A.)) If, as the lower courts found, it is unreasonable to do absolutely nothing to one's driveway in the face of clearly treacherous conditions, it matters little that one's neighbours also act unreasonably. Presumably it is exactly this type of generalized negligence that the Act is meant to discourage.

As Linden points out, certain types of community practices will not be given weight by the courts. Commenting on *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217, where Kelly J. found the habit of farmers who left their trucks on the snowbound roadside unlighted and unattended to be negligent, Linden says at p. 162:

Q: Votre frère le fait-il?

R: Non.

De toute évidence, il était loisible aux juridictions inférieures de conclure que ce témoignage ne suffisait pas à lui seul pour décharger les Malcolm du fardeau de la preuve qui leur incombait. C'est ainsi que j'interprète les jugements des juridictions inférieures.

Troisièmement, même s'il avait existé au dossier une preuve suffisante d'un usage local général consistant à n'épandre ni sel ni sable sur les allées, je ne crois pas que cet usage eût nécessairement milité décisivement contre une conclusion de négligence en l'espèce. Peu après le passage cité par les Malcolm, Linden (*loc. cit.*, à la p. 154) signale également que:

[TRADUCTION] . . . les tribunaux siégeant en matière de responsabilité délictuelle n'ont pas renoncé à se prononcer sur le bien-fondé des usages, car on ne saurait encourager un comportement entaché de négligence, même s'il est le fait d'un grand nombre de personnes.

Bref, si généralisée soit-elle au sein de la collectivité, une conduite négligente ne sera pas pour autant «raisonnable dans toutes les circonstances». (Voir dans un autre contexte l'arrêt récent de notre Cour *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, dans lequel le juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs de la Cour, dit qu'une pratique professionnelle dont le caractère raisonnable n'a pas été démontré ne peut être opposée à une action pour négligence professionnelle. Voir également: *James v. River East School Division No. 9* (1975), 64 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Man.)) Si, ainsi que l'ont décidé les tribunaux d'instance inférieure, on agit déraisonnablement en ne faisant rien du tout devant l'état manifestement dangereux de son allée, il importe peu alors que la conduite de ses voisins soit également déraisonnable. On peut supposer d'ailleurs que c'est précisément ce genre de négligence généralisée que la Loi vise à décourager.

Comme le fait remarquer Linden, les tribunaux ne donneront aucun poids à certains types de pratiques suivies au sein d'une collectivité. Commentant la décision *Drewry v. Towns* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217, où le juge Kelly a déclaré négligente l'habitude qu'avaient les agriculteurs de laisser leurs camions, non éclairés et sans surveillance, sur des bords de chemin enneigés, Linden dit, à la p. 162:

... the so-called parking “practice” of the farmers in the area was not the type of general practice that earns the acceptance of the courts, that is, the customary way that a business or profession is conducted. Such a custom is worthy of judicial protection as long as it is not shown to be negligent, but a mere “habit” of a few farmers does not deserve similar treatment. [Emphasis added.]

In my view, it is far from self-evident that the “practice” of not sanding or salting the driveways in the area should earn the acceptance of the courts.

To conclude on this point, the existence of customary practices which are unreasonable in themselves, or which are not otherwise acceptable to courts, in no way ousts the duty of care owed by occupiers under s. 3(1) of the Act. That duty is to take such care as is reasonable in the circumstances, and in my view, both Austin J. and Blair J.A. correctly stated and applied the law in this regard. They both considered “all the circumstances of the case”. I would accordingly agree that the Malcolms breached the statutory duty of care imposed by s. 3(1) of the Act.

2. *In the event that the Court of Appeal of Ontario was correct that the Malcolms did not meet the duty of care, did Waldick willingly assume the risks of walking over the icy parking area, thus relieving them from liability, pursuant to s. 4(1) of the Act?*

At issue under this ground of appeal is the scope of the defence which s. 4(1) offers to occupiers. They will be absolved of liability in those cases where the losses suffered by visitors on their premises come as a result of “risks willingly assumed” by those visitors. As Austin J. and Blair J.A. noted, there are two quite distinct and conflicting trends in the jurisprudence as to the proper interpretation of this term. In essence, they reflect two standards of what assuming a risk means: the first involves merely knowing of the risk that one is running, whereas the second involves not only knowledge of the risk, but also a consent to the legal risk, or in other words, a waiver of legal rights that may arise from the harm or loss

[TRADUCTION] ... la prétendue «pratique» de stationnement des agriculteurs de cette région ne faisait pas partie du genre de pratique générale admise par les tribunaux, savoir un usage communément accepté par une industrie ou une profession. Un tel usage mérite la protection judiciaire pourvu qu’il ne présente aucun caractère de négligence, mais il n’en va pas de même d’une simple «habitude» de quelques agriculteurs. [Je souligne.]

À mon avis, il est loin d’être évident que la «pratique», suivie dans la région en question, consistant à n’épandre ni sable ni sel sur les allées devrait être admise par les tribunaux.

Pour terminer sur ce point, l’existence de pratiques habituelles déraisonnables en soi, ou par ailleurs inacceptables pour les tribunaux, n’écarte aucunement l’obligation de prendre soin qu’impose aux occupants le par. 3(1) de la Loi. Il s’agit d’une obligation de prendre le soin qui est raisonnable dans les circonstances et, selon moi, les juges Austin et Blair ont tous les deux énoncé et appliqué correctement le droit dans ce domaine. Tous les deux ont tenu compte de «toutes les circonstances en cause». Je partage en conséquence leur avis que les Malcolms ont manqué à l’obligation de prendre soin prévue au par. 3(1) de la Loi.

2. *À supposer que la Cour d’appel de l’Ontario ait été fondée à conclure que les Malcolms avaient manqué à l’obligation de prendre soin, Waldick a-t-il volontairement assumé les risques courus en traversant à pied l’aire de stationnement recouverte de glace, dégageant ainsi les Malcolms de toute responsabilité aux termes du par. 4(1) de la Loi?*

Ce moyen de pourvoi soulève la question de la portée de la défense qu’offre aux occupants le par. 4(1). La responsabilité de ces derniers n’est pas engagée dans les cas où les préjudices subis par des visiteurs sur les lieux qu’ils occupent résultent de «risques volontairement assumés» par ces visiteurs. Comme l’indiquent les juges Austin et Blair, la jurisprudence fait état de tendances bien distinctes et contradictoires en ce qui a trait à l’interprétation qu’il convient de donner à cette expression. Ces tendances reflètent essentiellement deux notions de ce que signifie assumer un risque: dans le premier cas, la seule connaissance du risque que l’on court suffit, tandis que dans le second, il faut, outre la connais-

that is being risked. The latter standard is captured by the maxim *volenti non fit injuria* (the *volenti* doctrine) whereas the former is sometimes referred to as "*sciens*", or in other words, mere "knowing" as opposed to actually "willing".

Counsel for the Malcolms argued that s. 4(1) should be interpreted as meaning something between mere knowledge and the strict *volenti* approach. He suggested that s. 4(1) would be met where it could be shown that the visitor had a knowledge and appreciation of the danger on the premises.

In my view, the reasons of Blair J.A. on this issue are also an admirably correct statement of the law. I have no doubt that s. 4(1) of the Act was intended to embody and preserve the *volenti* doctrine. This can be seen by looking at the statutory scheme that is imposed by the Act as a whole. It is clear the intention of the Act was to replace, refine and harmonize the common law duty of care owed by occupiers of premises to visitors on those premises. That much seems evident from the wording of s. 2 of the Act:

2. Subject to section 9, the provisions of this Act apply in place of the rules of the common law that determine the care that the occupier of premises at common law is required to show for the purpose of determining his liability in law in respect of dangers to persons entering on the premises or the property brought on the premises by those persons.

I am of the view that the Act was not intended to effect a wholesale displacement of the common law defences to liability, and it is significant that no mention is made of common law defences in s. 2. Reinforcement of this view is found when one asks why this area of law should entail a defence other than *volenti* which is applicable to negligence actions generally. There does not appear to be anything special

sance du risque, qu'il y ait acceptation du risque juridique ou, en d'autres termes, renonciation aux droits reconnus par la loi qui peuvent découler du préjudice ou de la perte que l'on risque. Cette dernière notion s'exprime dans la maxime *volenti non fit injuria* (le principe de l'acceptation du risque), alors que la première est parfois appelée «*sciens*», autrement dit, le simple fait de «savoir» par opposition à réellement «vouloir».

L'avocat des Malcolms a soutenu que le par. 4(1) devrait s'interpréter comme ayant un sens qui se situe entre la simple connaissance et l'application stricte du principe de l'acceptation du risque. D'après lui, il suffirait aux fins du par. 4(1) de démontrer que le visiteur était au courant et conscient du danger existant sur les lieux.

À mon avis, les motifs du juge Blair touchant cette question représentent en même temps une formulation admirablement exacte de la règle de droit applicable. Je ne doute pas que le par. 4(1) de la Loi était censé concrétiser et maintenir le principe de l'acceptation du risque. On s'en rend compte en examinant l'ensemble du régime législatif créé par la Loi. Celle-ci visait manifestement à remplacer, à mettre au point et à harmoniser l'obligation de prendre soin qu'avaient en common law les occupants de lieux envers les visiteurs qui entraient sur ces lieux. Voilà qui semble évident à la lecture de l'art. 2 de la Loi:

2 Sous réserve de l'article 9, les dispositions de la présente loi remplacent, aux fins de déterminer la responsabilité légale de l'occupant des lieux en common law, les règles de common law qui déterminent le soin qu'il doit prendre à l'égard des dangers qui menacent les personnes qui entrent dans les lieux ou les biens qu'elles y apportent.

J'estime que la Loi n'était pas destinée à écarter en bloc les moyens de défense de common law en matière de responsabilité, et il est révélateur que l'art. 2 ne fasse aucune mention de ces moyens de défense. Ce point de vue se trouve renforcé quand on se demande pourquoi il devrait y avoir dans ce domaine du droit une défense autre que celle de l'acceptation du risque qui peut être soulevée dans les actions pour négligence en général. Le domaine de la responsabilité des occupants ne semble avoir rien de

about occupiers' liability that warrants a departure from the widely accepted *volenti* doctrine.

Accordingly, I agree with Blair J.A. who found that the second branch of decided cases provides compelling grounds for viewing s. 4(1) as an embodiment of the *volenti* doctrine. Blair J.A., at p. 728, approved the words of DuPont J. in *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334 which, in my view, are particularly apposite to the case at bar. DuPont J. said, at p. 8, that if the courts interpret s. 4(1) as requiring only knowledge of the risk on the part of the victim:

It would seem to follow that if such contention is correct, occupiers would always escape liability whenever a risk of any sort is apparent or known to an injured party, even where the occupier has failed to take any reasonable steps to render the property reasonably safe for use. . . . Such an interpretation would nullify much of the intent of s. 3(1) of the Act that specifically creates a duty of care upon the occupier to take reasonable steps to maintain the property in a reasonably safe condition.

Usually more than mere knowledge of the risk is required to invoke s. 4(1) of the Act in the sense suggested. The risks willingly assumed must be known to the plaintiff and from the plaintiff's conduct and circumstances revealed, the plaintiff must have assumed it in the sense of being prepared to accept the entire risk of injury that may result without recourse to any contribution or liability from or of any other party. [Emphasis added.]

The so-called intermediate position between *volenti* and mere knowledge advanced by the Malcolms herein points in the direction of reviving the somewhat draconian standards set down by the House of Lords in *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737, which was roundly criticized, and rightly so, in my view, for effectively eliminating any volitional element to the *volenti* defence. Following that decision, mere knowledge of the peril by the

particulier qui justifie qu'on se détourne du principe généralement admis de l'acceptation du risque.

Cela étant, je me range à l'avis du juge Blair, qui a conclu que la seconde branche de la jurisprudence fournit des motifs sérieux de voir dans le par. 4(1) la concrétisation du principe de l'acceptation du risque. Le juge Blair a exprimé son approbation, à la p. 728, des propos tenus par le juge DuPont dans l'affaire *Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd.* (1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334, lesquels, selon moi, sont particulièrement pertinents en l'espèce. Le juge DuPont affirme, à la p. 8, que, si les tribunaux interprétaient le par. 4(1) comme exigeant seulement que la victime soit au courant du risque:

[TRADUCTION] Il semblerait s'ensuivre, à supposer que cet argument soit bien fondé, que les occupants échapperaient toujours à la responsabilité chaque fois qu'un risque, quel qu'il soit, est évident pour la personne lésée ou que celle-ci en est au courant, même si l'occupant n'a pas pris de mesures raisonnables destinées à faire en sorte que le bien-fonds puisse être utilisé avec un degré raisonnable de sécurité [...] Une telle interprétation neutraliserait en grande partie l'intention manifestée au par. 3(1) de la Loi, qui impose expressément à l'occupant une obligation de prendre des mesures raisonnables pour maintenir sur le bien-fonds un état raisonnable de sécurité.

Normalement, il en faut davantage que la simple connaissance du risque pour que le par. 4(1) de la Loi puisse être invoqué de la manière proposée. Les risques volontairement assumés doivent être connus du demandeur et, d'après sa conduite et dans les circonstances établies, le demandeur doit les avoir assumés en ce sens qu'il était prêt à accepter totalement le risque de blessures éventuelles, sans chercher à se faire dédommager par une autre partie ou à engager la responsabilité de cette dernière. [Je souligne.]

Ce que proposent en l'espèce les Malcolms comme moyen terme entre la défense d'acceptation du risque et celle de la simple connaissance évoque la résurrection des normes quelque peu draconiennes établies par la Chambre des lords dans l'arrêt *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737, lequel a été sévèrement critiqué, à juste titre selon moi, du fait qu'il supprimait en réalité tout élément de volonté que pouvait comporter la défense d'acceptation du

victim was a defence. As Professor Fleming notes in *The Law of Torts*, *supra*, at p. 431:

*Horton's* case encountered such devastating professional disapproval that it was promptly abrogated in England by statute. . . .

To my mind, it is significant that the English law to which Professor Fleming refers uses a similar phrase, namely, "risks willingly accepted" as s. 4(1) of the Act and adds parenthetically that the question whether a risk was so accepted is to be decided on the same principles as in other cases, in which one person owes a duty of care to another. The absence of the parenthetical explanation in s. 4(1) of the Act does not mean it should be interpreted differently: see *Occupiers' Liability Act, 1957* (U.K.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 31, s. 2(5); *Occupiers' Liability Act, 1984* (U.K.), 1984, c. 3, s. 1(6). In that connection, the U.K. section has consistently been held to require more than a mere knowledge of the risk by the plaintiff: see, for example, *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59, at p. 65, per O'Connor J. and *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158, at p. 164, per Denning M.R.

The goals of the Act are to promote, and indeed, require where circumstances warrant, positive action on the part of occupiers to make their premises reasonably safe. The occupier may, however, wish to put part of his property "off limits" rather than to make it safe, and in certain circumstances that might be considered reasonable. Where no such effort has been made, as in the case at bar, the exceptions to the statutory duty of care will be few and narrow. As Professor Di Castri states in his book *Occupiers' Liability*, at p. 229: "It may be assumed the words 'willingly accepted' will not be given a liberal interpretation. . . . It would seem that the defence will be difficult to sustain in view of the high standard of evidence [of voluntariness] required." In the course of these remarks, Professor Di Castri cites from the decision of Laskin J. (as he then was) in *Mitchell v.*

risque. À la suite de cet arrêt, la simple connaissance du péril par la victime constituait une défense. Ainsi que le fait remarquer le professeur Fleming dans *The Law of Torts*, précité, à la p. 431:

[TRADUCTION] L'arrêt *Horton* a suscité chez les juristes une désapprobation tellement accablante qu'il a été promptement annulé en Angleterre par l'adoption d'une loi . . .

Il est révélateur, à mon sens, que la loi anglaise mentionnée par le professeur Fleming utilise l'expression «risks willingly accepted» («risques volontairement acceptés») semblable à celle du par. 4(1) de la Loi et poursuive, entre parenthèses, que la question de savoir si un risque a été accepté doit être tranchée selon les mêmes principes que dans les autres cas où une personne a une obligation de diligence envers une autre personne. L'absence d'explication entre parenthèses au par. 4(1) de la Loi ne signifie pas qu'elle doive être interprétée différemment: voir *Occupiers' Liability Act, 1957* (R.-U.), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 31, par. 2(5); *Occupiers' Liability Act, 1984* (R.-U.), 1984, ch. 3, par. 1(6). À cet égard, les tribunaux britanniques ont statué uniformément que ce paragraphe exige davantage que la simple connaissance du risque par le demandeur: voir par exemple, *Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd.*, [1969] 2 All E.R. 59, à la p. 65, par le juge O'Connor, et *White v. Blackmore*, [1972] 3 All E.R. 158, à la p. 164, par le maître des rôles Denning.

La Loi vise à encourager les occupants — et leur en impose même l'obligation lorsque les circonstances le commandent — à prendre des mesures concrètes pour assurer un degré raisonnable de sécurité sur les lieux qu'ils occupent. L'occupant pourra toutefois préférer interdire l'accès d'une partie des lieux plutôt que de les rendre sûrs, et cela pourra être considéré comme raisonnable dans certaines circonstances. Lorsque aucune mesure de ce genre n'a été prise, ce qui est le cas en l'espèce, les exceptions à l'obligation de prendre soin prévue par la loi seront peu nombreuses et leur portée restreinte. Ainsi que l'affirme le professeur Di Castri dans son livre intitulé *Occupiers' Liability*, à la p. 229: [TRADUCTION] «On peut supposer que les mots «volontairement acceptés» ne recevront pas une interprétation libérale [. . .] Il semble que ce moyen de défense sera diffi-

*Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 S.C.R. 592, and includes an extract at p. 617 which, to my mind, is relevant to the question before us:

I regard it as wrong in principle to dissolve a duty of care that arises on the facts of a case merely because the person to whom the duty is owed knows that he may be exposing himself to some danger, and especially so when there is applicable apportionment legislation.

Of course, such apportionment legislation exists in Ontario, and, indeed, is at the core of the third ground of appeal in the instant case.

As Blair J.A. noted, several recent decisions of this Court have clarified the *volenti* doctrine and its place in the current state of the law of torts. In *Dube v. Labar*, *supra*, at p. 658, Estey J. reduced the scope of the *volenti* defence, holding that it will only arise:

... where the circumstances are such that it is clear that the plaintiff, knowing of the virtually certain risk of harm, in essence bargained away his right to sue for injuries incurred as a result of any negligence on the defendant's part. The acceptance of risk may be express or may arise by necessary implication from the conduct of the parties, but it will arise ... only where there can truly be said to be an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take due care for the safety of the plaintiff, and that the plaintiff did not expect him to.

Common sense dictates that only rarely will a plaintiff genuinely consent to accept the risk of the defendant's negligence.

Wilson J. further emphasized the exceptional and somewhat anachronistic nature of *volenti* in light of the current trends in the law of torts. She said at

lement soutenable compte tenu de la sévérité de la norme à respecter en ce qui concerne la preuve [du caractère volontaire].» Dans le cadre de ces observations, le professeur Di Castri cite les motifs du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'affaire *Mitchell c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592, à la p. 617, en reproduisant notamment un extrait qui, à mon sens, est pertinent relativement à la question dont nous sommes saisis:

Je considère que c'est une erreur de principe que de dissoudre une obligation de diligence résultant des faits d'une affaire pour le seul motif que la personne envers qui on a un devoir sait qu'elle peut s'exposer à quelque danger, à plus forte raison lorsqu'il y a une loi applicable relative à la répartition de la faute.

Bien entendu, il existe en Ontario une loi en matière de répartition de la faute, laquelle est en fait au cœur du troisième moyen de pourvoi soulevé en l'espèce.

Comme l'a fait remarquer le juge Blair, plusieurs arrêts récents de notre Cour sont venus élucider le principe de l'acceptation du risque et préciser son rôle actuel dans le droit de la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt *Dube c. Labar*, précité, à la p. 658, le juge Estey a réduit la portée de la défense d'acceptation du risque, statuant qu'elle ne peut être invoquée que

... lorsque les circonstances sont telles qu'il est manifeste que le demandeur, connaissant le risque presque certain de préjudice, a essentiellement convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures subies par suite d'une négligence quelconque du défendeur. L'acceptation du risque peut être expresse ou peut ressortir de façon nettement implicite de la conduite des parties, mais elle n'est opposable [...] que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse.

Le bon sens révèle que ce n'est que rarement qu'un demandeur consentira vraiment à accepter le risque découlant de la négligence du défendeur.

Le caractère exceptionnel et quelque peu anachronique que présente, dans le contexte des tendances actuelles en droit de la responsabilité délictuelle, le

p. 1202 of *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*:

Since the *volenti* defence is a complete bar to recovery and therefore anomalous in an age of apportionment, the courts have tightly circumscribed its scope. It only applies in situations where the plaintiff has assumed both the physical and the legal risk involved in the activity. . . .

In my view, the legislature's intention in enacting s. 4(1) of the Act was to carve out a very narrow exception to the class of visitors to whom the occupier's statutory duty of care is owed. This exception shares the same logical basis as the premise that underlies *volenti*, i.e., "that no wrong is done to one who consents. By agreeing to assume the risk the plaintiff absolves the defendant of all responsibility for it": *per* Wilson J. in *Crocker*, *supra*, at p. 1201. Rare may be the case where a visitor who enters on premises will fully know of and accept the risks resulting from the occupier's non-compliance with the statute. To my mind, such an interpretation of s. 4(1) accords best with general principles of statutory interpretation, is more fully consonant with the legislative aims of the Act, and is consistent with tort theory generally.

Both Austin J. and Blair J.A. were of the view that Waldick did not consent to the legal risk or waive any legal rights that might arise from the negligence of the Malcolms. I agree with their disposition of this ground of appeal and conclude that Waldick is not barred from recovery by the operation of s. 4(1) of the Act.

3. *Did the trial judge make a "palpable and overriding error" when he found that Waldick was not contributorily negligent?*

Blair J.A. refused, rightly in my view, to revisit the findings of Austin J. as to the issue of contributory negligence. The Malcolms before this Court simply reargued a point that was explicitly rejected by Blair

moyen de défense d'acceptation du risque a été souligné une fois de plus par le juge Wilson, qui dit, à la p. 1202 de l'arrêt *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précité:

<sup>a</sup> Étant donné que le moyen de défense d'acceptation du risque empêche tout dédommagement et est par conséquent anormal à l'ère du partage de la responsabilité, les tribunaux lui ont imposé des limites strictes. Il ne s'applique que dans les cas où le demandeur a assumé à la fois le risque physique et le risque juridique qui découlent de l'activité. . . .

<sup>c</sup> À mon avis, le législateur a visé par l'adoption du par. 4(1) de la Loi à créer une exclusion, de portée très limitée, de la catégorie des visiteurs envers lesquels l'occupant a une obligation légale de prendre soin. Le fondement logique de cette exclusion est identique à celui de la prémisse qui sous-tend l'acceptation du risque, c.-à-d. que «celui qui consent ne subit aucun préjudice. En acceptant d'assumer le risque, le demandeur dégage la défenderesse de toute responsabilité»: le juge Wilson dans l'arrêt *Crocker*, précité, à la p. 1201. Rares seront les cas où un visiteur qui entre sur des lieux connaîtra parfaitement et acceptera totalement les risques résultant de l'inobservation de la loi par l'occupant. À mon sens, c'est cette interprétation du par. 4(1) qui s'accorde le mieux avec les principes généraux d'interprétation des lois, qui est le plus en harmonie avec les objets de la Loi et qui concorde avec la théorie de la responsabilité délictuelle en général.

<sup>g</sup> Les juges Austin et Blair ont tous les deux estimé que Waldick n'avait pas accepté le risque juridique ni renoncé à tout droit légal qui pouvait résulter de la négligence des Malcolms. Je souscris à la décision qu'ils ont rendue sur ce moyen et je conclus que le par. 4(1) de la Loi ne joue pas de manière à empêcher Waldick de se faire dédommager.

<sup>i</sup> 3. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur «manifeste et dominante» en concluant à l'absence de négligence contributive de la part de Waldick?*

<sup>j</sup> Le juge Blair a refusé, à bon droit selon moi, de revenir sur les conclusions du juge Austin sur la question de la négligence contributive. Devant notre Cour, les Malcolms n'ont fait que reprendre un argu-

J.A. They contest the failure of the trial judge to draw an inference of carelessness from the proof that Waldick was not wearing a winter coat. In my view, there have been no new arguments presented before this Court that could in any way lead to the conclusion that Austin J. made a “palpable and overriding” error in his appreciation of the evidence or in his finding on the contributory negligence issue.

### Conclusion

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Brimage, Tyrrell, Van Severen & Hemeniuk, Simcoe.*

ment qu’avait explicitement rejeté le juge Blair de la Cour d’appel. Ils ont contesté en effet l’omission du juge de première instance de conclure à la négligence à partir de la preuve établissant que Waldick ne portait pas de manteau d’hiver. À mon avis, on n’a présenté à notre Cour aucun argument nouveau qui permette de conclure que le juge Austin a commis une erreur «manifeste et dominante» dans son appréciation de la preuve ou dans sa conclusion sur la question de la négligence contributive.

### Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Lerner & Associates, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Brimage, Tyrrell, Van Severen & Hemeniuk, Simcoe.*



**Director of Soldier Settlement** *Appellant*

**Directeur de l'établissement de  
soldats** *Appelant*

v.

a c.

**Fred King, Executor of the Last Will and  
Testament of Charlie Snider, Deceased**

**Fred King, exécuteur testamentaire de feu  
Charlie Snider,**

and

b et

**Albert Snider and Fred Snider, Executors of  
the Last Will and Testament of Tillie Snider,  
Deceased** *Respondents*

**Albert Snider et Fred Snider, exécuteurs  
testamentaires de feu Tillie Snider,** *Intimés*

c

and

et

**The Attorney General for  
Alberta** *Respondent*

d **Le procureur général de l'Alberta** *Intimé*

and

et

**The Attorney General of Manitoba and the  
Attorney General for  
Saskatchewan** *Intervenors*

e **Le procureur général du Manitoba et le  
procureur général de la  
Saskatchewan** *Intervenants*

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF SOLDIER  
SETTLEMENT) v. SNIDER ESTATE

f RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT  
DE SOLDATS) c. SUCCESSION SNIDER

File No.: 21186.

N<sup>o</sup> du greffe: 21186.

1991: February 27; 1991: June 27.

g 1991: 27 février; 1991: 27 juin.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

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

*Mines and minerals — Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Whether mineral estate in land was transferred to province under Natural Resources Transfer Agreement of 1930 — Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Natural Resources Transfer Agree-*

*Mines et minéraux — Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission d'établissement — Vente de bien-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Les droits sur les ressources minérales dans le bien-fonds ont-ils été cédés à la pro-*

ment, 1930, paras. 13, 18(a) — *Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1)*.

*Land titles — Mines and minerals — Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1).*

In 1928 the Soldier Settlement Board, as agent for the federal Crown, sold a parcel of land, coal only excepted, and took a mortgage back. Under s. 57 of the *Soldier Settlement Act, 1919* any sale of land by the Board was deemed to include a reservation to the federal Crown of all mines and minerals. The transfer and mortgage, which did not reserve mines and minerals, were registered under the provincial *Land Titles Act*. In 1979 appellant Director sought an order that a title showing him as owner of the mines and minerals (other than coal) be issued. The trial judge considered the fact that the Board had used the provincial *Land Titles* system to register the mortgage to be irrelevant. She found that the mineral estate in the land had not been transferred to the province of Alberta by the 1930 Natural Resources Transfer Agreement because it was within the exception specified by para. 18(a). Appellant was therefore entitled to be registered as owner of the mines and minerals. The Court of Appeal reversed the judgment. The Court found that the federal Crown was bound by the Alberta *Land Titles Act* and was thus required to register its reservation of mines and minerals in the land. Since it had not done so, respondent executors were entitled to be registered as owners of the mines and minerals. This appeal is to determine whether the provisions of the Alberta *Land Titles Act* apply to the mineral estate in the land in question so as to deprive the federal Crown of the proprietary interest reserved to it by *The Soldier Settlement Act, 1919*, and whether the Natural Resources Transfer Agreement transferred the mineral estate (less

vince en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930? — *Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57* — *Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, art. 13, 18a* — *Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1)*.

*Titres de propriété — Mines et minéraux — Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission d'établissement — Vente de bien-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1).*

En 1928, la Commission d'établissement de soldats a vendu, à titre de mandataire de la Couronne fédérale, un bien-fonds, à l'exception du charbon seulement, et s'est fait consentir une hypothèque. En vertu de l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats, 1919*, dans toute vente de terrain, toutes les mines et tous les minéraux étaient censés être réservés à la Couronne fédérale. La cession et l'hypothèque, qui ne comportaient pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la *Land Titles Act* provinciale. En 1979, le Directeur appelant a demandé une ordonnance le désignant comme propriétaire des mines et minéraux (à l'exception du charbon). Le juge de première instance a jugé non pertinent le fait que la Commission avait eu recours au système provincial des titres immobiliers pour enregistrer l'hypothèque. Elle a conclu que les droits sur les ressources minérales n'avaient pas été cédés à la province d'Alberta par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 parce qu'ils sont visés par l'exception énoncée à l'al. 18a). L'appelant avait donc le droit d'être enregistré comme propriétaire des mines et minéraux. La Cour d'appel a infirmé le jugement. Elle a conclu que la Couronne fédérale était liée par la *Land Titles Act* de l'Alberta et était donc tenue d'enregistrer sa réservation des droits sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds. Puisqu'elle ne l'avait pas fait, les exécuteurs testamentaires intimés avaient le droit d'être enregistrés comme propriétaires des mines et minéraux. Ce pourvoi vise à déterminer si les dispositions de la *Land Titles Act* de l'Alberta s'appliquent aux droits sur les ressources minérales situées dans les terres en cause de manière à priver la Couronne fédérale des droits de propriété qui lui sont réservés par la *Loi d'établissement de soldats, 1919* et si la Conven-

coal) in the land from Canada to Alberta. The parties agreed that Alberta is bound by the *Land Titles Act*.

*Held* (La Forest and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: *The Soldier Settlement Act, 1919* reserved to the federal Crown the rights to the mines and minerals it held in the land. A sale by the Board as agent for the Crown was a sale "by the Board" for purposes of s. 57 and the section thus applies to the 1928 sale. Even if it did not apply directly, the transaction would still have left the mines and minerals (except coal) in the federal Crown, since the Board had no authority under the Act to convey them as an agent.

The mines and minerals were transferred to the province by the Natural Resources Transfer Agreement. Since the Agreement is constitutional, its purposive interpretation should lead to a restrictive interpretation of the exceptions. Paragraph 13, which provides an exception for all interests in Crown lands in the province upon the security of which any advance has been made under the *Soldier Settlement Act*, does not apply. As of the date of the Agreement, neither the surface nor the mines and minerals in question were Crown lands subject to security. Further, there was no "advance" within the meaning of the *Soldier Settlement Act* since the only amount owing was the unpaid purchase price at the time of sale. Paragraph 18 of the Agreement does not apply either. Since para. 13 deals specifically with soldier settlement lands, there is no reason to resort to para. 18. Moreover, para. 18 deals with "lands", to be distinguished from mines and minerals. Since the mines and minerals were transferred to the province, it is not necessary to consider whether the federal Crown is bound by the *Land Titles Act*.

*Per* Cory J. (dissenting): When the Board transferred the land in 1928, it was acting as agent for the federal Crown rather than as principal, but this did not bring the sale outside the ambit of the *Soldier Settlement Act, 1919*. The reservation of mines and minerals to the federal Crown provided for in s. 57 therefore applied.

The Board was under no obligation to register the reservation under the provincial *Land Titles Act* since

tion sur le transfert des ressources naturelles a transféré les droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) du Canada à l'Alberta. Les parties reconnaissent que l'Alberta est liée par la *Land Titles Act*.

*Arrêt* (les juges La Forest et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: La *Loi d'établissement de soldats, 1919* a réservé à la Couronne fédérale les droits sur les mines et minéraux qu'elle détenait dans le bien-fonds. Une vente faite par la Commission à titre de mandataire de Sa Majesté est une vente «faite [. . .] par la Commission» au sens de l'art. 57 et l'article s'applique à la vente faite en 1928. Même si l'article ne s'appliquait pas directement, l'opération aurait quand même pour effet de réserver les mines et minéraux (à l'exception du charbon) à la Couronne fédérale puisque la Commission n'avait pas, à titre de mandataire, le pouvoir de les concéder.

Les mines et minéraux ont été cédés à la province par la Convention sur le transfert des ressources naturelles. Puisque la Convention est constitutionnelle, son interprétation fondée sur l'objet visé doit amener une interprétation restrictive des exceptions. L'article 13, qui prévoit une exception pour tous les intérêts dans les terres de la Couronne de la province sur la garantie desquelles une avance a été consentie en vertu des dispositions de la *Loi d'établissement de soldats*, ne s'applique pas. Au moment de la Convention, ni la surface ni les mines et minéraux en question n'étaient des terres de la Couronne assujetties à une garantie. Ensuite, il n'y avait aucune «avance» au sens de la *Loi d'établissement de soldats* puisque le seul montant dû était le solde impayé du prix d'acquisition au moment de la vente. L'article 18 de la Convention ne s'applique pas non plus. Puisque l'art. 13 porte expressément sur les terres d'établissement de soldats, il n'y a pas de raison de recourir à l'art. 18. De plus, l'art. 18 vise les «terres», et non les mines et minéraux. Puisque les mines et minéraux ont été cédés à la province, il n'est pas nécessaire de déterminer si la Couronne fédérale est liée par la *Land Titles Act*.

Le juge Cory (dissident): Lorsque la Commission a cédé le bien-fonds en 1928, elle agissait à titre de mandataire de la Couronne fédérale plutôt que pour son propre compte, mais cela n'a pas eu pour effet que la vente ne se trouvait pas visée par la *Loi d'établissement de soldats, 1919*. La réservation des mines et minéraux à la Couronne fédérale prévue à l'art. 57 s'appliquait donc.

La Commission n'avait aucunement l'obligation d'enregistrer la réservation en vertu de la *Land Titles*

s. 13(6) of the *Soldier Settlement Act, 1919* specifically exempts transactions by the Board from the requirements of provincial land registry systems. The federal provision is in direct conflict with the *Land Titles Act* and must prevail. To the extent that the *Land Titles Act* requires the Board to register its interest in mines and minerals in the land, it is inoperative. While the Board did register the purchase and later the sale of the land, it did so to benefit the soldier settlers, who were not entitled to rely on the statutory exclusion from registration.

The federal Crown retained ownership and administration of the land after the Natural Resources Transfer Agreement came into force in 1930. Paragraph 13 of the Agreement preserved the federal government's interests in land upon which security was held under the Soldier Settlement scheme. Since the 1917 Act was silent on the question of mines and minerals, these were transferred to the grantee unless specifically reserved to the federal government in the deed of sale. Any security interest held by the Board under the 1917 Act would therefore extend to mines and minerals. Since para. 13 of the Agreement was designed to preserve such security interests, the word "lands" must include mines and minerals. In 1930 the federal Crown held a mortgage back on the land, which secured the "advance" outstanding on the purchase price, and thus had a valid security interest in the land when the Agreement came into force.

*Per La Forest J. (dissenting):* Cory J.'s reasons were agreed with, except that the differences between *The Soldier Settlement Act* of 1917 and the later versions of that statute were not relied on. It follows from the terms of the Natural Resources Transfer Agreement itself that the mines and minerals were not transferred to the province. Paragraph 13 of the Agreement preserves all federal interests in soldier settlement lands, and this includes the ordinary mines and minerals in such lands. The preserved government interests are not confined to the security interests which serve to identify the lands in which those interests lie. The fact that para. 1 speaks of "all Crown lands, mines, minerals" is of no significance in the interpretation of para. 13, since this surplusage resulted from the fact that para. 1 was generally modelled on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. This construction is consistent with the basic purpose of the resources agreements, which is to place the provinces in question in the same position as the original provinces

*Act provinciale* puisque le par. 13(6) de la *Loi d'établissement de soldats, 1919* vise expressément à soustraire aux exigences des régimes provinciaux d'enregistrement immobilier les opérations conclues par la Commission. La disposition fédérale est directement en conflit avec la *Land Titles Act* et doit l'emporter. La *Land Titles Act* est inopérante dans la mesure où elle exige que la Commission enregistre ses droits sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds. Bien que la Commission ait enregistré l'achat et plus tard la vente du bien-fonds, elle ne l'a fait que pour favoriser les colons soldats, qui ne pouvaient invoquer l'exclusion d'enregistrement prévue dans la Loi.

Après l'entrée en vigueur de la Convention en 1930, le bien-fonds a continué d'appartenir à la Couronne fédérale et d'être administré par celle-ci. L'article 13 de la Convention préservait les droits du gouvernement fédéral sur tout bien-fonds à l'égard duquel une garantie était détenue en vertu du programme d'établissement de soldats. Puisque la Loi de 1917 ne disait rien sur la question des mines et minéraux, ils ont été transférés au cessionnaire sauf s'ils avaient été expressément réservés au gouvernement fédéral dans l'acte de vente. Toute garantie détenue par la Commission, conformément à la Loi de 1917, viserait donc aussi les mines et minéraux. Puisque l'art. 13 de la Convention visait à préserver ces garanties, l'utilisation du mot «terres» dans cet article doit englober les mines et minéraux. En 1930, la Couronne fédérale détenait une hypothèque sur le bien-fonds qui garantissait l'«avance» représentée par le solde du prix de vente, et ainsi elle détenait une garantie valide sur les terres lorsque la Convention est entrée en vigueur.

*Le juge La Forest (dissident):* Il y a accord avec les motifs du juge Cory, sauf que les différences entre la *Loi d'Établissement de Soldats* de 1917 et les versions subséquentes de cette loi ne sont pas prises en compte. Il résulte des termes de la Convention sur le transfert des ressources naturelles que les mines et minéraux n'ont pas été cédés à la province. L'article 13 de la Convention conserve tous les droits fédéraux sur les terres destinées à l'établissement de soldats, ce qui comprend les mines et minéraux ordinaires se trouvant dans ces terres. Les droits préservés du gouvernement ne se limitent pas aux garanties qui servent à l'identification des terres sur lesquelles portent ces droits. Le fait que l'art. 1 emploie l'expression «toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux» ne revêt aucune importance pour l'interprétation de l'art. 13 puisque ces termes superfétatoires résultent du fait que l'art. 1 s'inspire généralement de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette interprétation est compatible avec l'objet fondamental

of Canada. The rule under the *Soldier Settlement Act* was that the mines and minerals in lands transferred under the Act continued to vest in the Government of Canada, and this regime should apply in the western provinces as well as the others.

### Cases Cited

By Stevenson J.

**Referred to:** *Farm Credit Corp. v. Dunwoody Ltd.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 279; *Reese v. The Queen*, [1957] S.C.R. 794, aff'g [1956] Ex. C.R. 94.

By Cory J. (dissenting)

*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161.

By La Forest J. (dissenting)

*Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Revised Statutes of Canada*, S.C. 1924, c. 65, ss. 6, 7.

*Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20], s. 21.

*Alberta Natural Resources Act*, S.A. 1930, c. 21, Schedule.

*Constitution Act, 1867*, s. 91(7).

*Constitution Act, 1930* (U.K.), 20-21 Geo. 5, c. 26 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26], s. 1, Schedule 2.

*Dominion Lands Act*, S.C. 1908, c. 20, s. 37.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1922, c. 133, ss. 2(i), 57, 58.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1970, c. 198.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, ss. 1(k), 65(1), 66(1).

*Natural Resources Transfer Agreement, 1930*, paras. 1, 13, 18.

Order in Council P.C. 299, February 11, 1919.

*Soldier Settlement Act, 1917*, S.C. 1917, c. 21, ss. 4(3), 5(1), 6(4), (8).

*Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71, ss. 2(q), 4(1), 13(6), 19, 25, 34(4), 51(1), (2), 57.

*Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 246, 88 A.R. 385,

des conventions sur les ressources qui est de traiter les provinces en question à l'égal des provinces constituant originellement le Canada. Aux termes de la *Loi d'établissement de soldats*, la règle voulait que les mines et les minéraux se trouvant dans les terres transférées en vertu de la Loi continuent d'appartenir au gouvernement du Canada, et ce régime devrait s'appliquer aussi bien dans les provinces de l'Ouest que dans les autres.

### b Jurisprudence

Citée par le juge Stevenson

**Arrêts mentionnés:** *Farm Credit Corp. v. Dunwoody Ltd.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 279; *Reese v. The Queen*, [1957] R.C.S. 794, conf. [1956] R.C. de l'É. 94.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

Citée par le juge La Forest (dissident)

*Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295.

### e Lois et règlements cités

*Alberta Natural Resources Act*, S.A. 1930, ch. 21, annexe.

Arrêté en conseil C.P. 299, 11 février 1919.

f *Convention sur le transfert des ressources naturelles*, 1930, art. 1, 13, 18.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1922, ch. 133, art. 2i), 57, 58.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1970, ch. 198.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 1k), 65(1), 66(1).

*Loi concernant les Statuts révisés du Canada*, S.C. 1924, ch. 65, art. 6, 7.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(7).

*Loi constitutionnelle de 1930* (R.-U.), 20-21 Geo. 5, ch. 26 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 26], art. 1, annexe 2.

*Loi des terres fédérales*, S.C. 1908, ch. 20, art. 37.

*Loi d'Établissement de Soldats, 1917*, S.C. 1917, ch. 21, art. 4(3), 5(1), 6(4), (8).

i *Loi d'établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71, art. 2q), 4(1), 13(6), 19, 25, 34(4), 51(1), (2), 57.

*Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188.

*Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20], art. 21.

j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 246, 88 A.R. 385,

[1988] 6 W.W.R. 360, 1 R.P.R. 209, reversing a judgment of the Court of Queen's Bench (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 314, [1985] 2 W.W.R. 149, 35 R.P.R. 192, granting appellant's petition to have a new title issued. Appeal dismissed, *La Forest and Cory JJ.* dissenting.

*Terrence Joyce, Q.C., and Kirk N. Lambrecht*, for the appellant.

*Robert B. White, Q.C., and Elizabeth A. Johnson*, for the respondents Fred King, Albert Snider and Fred Snider.

*David William Kinloch*, for the respondent the Attorney General for Alberta.

*Dirk D. Blevins*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Tom Irvine*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justices Cory and Stevenson. With respect, I agree with the disposition of the case proposed by Cory J. and, subject to the following comment, with his reasons as well.

In arriving at the conclusion that the mines and minerals retained by the Board under the *Soldier Settlement Act* were not transferred to Alberta under the Alberta Natural Resources Transfer Agreement of 1930, I do not rely on the differences between the *Soldier Settlement Act, 1917*, S.C. 1917, c. 21, and the later versions of that statute. It seems to me the same result follows from the terms of the Natural Resources Transfer Agreement itself.

The resources agreement, as its pivotal provision, para. 1, makes clear, was entered into "[i]n order that the Province may be in the same position as the original Provinces of Confederation are in virtue of section one hundred and nine of the Constitution Act,

[1988] 6 W.W.R. 360, 1 R.P.R. 209, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 314, [1985] 2 W.W.R. 149, 35 R.P.R. 192, qui a accueilli la demande de l'appellant visant à obtenir la délivrance d'un nouveau titre. Pourvoi rejeté, les juges *La Forest et Cory* sont dissidents.

*Terrence Joyce, c.r., et Kirk N. Lambrecht*, pour l'appelant.

*Robert B. White, c.r., et Elizabeth A. Johnson*, pour les intimés Fred King, Albert Snider et Fred Snider.

*David William Kinloch*, pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

*Dirk D. Blevins*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Tom Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et Stevenson. En toute déférence, je souscris à la façon dont le juge Cory propose de statuer sur le pourvoi et, sous réserve des observations qui suivent, je souscris aussi à son raisonnement.

Pour conclure que les mines et les minéraux que s'est réservés la Commission en vertu de la *Loi d'établissement de soldats* n'ont pas été cédés à l'Alberta par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930, je ne me fonde pas sur les différences entre la *Loi d'Établissement de Soldats, 1917*, S.C. 1917, ch. 21, et les versions subséquentes de cette loi. Il me semble que les termes de la Convention sur le transfert des ressources naturelles elle-même permettent d'arriver au même résultat.

La Convention sur les ressources, comme l'indique clairement sa disposition principale, l'art. 1, a été conclue «[a]fin que la province puisse être traitée à l'égal des provinces constituant originellement la Confédération, sous le régime de l'article cent neuf

1867 . . .” and its various provisions are largely aimed at fulfilling this purpose. That purpose ought, therefore, to be kept steadily in mind in interpreting these provisions and, barring clear terms or special circumstances, should be respected.

It is in light of that overarching purpose that I turn to para. 13, the provision of the Agreement dealing with soldier settlement lands. That provision reads:

*Soldier Settlement Lands*

13. All interests in Crown lands in the Province upon the security of which any advance has been made under the provisions of the Soldier Settlement Act, being chapter 188 of the Revised Statutes of Canada, 1927, and amending Acts, shall continue to be vested in and administered by the Government of Canada for the purposes of Canada.

Like Cory J., I have no difficulty in holding that, as in other cases, “lands” includes all ordinary incidents of land, including mines and minerals other than royalties, which include precious metals; see *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.). The fact that the expression “all Crown lands, mines, minerals (precious and base) and royalties derived therefrom” is used in para. 1 is of no significance in the interpretation of para. 13. This exercise in surplusage obviously resulted from the fact that para. 1 was generally modelled on s. 109 of the *Constitution Act, 1867* of which para. 1 was the counterpart for Alberta. This surplusage can be traced all the way back to the pre-Confederation Civil Lists Acts. There was no reason to engage in surplusage in other provisions of the Agreement.

Paragraph 13 deals with lands upon which the Crown has made advances under the *Soldier Settlement Act*. It retains for the Government of Canada “[a]ll interests” it has in these lands despite the general transfer of Crown lands to Alberta. I see no rea-

de la Loi constitutionnelle de 1867 . . .» et ses diverses dispositions visent d’une manière générale à réaliser cet objet. Il s’agit donc là d’un objet qu’il faudrait toujours garder à l’esprit en interprétant ces dispositions et, en l’absence de termes clairs prévoyant le contraire ou de circonstances spéciales, on doit respecter ce but.

C’est en fonction de cet objet général que j’aborde l’art. 13, qui est la clause de la Convention traitant des terres d’établissement de soldats. En voici le texte:

*Terres d’établissement de soldats*

13. Tous les intérêts dans les terres de la Couronne de la province sur la garantie desquelles une avance a été consentie en vertu des dispositions de la Loi d’établissement de soldats, chapitre 188 des Statuts révisés du Canada, 1927, et des lois modificatrices, continueront d’appartenir au gouvernement du Canada pour les fins du Canada et d’être administrés par lui.

À l’instar du juge Cory, je n’ai aucune difficulté à conclure que, comme dans d’autres cas, le mot «terres» inclut tout ce qui se rattache normalement à des terres, dont les mines et les minéraux, mais non les redevances, qui comprennent les métaux précieux; voir *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.). Le fait que l’expression «toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant [. . .] qui appartiennent à la Couronne» soit employée à l’art. 1 ne revêt aucune importance pour l’interprétation de l’art. 13. C’est du superfétatoire résultant manifestement du fait que l’art. 1 s’inspire généralement de l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et représente, pour l’Alberta, l’équivalent de l’art. 109. L’origine de cette superfétation remonte jusqu’aux lois concernant les listes civiles en vigueur avant la Confédération. Dans le cas des autres clauses de la Convention, il n’y avait aucune raison de recourir à la superfétation.

L’article 13 traite des terres à l’égard desquelles la Couronne a consenti des avances en vertu de la *Loi d’établissement de soldats*. Il réserve au gouvernement du Canada «[t]ous les intérêts» qu’il a dans ces terres en dépit du transfert général des terres de la

son why that should not include the ordinary mines and minerals in such lands. The preserved government interests are not confined to the security interests which serve to identify the lands in which those interests lie. In a word, para. 13 preserves all federal interests in soldier settlement lands.

Though the provision can scarcely be described as a model of lucidity, it seems to me the above construction reasonably flows from its terms. It becomes all the clearer when one considers it in light of the basic purpose of the resources agreements I have explained above. The rule under the *Soldier Settlement Act* was that the mines and minerals in lands transferred under the Act continued to vest in the Government of Canada. Why should a different régime be contemplated by the resources agreements given the stated purpose of these agreements of placing those provinces in the same position as the original provinces of Canada? There is no special reason under the *Soldier Settlement Act* for making a distinction between those provinces and the others. The underlying reason for restricting these lands to agricultural uses described by Cory J. is as valid in Alberta and the other western provinces as it is in the other provinces.

The judgment of Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

STEVENSON J.—The appellant Director appeals a decision of the Court of Appeal of Alberta reversing a judgment of the Court of Queen's Bench that ordered the Registrar of Land Titles to cancel the Certificates of Title covering certain mines and minerals rights held by the respondent executors and to issue a Certificate of Title in favour of the Director of Soldier Settlement. The Attorneys General of Alberta, Saskatchewan and Manitoba intervene in support of the respondents.

Couronne à l'Alberta. Je ne vois pas pourquoi cela ne devrait pas inclure les mines et les minéraux ordinaires se trouvant dans ces terres. Les droits préservés du gouvernement ne se limitent pas aux garanties qui servent à l'identification des terres sur lesquelles portent ces droits. En un mot, l'art. 13 préserve tous les droits fédéraux sur les terres destinées à l'établissement de soldats.

Bien que la disposition en question ne puisse guère être qualifiée de modèle de clarté, il me semble que l'interprétation exposée ci-dessus découle raisonnablement de ses termes. Elle devient d'autant plus claire quand on l'examine à la lumière de l'objet fondamental des conventions sur les ressources que j'ai expliqué plus haut. Aux termes de la *Loi d'établissement de soldats*, la règle voulait que les mines et les minéraux se trouvant dans les terres transférées en vertu de la Loi continuent d'appartenir au gouvernement du Canada. Pourquoi les conventions sur les ressources envisageraient-elles un régime différent, vu que leur objet déclaré est de faire en sorte que les provinces concernées soient traitées à l'égal des provinces constituant originairement le Canada? Il n'y a aucune raison particulière de faire une distinction entre les provinces en question et les autres, en appliquant la *Loi d'établissement de soldats*. La raison fondamentale, décrite par le juge Cory, pour laquelle les terres en cause sont limitées à des usages agricoles est aussi valide en Alberta et dans les autres provinces de l'Ouest que dans n'importe laquelle autre province.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE STEVENSON—Le Directeur appelant se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine par lequel celle-ci avait ordonné au registraire des titres immobiliers d'annuler les certificats de titre afférents à certains droits sur les mines et minéraux dont les exécuteurs testamentaires intimés étaient titulaires et de délivrer un certificat de titre au Directeur de l'établissement de soldats. Les procureurs généraux de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba sont intervenus en faveur des intimés.



The issue, as I analyze the matter, is whether the mines and minerals passed to the Province of Alberta under the 1930 Natural Resources Transfer Agreement.

### The Facts

The facts in this case are simple and were agreed.

The Soldier Settlement Board was created as a federal agency in order to facilitate the settlement of soldiers coming back from the First World War. The Board sold surface rights on agricultural land to returning soldiers and provided advantageous financing. The Board granted surface rights either on previously ungranted Dominion land or on land bought by the Board for this purpose.

This appeal arises from a dispute over the ownership of mines and mineral rights in a parcel of land located in Alberta. In 1901, the subject property was transferred by the Crown in right of Canada to the Canadian Pacific Railway ("CPR"). That grant carried the mines and minerals which were then vested in CPR. In 1912 CPR sold the land to Herman Diercks, reserving the coal rights. In September 1919, the land was sold by Herman Diercks to His Majesty the King in right of Canada as represented by the Soldier Settlement Board (the "Board"), with the reservation of coal rights to CPR. The transfer was registered by His Majesty the King as represented by the Board in January 1920.

In 1928, the Board transferred the land to Russell James Lynn, coal only excepted, and at the same time His Majesty the King in right of Canada as represented by the Board took a mortgage back from Lynn (which was ultimately discharged in 1935). Both the transfer and the mortgage were duly registered. The same day, Lynn transferred the property to Charlie Snider, reserving only coal. In 1943, Charlie Snider transferred the south half of the land to Tillie Snider, reserving only coal. In 1947 and 1953 respec-

La question en litige, selon moi, est de savoir si les droits sur les mines et les minéraux ont été cédés à la province d'Alberta par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930.

### Les faits

Les faits de l'espèce sont simples et ne sont pas contestés.

La Commission d'établissement de soldats a été créée à titre d'organisme fédéral dans le but de faciliter l'établissement des soldats qui revenaient de la Première Guerre mondiale. La Commission a cédé les droits de surface sur les terres agricoles à des soldats qui revenaient de la guerre et leur a fourni des conditions avantageuses de financement. La Commission a accordé les droits de surface soit sur des terres fédérales auparavant non concédées, soit sur des terres que la Commission avait acquises à cette fin.

Le présent pourvoi découle d'un différend portant sur la propriété des droits sur les mines et les minéraux d'un bien-fonds situé en Alberta. En 1901, le bien-fonds en cause a été cédé par Sa Majesté du chef du Canada au Chemin de fer canadien du Pacifique («CP»). Cette concession incluait les droits sur les mines et les minéraux qui ont alors été attribués à CP. En 1912, CP a vendu ce bien-fonds à Herman Diercks, se réservant les droits sur le charbon. En septembre 1919, Herman Diercks a vendu le bien-fonds à Sa Majesté le Roi du chef du Canada, représenté par la Commission d'établissement de soldats (la «Commission»), tout en réservant à CP les droits sur le charbon. La cession a été enregistrée en janvier 1920 par Sa Majesté le Roi, représenté par la Commission.

En 1928, la Commission a cédé le bien-fonds, à l'exception du charbon seulement, à Russell James Lynn, et en même temps, Sa Majesté le Roi du chef du Canada, représenté par la Commission, s'est fait consentir par Lynn une hypothèque (qui a finalement été quittancée en 1935). La cession et l'hypothèque ont dûment été enregistrées. Le même jour, Lynn a cédé le bien-fonds à Charlie Snider, sous réserve du charbon seulement. En 1943, Charlie Snider a cédé la moitié sud du bien-fonds à Tillie Snider, sous réserve

tively, Charlie and Tillie Snider each transferred the surface rights to their property and retained the mines and minerals rights (less coal).

The Sniders and their successor executors, the respondents, are *bona fide* purchasers for value. They have paid the mineral taxes as these fell due.

In 1979, the appellant Director commenced proceedings against the respondent executors, seeking an order that the title of the property showing Charlie and Tillie Snider to be the owners of the mines and minerals be cancelled and that a new title showing the appellant as owner of the mines and minerals (other than coal) be issued. The Attorney General for Alberta intervened at the trial. The relief sought was granted: (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 314.

The Attorney General appealed the order to the Court of Appeal of Alberta. The respondent executors did not appear. The Court of Appeal reversed the decision of the trial judge: (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 246.

All parties appeared before us and the Attorneys General of Manitoba and Saskatchewan intervened.

### The Legislation

*The Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71 (later R.S.C. 1927, c. 188):

2. In this Act, and in any regulations made under it, unless the context otherwise requires, the expression, —

(q) "Registry of deeds" or other words descriptive of the office of a registrar of deeds, includes the land titles office, or other office in which, according to the law of a province, title to land is registered;

4. (1) For the purposes of acquiring, holding, conveying, and transferring, and of agreeing to convey, acquire

du charbon seulement. En 1947 et 1953 respectivement, Charlie et Tillie Snider ont tous deux cédé les droits de surface de leur bien-fonds, se réservant les droits sur les mines et les minéraux (exception faite du charbon).

Les Snider et leurs exécuteurs testamentaires, les intimés, sont des acquéreurs de bonne foi à titre onéreux. Ils ont acquitté les taxes sur les minéraux à échéance.

En 1979, le Directeur appelant a engagé des procédures contre les exécuteurs intimés, afin d'obtenir une ordonnance portant annulation du titre de propriété qui désignait Charlie et Tillie Snider comme propriétaires des mines et minéraux, et délivrance d'un nouveau titre désignant l'appelant comme propriétaire des mines et minéraux (à l'exception du charbon). Le procureur général de l'Alberta est intervenu en première instance. Le redressement demandé a été accordé: (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 314.

Le procureur général a interjeté appel de l'ordonnance devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les exécuteurs intimés n'ont pas comparu. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance: (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 246.

Toutes les parties ont comparu devant nous et les procureurs généraux du Manitoba et de la Saskatchewan sont intervenus.

### Les dispositions législatives applicables

*La Loi d'établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71 (par la suite, S.R.C. 1927, ch. 188):

2. En la présente loi, et en tout règlement édicté sous son empire, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente, l'expression

(q) «bureau d'enregistrement des titres», ou les autres expressions décrivant un bureau d'enregistrement de titres, comprennent le bureau d'enregistrement de titres de biens-fonds, ou un autre bureau où, suivant la loi d'une province, un titre de biens-fonds est enregistré;

4. (1) Pour les fins d'acquérir, de détenir, transporter et transférer et de convenir de transporter, d'acquérir ou

or transfer any of the property which it is by this Act authorized to acquire, hold, convey, transfer, agree to convey or agree to transfer, but for such purposes only, the Board shall be and be deemed a body corporate, and as such the agent of the Crown in the right of the Dominion of Canada. . . .

13. . . .

(6) No surrender, conveyance, mortgage, charge, agreement or award under this Act shall require registration or enrolment to preserve the right of the Board under it, but the same may be registered in the Registry of Deeds for the place where the land lies, if the Board deems it advisable.

51. (1) All conveyances from the Board shall constitute new titles to the land conveyed and shall have the same and as full effect as grants from the Crown of previously ungranted Crown Lands.

(2) All land and other property which, before the coming into force of this Act, was, under authority of any Order of the Governor in Council, purchased by the Board and title thereto taken to His Majesty the King in the right of Canada represented by the Board, and all or any interest or interests of His Majesty in any agreements of sale, mortgages or other instruments and in the land or other property to which such instruments relate, which interest or interests were, before the coming into force of this Act, acquired by His Majesty through the instrumentality of the Board under the former Act or of any Order of the Governor in Council, are, by force of this Act, vested in the Board as constituted under this Act.

57. From all sales and grants of land made by the Board all mines and minerals shall be and shall be deemed to have been reserved, whether or not the instrument of sale or grant so specifies, and as respects any contract or agreement made by it with respect to land it shall not be deemed to have thereby impliedly covenanted or agreed to grant, sell or convey any mines or minerals whatever.

*Constitution Act, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. 5, c. 26 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26, the French version of which is still not official):*

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law

de transférer l'un quelconque des biens que la présente loi autorise à acquérir, détenir, transporter, transférer, convenir de transporter ou convenir de transférer, mais pour ces fins seulement, la Commission doit être et est censée une corporation, et, à ce titre, le mandataire de la Couronne, du droit du Dominion du Canada. . . .

13. . . .

(6) Il n'est pas nécessaire, en vertu de la présente loi, qu'une cession, un transport, une hypothèque, charge, convention ou adjudication soient enregistrés ou inscrits pour que soit préservé le droit que la Commission possède en vertu de ces actes, mais ils peuvent être enregistrés au bureau d'enregistrement de l'endroit où le terrain est situé, si la Commission le juge opportun.

51. (1) Tous les transports émanant de la Commission doivent constituer de nouveaux titres à la terre transportée et avoir le même et plein effet que les concessions, par la Couronne, de terres de la Couronne auparavant non concédées.

(2) Toute terre et autre propriété qui, avant l'adoption de la présente loi, ont été, en vertu de tout décret du Gouverneur en conseil, achetées par la Commission, et dont le titre a été dévolu à Sa Majesté le Roi au nom du Canada, représenté par la Commission, et tout intérêt ou tous intérêts de Sa Majesté dans tous contrats de vente, mortgages ou autres instruments et dans la terre ou autre propriété à laquelle se rapportent ces instruments, lequel ou lesquels intérêts ont été, avant la mise en vigueur de la présente loi, acquis par Sa Majesté par le moyen de la Commission, sous le régime de l'ancienne loi ou de tout décret du Gouverneur en conseil, sont, par l'effet de la présente loi, attribués à la Commission, telle que constituée sous le régime de la présente loi.

57. Dans toutes ventes et concessions de terrain faites par la Commission, toutes les mines et tous les minéraux doivent être, et sont censés avoir été réservés, que ce soit ou non stipulé dans l'acte de vente ou de concession, et quant à ce qui regarde un contrat ou une convention quelconque, relativement à une terre, la Commission n'est pas censée avoir convenu ni s'être engagée implicitement à concéder, vendre ou céder des mines ou minéraux quelconques.

*Loi constitutionnelle de 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. 5, ch. 26, (reproduite L.R.C. (1985), app. II, n° 26, dont la version française n'est toujours pas officielle):*

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront

notwithstanding anything in the Constitution Act, 1867, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867, ou dans toute loi la modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois.

. . . .

SCHEDULE

. . . .

ANNEXE

. . . .

(2) ALBERTA

. . . .

(2) ALBERTA

. . . .

MEMORANDUM OF AGREEMENT

. . . .

MÉMORANDUM DE LA CONVENTION

. . . .

*Transfer of Public Lands Generally*

. . . .

*Transfert des terres publiques en général*

1. In order that the Province may be in the same position as the original Provinces of Confederation are in virtue of section one hundred and nine of the Constitution Act, 1867, the interest of the Crown in all Crown lands, mines, minerals (precious and base) and royalties derived therefrom within the Province, and all sums due or payable for such lands, mines, minerals or royalties, shall, from and after the coming into force of this agreement and subject as therein otherwise provided, belong to the Province, subject to any trusts existing in respect thereof, and to any interest other than that of the Crown in the same . . . .

1. Afin que la province puisse être traitée à l'égal des provinces constituant originairement la Confédération, sous le régime de l'article cent neuf de la Loi constitutionnelle de 1867, l'intérêt de la Couronne dans toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant à l'intérieur de la province, qui appartiennent à la Couronne, et toutes les sommes dues ou payables pour ces mêmes terres, mines, minéraux ou redevances, doivent, à compter de l'entrée en vigueur de la présente convention, et sous réserve des dispositions contraires de la présente convention appartenir à la province, subordonnément à toutes les fiducies existant à leur égard et à tout intérêt autre que celui de la Couronne dans ces ressources naturelles . . . .

. . . .

*Soldier Settlement Lands*

. . . .

*Terres d'établissement de soldats*

13. All interests in Crown lands in the Province upon the security of which any advance has been made under the provisions of the Soldier Settlement Act, being chapter 188 of the Revised Statutes of Canada, 1927, and amending Acts, shall continue to be vested in and administered by the Government of Canada for the purposes of Canada.

13. Tous les intérêts dans les terres de la Couronne de la province sur la garantie desquelles une avance a été consentie en vertu des dispositions de la Loi d'établissement de soldats, chapitre 188 des Statuts révisés du Canada, 1927, et des lois modificatrices, continueront d'appartenir au gouvernement du Canada pour les fins du Canada et d'être administrés par lui.

. . . .

*General Reservation to Canada*

. . . .

*Réserve générale au Canada*

18. Except as herein otherwise expressly provided, nothing in this agreement shall be interpreted as applying so as to affect or transfer to the administration of the Province (a) any lands for which Crown grants have

18. Sauf dispositions expressément contraires des présentes, rien dans la présente convention ne doit s'interpréter comme s'appliquant de manière à affecter ou à transférer à l'administration de la province (a) des terres

been made and registered under the Land Titles Act of the Province and of which His Majesty the King in the right of His Dominion of Canada is, or is entitled to become the registered owner at the date upon which the agreement comes into force, or (b) any ungranted lands of the Crown upon which public money of Canada has been expended or which are, at the date upon which this agreement comes into force, in use or reserved by Canada for the purpose of the federal administration.

This Agreement is also a Schedule to *The Alberta Natural Resources Act*, S.A. 1930, c. 21. The Agreement is sometimes referred to as the Natural Resources Transfer Agreement and sometimes simply as the Agreement.

*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5.

1 In this Act,

. . .

(k) "grant" means a grant of Crown land, whether in fee or for years, and whether direct from Her Majesty or pursuant to any statute;

65(1) The land mentioned in any certificate of title granted under this Act is, by implication and without any special mention therein, subject to

(a) any subsisting reservations or exceptions, including royalties, contained in the original grant of the land from the Crown,

. . .

(g) any right of way or other easement granted or acquired under any Act or law in force in Alberta.

66(1) Every certificate of title granted under this Act (except in case of fraud wherein the owner has participated or colluded), so long as it remains in force and uncanceled under this Act, is conclusive proof in all courts as against Her Majesty and all persons whomsoever that the person named therein is entitled to the land included in the certificate for the estate or interest therein specified, subject to the exceptions and reservations mentioned in section 65. . . .

pour lesquelles des concessions de la Couronne ont été faites et enregistrées en vertu du *Land Titles Act* de la province et dont Sa Majesté le Roi pour le compte de Son Dominion du Canada est le propriétaire enregistré ou a le droit de le devenir à la date de l'entrée en vigueur de la présente convention, ou (b) des terres non concédées de la Couronne pour lesquelles des deniers publics du Canada ont été dépensés ou qui sont, à la date de l'entrée en vigueur de la présente convention, en usage ou réservées par le Canada pour les fins de l'administration fédérale.

Cette convention est aussi annexée à *The Alberta Natural Resources Act*, S.A. 1930, ch. 21. La convention est parfois appelée Convention sur le transfert des ressources naturelles, ou simplement la «Convention».

*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, ch. L-5.

[TRADUCTION] 1 Dans la présente loi,

. . .

k) «concession» signifie une concession de terres domaniales, en propriété absolue ou pour un certain nombre d'années, faite soit directement par Sa Majesté ou conformément à une loi;

65(1) Le bien-fonds mentionné dans un certificat de titre délivré en vertu de la présente loi est, implicitement et sans qu'il soit nécessaire d'en faire mention dans le certificat, assujetti

a) à toutes les réserves et exceptions encore en vigueur et mentionnées dans la concession originale des terres faite par Sa Majesté, y compris les redevances,

. . .

g) à tout droit de passage ou autre servitude accordés ou acquis en vertu d'une loi en vigueur en Alberta.

66(1) Tout certificat de titre délivré en vertu de la présente loi (sauf s'il y a eu fraude à laquelle le propriétaire a participé), aussi longtemps qu'il demeure en vigueur et tant qu'il n'est pas annulé en vertu de la présente loi, constitue contre Sa Majesté ou toute autre personne, devant toute cour de justice, une preuve concluante que la personne qui y est nommée est titulaire des droits mentionnés dans le certificat, sauf les exceptions et réserves mentionnées à l'article 65. . . .

Slightly different versions of these provisions were in force at the time of the grant from the Board to Lynn as ss. 2(i), 57, and 58 of *The Land Titles Act*, R.S.A. 1922, c. 133.

### The Judgments

#### *Court of Queen's Bench*

The trial judge held that s. 57 of *The Soldier Settlement Act, 1919* applied to reserve mines and minerals. The fact that the Board used the Alberta Land Titles system to register the mortgage it obtained from Lynn was held to be irrelevant.

The trial judge found that the lands in question were not transferred to the province of Alberta by the Natural Resources Transfer Agreement of 1930 because they were within the exception specified by para. 18(a). The Director of Soldier Settlement was therefore entitled to be registered as owner of the mines and minerals. The judge granted the appellant the relief he sought.

#### *Court of Appeal (Laycraft C.J.A. for the court)*

The court reviewed the history and purpose of *The Soldier Settlement Act, 1919*. Section 57 of that statute provides that in any grant, all mines and mineral rights shall be deemed to be reserved, whether or not the transfer so indicates. The court found that this section applied to the transfer made in 1928.

The court found that the real problem arose as a result of the Crown's decision to register the transfers of the land with the Alberta Land Titles office. The court held that the Sniders were *bona fide* purchasers for value of the mines and minerals because the transfer to them did not show otherwise.

The court then considered whether the federal Crown was bound by s. 66(1) of the *Land Titles Act* which protects the Sniders against any challenge to their Certificates of Title. In other words, the court

Des versions légèrement différentes de ces dispositions étaient en vigueur à l'époque où la Commission a concédé le bien-fonds à Lynn, notamment l'al. 2i) et les art. 57 et 58 de *The Land Titles Act*, R.S.A. 1922, ch. 133.

### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

#### *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge de première instance a conclu que l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats, 1919* s'appliquait de manière à réserver les mines et minéraux. Le fait que la Commission ait eu recours au système des titres immobiliers de l'Alberta pour enregistrer l'hypothèque consentie par Lynn a été jugé non pertinent.

Le juge de première instance a conclu que les terres en cause n'ont pas été cédées à la province d'Alberta par la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 parce qu'elles sont visées par l'exception énoncée à l'al. 18a). Le Directeur de l'établissement de soldats avait donc le droit d'être enregistré comme propriétaire des mines et minéraux. Le juge a accordé à l'appelant le redressement demandé.

#### *La Cour d'appel (le juge en chef Laycraft, de l'Alberta, s'exprimant au nom de la cour)*

La cour a examiné l'historique et l'objet de la *Loi d'établissement de soldats, 1919*. L'article 57 de cette loi prévoit que, dans toute concession, tous les droits sur les mines et minéraux sont présumés réservés, que l'acte de cession le mentionne ou non. La cour a conclu que cet article s'appliquait à la cession faite en 1928.

La cour a conclu que le véritable problème résultait de la décision de Sa Majesté d'enregistrer la cession des terres au bureau d'enregistrement des titres immobiliers de l'Alberta. La cour a conclu que les Snider étaient des acquéreurs de bonne foi à titre onéreux des mines et minéraux puisque l'acte de cession qui leur a été consenti ne disait pas le contraire.

La cour a alors examiné si la Couronne fédérale était liée par le par. 66(1) de la *Land Titles Act* qui protège les Snider contre toute contestation de leurs certificats de titre. En d'autres termes, la cour s'est

asked whether the federal Crown in this case was bound by the Torrens system established by the Alberta Legislature.

Laycraft C.J.A. noted that, in considering whether inter-jurisdictional immunity between the federal and a provincial government exists, two questions are raised; firstly, whether the statute is intended to bind the other Crown, and secondly, whether the statute can bind the other Crown. The judge found that the Alberta *Land Titles Act* expressly binds the Crown. The case of *Farm Credit Corp. v. Dunwoody Ltd.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 279 (C.A.) is applicable to this case. Going on to the second question, Laycraft C.J.A. stated (at p. 259) that, in his view,

... when the federal Crown chooses to shelter itself under provincial land legislation, and a prerogative right is not directly affected, it must accept the burdens of that legislation.

Section 13(6) of the 1919 Soldier Settlement Act, quoted above, did not require the board to register its transfer when it purchased the land. ... It could have decided not to seek the benefits of registration under the Torrens Statute in effect in Alberta. ...

Having chosen to shelter under the umbrella of a Torrens system of land registration, the board was, in my opinion, bound by the normal incidents of that legislation.

Accordingly, the court held that the respondent executors were entitled to be registered as the owners of the mines and minerals in the lands in question.

Having decided that the federal Crown was bound in this case by the *Land Titles Act*, it did not matter whether the mines and minerals were transferred to the province by the Natural Resources Transfer Agreement — both the provincial and federal Crown being bound by the Torrens system, it did not matter which had the rights to the mines and minerals. That is why the Court of Appeal did not, as the Court of

demandé si la Couronne fédérale était liée, en l'espèce, par le système Torrens établi par l'assemblée législative de l'Alberta.

<sup>a</sup> Le juge en chef Laycraft a souligné que, lorsqu'il faut déterminer s'il y a exclusivité des compétences entre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, il faut répondre à deux questions: premièrement, la loi est-elle destinée à lier Sa Majesté du chef de l'autre palier de gouvernement? Et deuxièmement la loi peut-elle lier Sa Majesté du chef de l'autre palier de gouvernement? Le juge a conclu que la *Land Titles Act* de l'Alberta lie expressément Sa Majesté. L'arrêt *Farm Credit Corp. v. Dunwoody Ltd.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 279 (C.A.) s'applique à l'espèce. Passant à la seconde question, le juge en chef Laycraft affirme, à la p. 259, que, selon lui,

<sup>d</sup> [TRADUCTION] ... lorsque la Couronne fédérale choisit de se soumettre aux lois provinciales régissant les biens-fonds, et qu'aucune prérogative n'est directement touchée, elle doit accepter le fardeau de ces dispositions législatives.

<sup>e</sup> Le paragraphe 13(6) de la Loi d'établissement de soldats de 1919, précité, n'exigeait pas que la commission enregistre la cession qui lui avait été consentie lorsqu'elle a fait l'acquisition du bien-fonds [...] Elle aurait pu décider de ne pas se prévaloir des avantages de l'enregistrement en vertu de la loi Torrens en vigueur en Alberta ...

<sup>f</sup> Ayant choisi de se prévaloir du système Torrens d'enregistrement des droits immobiliers, la commission était soumise, selon moi, aux effets normaux de ce texte législatif.

En conséquence la cour a statué que les exécuteurs testamentaires intimés avaient le droit d'être enregistrés comme propriétaires des mines et minéraux situés dans les terres en question.

<sup>g</sup> La cour ayant statué que la Couronne fédérale était liée en l'espèce par la *Land Titles Act*, il n'importait pas que les mines et minéraux aient été cédés à la province par la Convention sur le transfert des ressources naturelles — la Couronne provinciale et la Couronne fédérale étant toutes les deux liées par le système Torrens, il n'importait pas de savoir laquelle détenait les droits sur les mines et minéraux. C'est

Queen's Bench did, consider the effect of the Natural Resources Transfer Agreement.

pour cette raison que la Cour d'appel, à la différence de la Cour du Banc de la Reine, n'a pas examiné l'effet de la Convention sur le transfert des ressources naturelles.

### The Issues

The issues in this case were stated as constitutional questions by Dickson C.J. on March 23, 1989 and are as follows:

1. Whether the provisions of the *Land Titles Act* of Alberta, R.S.A. 1970, c. 198 as amended, apply to or operate in respect of the mineral estate (less coal) in the lands in question so as to deprive the federal Crown of the proprietary interest reserved to it by the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188, s. 57.
2. Whether the Natural Resources Transfer Agreement made between Canada and Alberta, as confirmed by the *Constitution Act, 1930*, transferred the mineral estate (less coal) in the lands in question from Canada to Alberta thereby making inapplicable s. 57 of the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188 as amended.

A preliminary issue was raised before us:

Was the sale of land to Lynn a sale of land by the Board within the meaning of s. 57 of *The Soldier Settlement Act, 1919*?

### Analysis

I will consider the preliminary issue first.

- I. *Does s. 57 of The Soldier Settlement Act, 1919 Apply to the Case at Bar?*

Section 57 of *The Soldier Settlement Act, 1919* reads as follows:

57. From all sales and grants of land made by the Board all mines and minerals shall be and shall be deemed to have been reserved, whether or not the instrument of sale or grant so specifies, and as respects any contract or agreement made by it with respect to land it shall not be deemed to have thereby impliedly

### Les questions en litige

Le 23 mars 1989, le juge en chef Dickson a formulé les questions en litige en l'espèce sous forme de questions constitutionnelles:

1. Les dispositions de la *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, ch. 198 et modifications, s'appliquent-elles aux droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) dans les terrains en cause de manière à priver la Couronne fédérale des droits de propriété qui lui sont réservés par la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188, art. 57?
2. La Convention sur le transfert des ressources naturelles conclue entre le Canada et l'Alberta, telle que confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, a-t-elle eu pour effet de transférer les droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) du Canada à l'Alberta, rendant ainsi inapplicable l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188 et modifications?

On a soulevé devant nous une question préliminaire:

La vente de terrain à Lynn était-elle une vente de terrain faite par la Commission, au sens de l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats, 1919*?

### Analyse

J'examinerai d'abord la question préliminaire.

- I. *L'article 57 de la Loi d'établissement de soldats, 1919 s'applique-t-il à la présente affaire?*

L'article 57 de la *Loi d'établissement de soldats, 1919* est ainsi conçu:

57. Dans toutes ventes et concessions de terrain faites par la Commission, toutes les mines et tous les minéraux doivent être, et sont censés avoir été réservés, que ce soit ou non stipulé dans l'acte de vente ou de concession, et quant à ce qui regarde un contrat ou une convention quelconque, relativement à une terre, la Commis-



covenanted or agreed to grant, sell or convey any mines or minerals whatever. [Emphasis added.]

The respondents and the Attorney General for Saskatchewan argued that s. 57 does not apply to the case at bar because the sale or grant was not made by the Board. They argued that when Lynn bought the land in 1928, the Board was not the owner of the land, the King was. Therefore the sale of land was not made by the Board but by the King, the Board acting as mere agent. Since s. 57 applies only to sales "by the Board" it would not apply to the case at bar. The mines and minerals would not have been reserved.

The Court of Appeal did note the confusion created by the fact that in 1919 the Board did not acquire the land in its own name as the new 1919 Act allowed it to do but instead in the name of the King (as was the practice under the old 1917 Act). Section 51(2) of the Act vesting in the Board all property acquired and held by the King for soldier settlement does not apply to the case at bar since that subsection applies only to lands acquired prior to the coming into force of the Act on July 7, 1919. In the case at bar the King acquired the land on September 1, 1919.

The Court of Appeal noted that in the 1928 sale the Board was named on the title as agent of the Crown. It also noted that the Board had that status by virtue of *The Soldier Settlement Act, 1919* (see s. 4(1)). The Court of Appeal held that a sale by the Board as agent for the Crown was a sale "by the Board" for the purposes of s. 57.

The Court of Appeal's interpretation of s. 57 is sound. The intention of Parliament was that sales made for the purpose of settling soldiers do not include mines and minerals. In that context a sale "by the Board" should be read to include a sale by the Board as agent for the Crown. I would agree that

sion n'est pas censée avoir convenu ni s'être engagée implicitement à concéder, vendre ou céder des mines ou minéraux quelconques. [Je souligne.]

Les intimés et le procureur général de la Saskatchewan ont soutenu que l'art. 57 ne s'applique pas à la présente affaire parce que la vente ou la concession n'a pas été faite par la Commission. Ils soutiennent que, lorsque Lynn a acquis le bien-fonds en 1928, le propriétaire de ce bien-fonds était non pas la Commission mais le Roi. En conséquence, la vente du bien-fonds n'a pas été faite par la Commission, mais par le Roi, dont la Commission était simplement le mandataire. Puisque l'art. 57 s'applique seulement aux ventes «faites par la Commission», il ne s'appliquerait pas à l'espèce. Les mines et minéraux n'auraient pas été réservés.

La Cour d'appel a souligné la confusion engendrée par le fait qu'en 1919 la Commission n'a pas acquis le bien-fonds en son nom propre, comme la nouvelle Loi de 1919 permettait de le faire, mais l'a acquis au nom du Roi (comme il était d'usage de le faire en vertu de la Loi antérieure de 1917). Le paragraphe 51(2) de la Loi, qui attribue à la Commission tous les biens-fonds acquis et détenus par le Roi pour l'établissement de soldats, ne s'applique pas à l'espèce puisque la disposition ne vise que les terres acquises avant l'entrée en vigueur de la Loi, le 7 juillet 1919. En l'espèce, le Roi a acquis le bien-fonds le 1<sup>er</sup> septembre 1919.

La Cour d'appel a aussi souligné que, dans l'acte de vente de 1928, la Commission est désignée comme mandataire de Sa Majesté. Elle a aussi indiqué que la Commission détenait ce titre en vertu de la *Loi d'établissement de soldats, 1919* (voir le par. 4(1)). La Cour d'appel a conclu qu'une vente faite par la Commission à titre de mandataire de Sa Majesté était une vente «faite [...] par la Commission» au sens de l'art. 57.

L'interprétation que donne la Cour d'appel à l'art. 57 est bonne. Le Parlement a voulu que les ventes faites dans le but d'établir des soldats ne comprennent pas les mines et les minéraux. Dans ce contexte, une vente «faite [...] par la Commission» doit s'interpréter comme incluant une vente faite par la

s. 57 applies to the sale of land made to Lynn in 1928.

Moreover, if it did not apply directly, the effect of the transaction would still be to leave the mines and minerals (except coal) in the federal Crown. Under s. 4 the Board's agency is limited to actions authorized by the Act. It does not, under the Act, have authority to dispose of the mines and minerals and thus it lacked the authority to convey them as an agent. Reserving the issue of whether or not the federal Crown is bound by the *Land Titles Act*, I conclude that *The Soldier Settlement Act, 1919* did (either directly by s. 57 or indirectly with the operation of s. 4) reserve to the federal Crown the rights to the mines and minerals which had been conveyed to it by the transfer from Diercks.

I pause to note that the federal Crown's reacquisition of the mines and minerals appears to have been purely fortuitous. It had disposed of the mines and minerals in the grant to CPR. One suspects that Diercks simply conveyed his title, with neither side giving thought to the mines and minerals. Moreover, the Board had no mandate to acquire or otherwise deal with mines and minerals; its concern was with lands suitable for agricultural use. The suggestion was made before us that the Board acquired mines and minerals in order to protect surface use. In my view that is speculation, to say the least. There is no evidence of any policy to that effect, or of any need for it, and the absence of any power to manage mines and minerals militates against the suggestion.

I think it clear that the mines and minerals formed part of the public lands of Canada, a view supported by *Reese v. The Queen*, [1956] Ex. C.R. 94, aff'd [1957] S.C.R. 794, especially at p. 800. It appears to me that on the reacquisition the mines and minerals would form lands of the Dominion, under the administration of *The Dominion Lands Act*, S.C. 1908, c. 20 (s. 37 of which deals with disposition of mines and minerals).

Commission à titre de mandataire de Sa Majesté. Je serais d'accord pour dire que l'art. 57 s'applique à la vente de terrain faite à Lynn en 1928.

De plus, si l'article ne s'appliquait pas directement, l'opération aurait quand même pour effet de réserver les mines et minéraux (à l'exception du charbon) à la Couronne fédérale. En vertu de l'art. 4, le mandat de la Commission se limite aux actes que la Loi l'autorise à accomplir. En vertu de cette loi, elle n'a pas le pouvoir d'aliéner les mines et minéraux et, en conséquence, elle n'avait pas, à titre de mandataire, le pouvoir de les concéder. Sans me prononcer sur la question de savoir si la Couronne fédérale est liée par la *Land Titles Act*, je conclus que la *Loi d'établissement de soldats, 1919* a eu pour effet (soit directement par l'application de l'art. 57, soit indirectement en vertu de l'art. 4) de réserver à la Couronne fédérale les droits sur les mines et minéraux qui lui avaient été concédés par l'acte de cession de Diercks.

Je m'arrête un instant pour indiquer que la nouvelle acquisition des mines et minéraux par la Couronne fédérale paraît avoir été purement fortuite. Elle avait aliéné les mines et minéraux dans la concession faite à CP. On peut supposer que Diercks a tout bonnement cédé son titre sans que ni l'une ni l'autre partie ne se soucient des mines et minéraux. De plus, la Commission n'avait pas le mandat d'acquérir les mines et minéraux, ni d'en faire quoi que ce soit; elle s'occupait de terres propres à l'agriculture. On nous a laissé entendre que la Commission avait acquis les mines et minéraux pour protéger l'utilisation du sol. À mon avis, il s'agit tout au plus d'une supposition. Il n'y a aucune preuve de l'existence d'une politique en ce sens, ni de la nécessité d'en avoir une, et l'absence de pouvoir de gérer les mines et minéraux rend cette hypothèse peu vraisemblable.

Je crois qu'il est clair que les mines et minéraux faisaient partie des terres publiques du Canada et ce point de vue s'appuie sur la décision *Reese v. The Queen*, [1956] R.C. de l'É. 94, conf. par [1957] R.C.S. 794, notamment à la p. 800. Il m'apparaît qu'après la nouvelle acquisition les mines et minéraux faisaient partie des terres fédérales, en application de la *Loi des terres fédérales*, S.C. 1908, ch. 20 (dont l'art. 37 traite de l'aliénation des mines et minéraux).

## II. Which Constitutional Issues Should Be Addressed?

In order to succeed before this Court the appellant had to address both constitutional issues. The appellant has to convince us that the mines and minerals were not transferred to the province by the Natural Resources Transfer Agreement and that the federal Crown is not bound by the *Land Titles Act*.

On the other hand, if the respondents' arguments on one of the constitutional issues succeed in convincing us, the appeal will be dismissed. Indeed, if the mines and minerals were transferred to the Crown in right of Alberta — the provincial Crown being bound by the *Land Titles Act* — the Torrens system would not allow any challenge to the Certificate of Title of the respondent executors (*Land Titles Act*, s. 66(1)). If that is the case, the Court does not have to decide whether, on the peculiar facts here, the federal Crown is bound by the *Land Titles Act*.

Since I have come to the conclusion that the mines and minerals were transferred to the province under the Natural Resources Transfer Agreement it will not be necessary to address the issue of whether the federal Crown is here bound by the *Land Titles Act*.

## III. The Natural Resources Transfer Agreement.

Until the creation of the Province of Alberta by the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20), the federal Crown had original title to all land, mines and minerals in the territory of what would become Alberta. The creation of the province did not alter this situation and the federal Crown continued to hold title to all reserved or ungranted natural resources.

An Agreement was passed so that Alberta would "be placed in a position of equality with the other Provinces of Confederation with respect to the administration and control of its natural resources" (preamble of the Agreement). The transfer of natural

## II. Quelles questions constitutionnelles faut-il aborder?

Pour avoir gain de cause devant notre Cour, l'appelant se devait d'aborder les deux questions constitutionnelles. L'appelant doit nous convaincre que les mines et minéraux n'ont pas été cédés à la province par la Convention sur le transfert des ressources naturelles et que la Couronne fédérale n'est pas liée par la *Land Titles Act*.

Par ailleurs, si les arguments des intimés relatifs à l'une des questions constitutionnelles réussissent à nous convaincre, le pourvoi sera rejeté. En effet, si les mines et minéraux ont été cédés à Sa Majesté du chef de l'Alberta — la Couronne provinciale étant liée par la *Land Titles Act* — le système Torrens ne permettrait pas de contester le certificat de titre des exécuteurs testamentaires intimés (par. 66(1) de la *Land Titles Act*). Si tel est le cas, notre Cour n'a pas à déterminer si, vu les faits précis de l'espèce, la Couronne fédérale est liée par la *Land Titles Act*.

Puisque j'en suis venu à la conclusion que les mines et minéraux ont été cédés à la province en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, il ne sera pas nécessaire d'aborder la question de savoir si la Couronne fédérale est liée, en l'espèce, par la *Land Titles Act*.

## III. La Convention sur le transfert des ressources naturelles.

Jusqu'à la création de la province d'Alberta en vertu de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20), la Couronne fédérale détenait le titre original sur toutes les terres, mines et minéraux du territoire qui allait devenir l'Alberta. La création de la province n'a pas modifié cette situation et la Couronne fédérale a continué d'être propriétaire de toutes les ressources naturelles qui avaient été réservées et de celles qui n'avaient pas été concédées.

Une convention est intervenue pour que l'Alberta «soit traitée à l'égal des autres provinces de la Confédération quant à l'administration et au contrôle de ses ressources naturelles» (preamble de la Convention). Le transfert des ressources naturelles a été réalisé par

resources was done by what is now called the *Constitution Act, 1930*, which gave legal effect to Schedule 2, the Natural Resources Transfer Agreement between Alberta and the federal government.

The first clause of the Agreement transfers all federal public lands, mines, minerals and royalties to Alberta. I note that this fundamental clause distinguishes mines and minerals from lands, consistent with subsequent clauses. This broad general grant is followed by some exceptions, two of which were stressed before us. If the federal Crown's claim to the rights in the mines and minerals cannot fit one of those exceptions, those rights will have been transferred to Alberta. If that is the case, Alberta being bound by the *Land Titles Act*, the successors of the Sniders would have a fee simple that includes mines and minerals (except for coal).

Before studying those exceptions, I note that the purpose of the Agreement is the transfer of natural resources and the document being constitutional, its purposive interpretation should lead this Court to interpret the exceptions restrictively.

#### A. Paragraph 13 of the Agreement

13. All interests in Crown lands in the Province upon the security of which any advance has been made under the provisions of the Soldier Settlement Act, being chapter 188 of the Revised Statutes of Canada, 1927, and amending Acts, shall continue to be vested in and administered by the Government of Canada for the purposes of Canada.

The trial judge rejected the application of this clause.

I reject it on two grounds. Firstly, as of the date of the Agreement neither the surface nor the mines and minerals in question were Crown lands subject to security. Secondly, there was no "advance" within the meaning of *The Soldier Settlement Act*.

ce qui est maintenant connu sous le nom de *Loi constitutionnelle de 1930*, laquelle a donné force de loi à l'annexe 2, c'est-à-dire la Convention sur le transfert des ressources naturelles intervenue entre l'Alberta et le gouvernement fédéral.

L'article premier de la Convention transfère toutes les terres publiques fédérales, toutes les mines, tous les minéraux et toutes les redevances à l'Alberta. Je souligne que cet article fondamental établit entre les mines et minéraux, d'une part, et les terres, d'autre part, une distinction compatible avec les articles qui suivent. Cette concession générale est suivie de certaines exceptions, dont deux ont été invoquées devant nous. Si les droits que la Couronne fédérale prétend avoir sur les mines et minéraux ne peuvent correspondre à l'une de ces exceptions, ces droits ont alors été cédés à l'Alberta. Si tel est le cas, puisque l'Alberta est liée par la *Land Titles Act*, les successeurs des Snider ont un droit de propriété en fief simple qui englobe les mines et minéraux (à l'exception du charbon).

Avant d'examiner ces exceptions, je signale que puisque l'objet de la Convention est le transfert des ressources naturelles et que le document est constitutionnel, son interprétation fondée sur l'objet visé doit amener notre Cour à en interpréter les exceptions de façon restrictive.

#### A. L'article 13 de la Convention

13. Tous les intérêts dans les terres de la Couronne de la province sur la garantie desquelles une avance a été consentie en vertu des dispositions de la Loi d'établissement de soldats, chapitre 188 des Statuts révisés du Canada, 1927, et des lois modificatrices, continueront d'appartenir au gouvernement du Canada pour les fins du Canada et d'être administrés par lui.

Le juge de première instance a écarté l'application de cet article.

Je l'écarte pour deux motifs. D'abord, au moment de la Convention, ni la surface ni les mines et minéraux en question n'étaient des terres de la Couronne assujetties à une garantie. Ensuite, il n'y avait aucune «avance» au sens de la *Loi d'établissement de soldats*.

Before addressing the appellant's argument I must make clear that the appellant's case is founded on the proposition that the mines and minerals here were not security. His position is that s. 57 of the 1919 Act was a statutory reservation of the mines and they never passed to Lynn, and never provided any security. The appellant's position is, and I quote from the factum, "only surface interests could be held as security". The mines and minerals therefore were Crown lands, but not subject to any security.

The surface, as of 1930, belonged to Snider subject to the Land Titles mortgage given by Lynn. A *Land Titles Act* mortgage is a charge upon the mortgagor's fee simple interest and that surface fee simple cannot be defined as "Crown lands".

Paragraph 13 is needed to preserve "Crown lands" upon which an advance has been made. Mortgages are not given on "Crown lands", they are given on the mortgagor's lands. Under s. 25 of the 1919 Act "advances" constitute a first charge on unpatented lands. The office of para. 13 is to protect such Crown lands, and, as the appellant concedes, those advances could only be secured against the surface.

The lands involved herein do not come within para. 13 because it has not been shown that they were subject to any advance under the Act. Section 19 allows the Board to make advances not to exceed \$1,000 to settlers for permanent improvements. When made, the advances were to constitute a first charge on the land of the settlers. Section 25(1) of the Act allows the Board to make advances to a settler for the discharge of encumbrances on the agricultural land owned and used by the settler. A limitation of \$3,500 (but not to exceed 50 percent of the value of the land) is specified for these purposes. However, the subsection goes on to state that a) the advances made for the discharge of encumbrances under the section and b) the amounts due by the settler to the Board "in any connection under authority of this Act"

Avant d'aborder l'argument de l'appelant, je dois préciser que la preuve de l'appelant repose sur la proposition que les mines et minéraux, dont il est question en l'espèce, ne constituaient pas une garantie. Selon lui, l'art. 57 de la Loi de 1919 avait pour effet de réserver les mines et elles n'ont jamais été transférées à Lynn, ni jamais constitué une garantie. L'appelant soutient, et je cite à partir du mémoire produit, que [TRADUCTION] «seuls les droits de surface pouvaient être détenus comme garantie». Les mines et minéraux étaient donc des terres de la Couronne, mais n'étaient assujettis à aucune garantie.

Dès 1930, la surface appartenait à Snider et était grevée de l'hypothèque consentie par Lynn en vertu de la *Land Titles Act*. Une hypothèque de ce type est une charge qui grève le droit de propriété en fief simple du débiteur hypothécaire et ce fief simple sur la surface ne peut pas être qualifié de «terres de la Couronne».

L'article 13 est nécessaire pour préserver les «terres de la Couronne» à l'égard desquelles une avance a été consentie. Les hypothèques ne sont pas consenties relativement à des «terres de la Couronne», elles le sont à l'égard des terres du débiteur hypothécaire. Aux termes de l'art. 25 de la Loi de 1919, les «avances» constituent une première charge sur les terres non concédées. L'article 13 a pour fonction de protéger pareilles terres de la Couronne et, comme le reconnaît l'appelant, seule la surface pouvait constituer une garantie pour ces avances.

Les terres ici en cause ne relèvent pas de l'art. 13 parce qu'on n'a pas démontré qu'elles avaient fait l'objet d'une avance en vertu de la Loi. L'article 19 permet à la Commission de consentir des avances ne dépassant pas 1 000 \$ aux colons pour des améliorations permanentes. Pareilles avances devaient constituer une première charge sur la terre des colons. Le paragraphe 25(1) de la Loi permet à la Commission de consentir des avances à un colon pour lui permettre de libérer des charges qui grèvent la terre agricole qu'il possède et utilise. Une limite de 3 500 \$ (ne devant pas, cependant, excéder 50 pour 100 de la valeur de la terre) est fixée pour ces fins. Le paragraphe ajoute toutefois que le total a) des avances consenties pour libérer les charges en vertu de l'article et b) des montants dus par le colon à la Commis-

are together not to exceed \$5,000. Under b), the reference to other amounts due to the Board would cover the amounts unpaid on the sale of land (ss. 16 and 17) or live stock and equipment (s. 18). Taking these provisions together, one can see that the Act distinguishes quite clearly between advances made under it and unpaid amounts owing by settlers to the Board on, for example, the sale to settlers of the settlers' land or on the sale to settlers of live stock or equipment.

In the case at bar, there was no suggestion of an advance being made of the kind contemplated by s. 19 or s. 25 of the Act and it appears that the only amount owing was the unpaid purchase price at the time of sale. Accordingly, one cannot conclude that there was an advance within the meaning of para. 13 of the Agreement. All that took place was the sale of the land and a mortgage back to the Crown but this cannot be interpreted as being an advance under the Act.

The Crown's interest as a mortgagee is, of course, not affected by the transfer Agreement.

I again note that the mines and minerals were simply kept as part of the public domain owned by the federal Crown. Natural resources kept for no specific purposes are exactly what the Natural Resources Transfer Agreement intended to transfer to the Province.

The federal Crown's interest in these mines and minerals was not covered by para. 13 and that clause did not prevent the transfer of that interest to Alberta.

#### B. Paragraph 18 of the Agreement

18. Except as herein otherwise expressly provided, nothing in this agreement shall be interpreted as applying so as to affect or transfer to the administration of the Province (a) any lands for which Crown grants have been made and registered under the Land Titles Act of the Province and of which His Majesty the King in the right of His Dominion of Canada is, or is entitled to become the registered owner at the date upon which the

sion «à quelque titre que ce soit, sous le régime de la présente loi» ne doit pas dépasser 5 000 \$. En b), la mention d'autres montants dus à la Commission comprendrait le solde du prix de vente de la terre d'établissement (art. 16 et 17) ou du bétail ou matériel (art. 18). Si on considère ces dispositions ensemble, on peut constater que la Loi fait une distinction très claire entre les avances consenties sous son régime et les montants impayés dus par les colons à la Commission relativement, par exemple, à la vente aux colons de terres d'établissement ou à la vente aux colons de bétail ou de matériel.

En l'espèce, on n'a pas laissé entendre qu'une avance du genre de celles envisagées aux art. 19 ou 25 de la Loi a été consentie et il appert que le seul montant dû était le solde impayé du prix d'acquisition au moment de la vente. Par conséquent, on ne peut pas conclure qu'il y a eu une avance au sens de l'art. 13 de la Convention. Tout ce qu'il y a eu, c'est la vente de la terre et l'hypothèque consentie à la Couronne, mais cela ne peut pas s'interpréter comme une avance en vertu de la Loi.

Le droit de la Couronne à titre de créancier hypothécaire n'est évidemment pas touché par la Convention de transfert.

Je souligne de nouveau que les mines et minéraux faisaient simplement partie du domaine public possédé par la Couronne fédérale. Les ressources naturelles qui n'étaient pas affectées à une fin précise constituaient exactement ce que la Convention sur le transfert des ressources naturelles visait à transférer à la province.

Le droit de la Couronne fédérale sur ces mines et minéraux n'était pas visé par l'art. 13 et cet article n'a pas empêché la cession de ce droit à l'Alberta.

#### B. L'article 18 de la Convention

18. Sauf dispositions expressément contraires des présentes, rien dans la présente convention ne doit s'interpréter comme s'appliquant de manière à affecter ou à transférer à l'administration de la province (a) des terres pour lesquelles des concessions de la Couronne ont été faites et enregistrées en vertu du *Land Titles Act* de la province et dont Sa Majesté le Roi pour le compte de Son Dominion du Canada est le propriétaire enregistré

agreement comes into force, or (b) any ungranted lands of the Crown upon which public money of Canada has been expended or which are, at the date upon which this agreement comes into force, in use or reserved by Canada for the purpose of the federal administration.

Counsel for the appellant also argued that para. 18 of the Agreement applied to the case at bar. The Court of Queen's Bench agreed with him on the basis that there had been a grant (to the CPR) and the Director of Soldier Settlement was entitled to become registered owner at the time of the Agreement. With respect, I disagree. As we have seen, para. 13 of the Agreement deals specifically with soldier settlement lands. *Specialia generalibus derogant*. There is no warrant to resort to para. 18.

Moreover, I would not interpret para. 18 as extending to these mines and minerals. The section deals with "lands" and honours the distinction made in the opening clause. If it were not so restricted it would have the astonishing result, on the appellant's interpretation, of retaining for the federal Crown all the mines and minerals which the federal Crown had reserved from grants prior to 1930. For example, mines and minerals reserved from homestead grants would not pass to the province. During argument, counsel for the Director conceded that those mines and minerals did pass to the province.

The office of para. 18(a) is, in my view, to protect surface grants which the Crown had made to itself and were in the form of titles in the Crown, or in the process of registration. Lands granted for the use of federal Crown agencies would serve as an example, consistent with clause (b) which would similarly protect ungranted lands used for administration (or upon which public monies had been expended). It cannot have been meant to extend to the extensive mineral reservations under the surface of granted lands in respect of which the Crown would be, at the time of the Agreement, "entitled to become the registered owner".

ou a le droit de le devenir à la date de l'entrée en vigueur de la présente convention, ou (b) des terres non concédées de la Couronne pour lesquelles des deniers publics du Canada ont été dépensés ou qui sont, à la date de l'entrée en vigueur de la présente convention, en usage ou réservées par le Canada pour les fins de l'administration fédérale.

L'avocat de l'appelant a aussi soutenu que l'art. 18 de la Convention s'applique à l'espèce. La Cour du Banc de la Reine lui a donné raison parce qu'il y avait eu concession (à CP) et que le Directeur de l'établissement de soldats avait le droit de devenir le propriétaire enregistré au moment de la Convention. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Comme nous l'avons vu, l'art. 13 de la Convention porte expressément sur les terres d'établissement de soldats. *Specialia generalibus derogant*. Il n'y a pas de raison de recourir à l'art. 18.

De plus, selon moi, l'art. 18 ne s'applique pas à ces mines et minéraux. L'article vise les «terres» et applique la distinction établie dans la disposition préliminaire. Si la portée de l'article n'était pas limitée de cette façon, il aurait comme conséquence étonnante, selon l'interprétation donnée par l'appelant, de laisser à la Couronne fédérale la totalité des mines et minéraux que celle-ci avait réservés dans les concessions antérieures à 1930. Par exemple, les mines et minéraux soustraits aux concessions de terres d'établissement de colons n'auraient pas été cédés à la province. Pendant les plaidoiries, l'avocat du Directeur a reconnu que ces mines et minéraux avaient été cédés à la province.

L'alinéa 18a) a pour fonction, à mon avis, de préserver les concessions de droits de surface que la Couronne s'était faites à elle-même ou qui étaient sur le point d'être enregistrées. Les terres concédées pour utilisation par des organismes de la Couronne fédérale en seraient un exemple conforme à l'al. b). Celui-ci protégerait de la même manière les terres non concédées qui étaient utilisées pour l'administration (ou pour lesquelles des deniers publics avaient été dépensés). On ne peut avoir voulu que l'alinéa s'applique aux réserves considérables des ressources minérales situées sous la surface des terres concédées dont Sa Majesté avait, au moment de la Convention, «le droit de [...] devenir [propriétaire enregistré]».

Benefit and Burden

In view of my interpretation of the Agreement and the position taken by the appellant I have not addressed the argument that succeeded in the Court of Appeal.

Conclusion

The respondents or their predecessors have been the registered owners, as *bona fide* purchasers for value, of these mines and minerals since before 1930 and under the *Land Titles Act* of Alberta hold them against the provincial Crown. The appellant, I am glad to say, cannot some 50 years later, after the transfer to Alberta, invoke federal Crown ownership.

I answer the questions as follows:

Q. 1. Whether the provisions of the *Land Titles Act* of Alberta, R.S.A. 1970, c. 198 as amended, apply to or operate in respect of the mineral estate (less coal) in the lands in question so as to deprive the federal Crown of the proprietary interest reserved to it by the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188, s. 57.

A. It is not necessary to answer the question because of the answer to question 2. Any proprietary interest passed to Alberta.

Q. 2. Whether the Natural Resources Transfer Agreement made between Canada and Alberta, as confirmed by the *Constitution Act, 1930*, transferred the mineral estate (less coal) in the lands in question from Canada to Alberta thereby making inapplicable s. 57 of the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188 as amended.

A. The Natural Resources Transfer Agreement did transfer the mineral estate to Alberta.

I would dismiss the appeal, declare the respondent executors entitled to the mines and minerals (except

Avantage et inconvénient

Compte tenu de mon interprétation de la Convention et de la position adoptée par l'appelant, je n'ai pas abordé l'argument qui a été retenu en Cour d'appel.

Conclusion

Les intimés ou leurs prédécesseurs ont été les propriétaires enregistrés, comme acquéreurs de bonne foi à titre onéreux, des mines et minéraux depuis une époque antérieure à 1930 et, en vertu de la *Land Titles Act* de l'Alberta, ils le sont à l'encontre de la Couronne provinciale. L'appelant ne peut, il me fait plaisir de le dire, 50 ans après la cession à l'Alberta, invoquer le titre de propriété de la Couronne fédérale.

Je suis d'avis de répondre aux questions comme ceci:

Q. 1. Les dispositions de la *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, ch. 198 et modifications, s'appliquent-elles aux droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) dans les terrains en cause de manière à priver la Couronne fédérale des droits de propriété qui lui sont réservés par la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188, art. 57?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question vu la réponse donnée à la seconde question. Tous les droits de propriété ont été transférés à l'Alberta.

Q. 2. La Convention sur le transfert des ressources naturelles conclue entre le Canada et l'Alberta, telle que confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, a-t-elle eu pour effet de transférer les droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) du Canada à l'Alberta, rendant ainsi inapplicable l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188 et modifications?

R. La Convention sur le transfert des ressources naturelles a eu pour effet de céder les droits sur les ressources minérales à l'Alberta.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de déclarer que les exécuteurs testamentaires intimés ont droit aux



coal) and award costs to the respondent executors except for the appeal in the Court of Appeal where they did not appear.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with interest the reasons of my colleague, Justice Stevenson. However, I have come to a different conclusion.

### Factual Background

There are some facts in addition to those set out by Stevenson J. to which I must refer for the purposes of these reasons.

Toward the end of the First World War, Parliament enacted *The Soldier Settlement Act, 1917*, S.C. 1917, c. 21 (the “1917 Act”) which was later replaced by *The Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71 (the “1919 Act”). The aim of these Acts was to settle returning soldiers on agricultural land. The agricultural objective of the legislation was emphasized by s. 57 of the 1919 Act which provided that all mines and minerals were reserved to the federal Crown whenever the Soldier Settlement Board (the “Board”) transferred land to a settling soldier.

The land in question (the “Land”) was originally granted by the federal Crown to the Canadian Pacific Railway Company (“CPR”) which, in turn, sold the Land to Herman Diercks subject to a reservation for coal. In 1919, Diercks sold the Land to the Board.

On March 10, 1928, three documents were registered under *The Land Titles Act*, R.S.A. 1922, c. 133 (the “LTA”). First, by a transfer dated February 22, 1928, the Board transferred the Land subject to the reservation of coal for the CPR to Russell James Lynn for the amount of \$2,800. Second, by mortgage dated February 7, 1928, Lynn mortgaged the Land back to the Board to secure the sum of \$2,000. Third, by transfer dated February 7, 1928, Lynn transferred the Land to Charlie Snider for \$6,000. This sum presumably represented the cost of the land, \$2,800,

mines et minéraux (à l’exception du charbon), d’accorder des dépens aux exécuteurs testamentaires intimés, sauf en ce qui concerne l’appel en Cour d’appel où ils n’ont pas comparu.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—J’ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue le juge Stevenson, mais j’arrive à une conclusion différente.

### Les faits

Pour les fins des présents motifs, j’aimerais ajouter certains faits à ceux déjà mentionnés par le juge Stevenson.

Vers la fin de la Première Guerre mondiale, le Parlement a adopté la *Loi d’Établissement de Soldats, 1917*, S.C. 1917, ch. 21 (la «Loi de 1917») qui fut plus tard remplacée par la *Loi d’établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71 (la «Loi de 1919»). Ces lois visaient à permettre aux soldats qui revenaient de la guerre de s’établir sur des terres agricoles. L’article 57 de la Loi de 1919 en fait bien ressortir l’objectif agricole lorsqu’il dispose que toutes les mines et tous les minéraux sont réservés à la Couronne fédérale dans toute cession de terres faite par la Commission d’établissement de soldats (la «Commission») à un soldat qui s’établit comme agriculteur.

Le bien-fonds en cause (le «bien-fonds») a été cédé par la Couronne fédérale au Chemin de fer canadien du Pacifique («CP») qui a ensuite vendu ce bien-fonds à Herman Diercks, se réservant les droits sur le charbon. En 1919, Diercks a vendu le bien-fonds à la Commission.

Le 10 mars 1928, trois documents furent enregistrés en vertu de *The Land Titles Act*, R.S.A. 1922, ch. 133 (la «LTA»). Premièrement, l’acte, en date du 22 février 1928, aux termes duquel la Commission a cédé le bien-fonds, à l’exception des droits sur le charbon réservés à CP, à Russell James Lynn pour la somme de 2 800 \$. Deuxièmement, l’acte, en date du 7 février 1928, créant une hypothèque de 2 000 \$ consentie à la Commission par Lynn sur ledit bien-fonds. Troisièmement, l’acte, en date du 7 février 1928, aux termes duquel Lynn a cédé le bien-fonds à

together with the improvements made by Lynn amounting to \$3,200. The transfer was made subject once again to the reservation of coal for the CPR. The mortgage registered against the Land in 1928 was discharged by discharge of mortgage dated January 28, 1935, and registered May 14, 1935.

By way of caveat dated February 19, 1971, registered February 22, 1971, the Registrar of the North Alberta Land Registration District claimed an interest in the mines and minerals on the Land. The claim was put forward in this way:

... it appears that errors may have been made with respect to a transfer from the Soldier Settlement Board registered ... on March 10th, 1928 and Certificate of Title No. 156-U-67 and subsequent Certificates of Title which fail to reserve mines and minerals to the Soldier Settlement Board as provided in Section 57 of the Soldier Settlement Act, c. 188, R.S.C. 1927...

The Director of Soldier Settlement commenced proceedings in 1979 to cancel the certificates of title showing the executors of Charlie and Tillie Snider (the "Executors") to be the owners of the mines and minerals in the Land. In a judgment released on November 13, 1984, Foster J. of the Court of Queen's Bench of Alberta granted this relief. On August 17, 1988, the Court of Appeal allowed the appeal and upheld the original certificate of title.

### Issues

The following constitutional questions were stated:

1. Whether the provisions of the *Land Titles Act* of Alberta, R.S.A. 1970, c. 198 as amended, apply to or operate in respect of the mineral estate (less coal) in the lands in question so as to deprive the federal Crown of the proprietary interest reserved to it by the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188, s. 57.
2. Whether the Natural Resources Transfer Agreement made between Canada and Alberta, as confirmed by

Charlie Snider pour la somme de 6 000 \$. Cette somme représente vraisemblablement le coût du terrain, soit la somme de 2 800 \$, ainsi que les améliorations apportées par Lynn, d'une valeur de 3 200 \$.  
 a Lors de cette cession, les droits sur le charbon ont de nouveau été réservés à CP. L'hypothèque enregistrée sur le terrain en 1928 a été quittancée le 28 janvier 1935 et la quittance a été enregistrée le 14 mai 1935.

b Par voie d'opposition datée du 19 février 1971 et enregistrée le 22 février 1971, le registrateur du North Alberta Land Registration District a revendiqué un droit sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds. Cette revendication était formulée en ces termes:

[TRADUCTION] ... il appert que des erreurs se sont peut-être glissées lors d'une cession effectuée par la Commission d'établissement de soldats enregistrée [...] le 10 mars 1928 et sur le certificat de titre n° 156-U-67 et les certificats de titre ultérieurs, en ce qu'ils ne prévoient pas que la Commission d'établissement de soldats se réserve les droits sur les mines et minéraux, conformément à l'article 57 de la Loi d'établissement de soldats, ch. 188, S.R.C. 1927...

Le Directeur de l'établissement de soldats a intenté des poursuites en 1979 afin de faire annuler les certificats de titre désignant les exécuteurs Charlie et Tillie Snider (les «exécuteurs») comme propriétaires des mines et minéraux situés dans le bien-fonds. Par jugement en date du 13 novembre 1984, le juge Foster de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a accordé le redressement demandé. Le 17 août 1988, la Cour d'appel a accueilli l'appel et confirmé le certificat de titre initial.

### Les questions en litige

h Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Les dispositions de la *Land Titles Act* de l'Alberta, R.S.A. 1970, ch. 198 et modifications, s'appliquent-elles aux droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) dans les terrains en cause de manière à priver la Couronne fédérale des droits de propriété qui lui sont réservés par la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188, art. 57?
2. La Convention sur le transfert des ressources naturelles conclue entre le Canada et l'Alberta, telle que

the *Constitution Act, 1930*, transferred the mineral estate (less coal) in the lands in question from Canada to Alberta thereby making inapplicable s. 57 of the *Soldier Settlement Act*, R.S.C. 1927, c. 188 as amended.

In addition, the Attorney General of Alberta and the Executors raised an issue as to whether s. 57 of the 1919 Act applies since the Board bought and sold the Land in the name of His Majesty the King in right of Canada rather than in its own name.

### Relevant Legislation

#### *The Soldier Settlement Act, 1917:*

4. ...

(3) The Minister may grant to any settler recommended by the Board a free entry for not more than one hundred and sixty acres of such reserved lands, subject to such conditions as, in the opinion of the Governor in Council, are necessary to secure the use of the land for the purpose for which it is granted.

5. (1) The Board may loan to a settler an amount not exceeding two thousand five hundred dollars for any of the following purposes: —

- (a) the acquiring of land for agricultural purposes;
- (b) the payment of incumbrances on lands used for agricultural purposes;

. . . .

6. ...

(4) All loans upon Dominion lands shall constitute a first charge against the land, and all loans upon other lands shall be secured by first mortgages, and all loans shall in all cases bear interest at the rate of five per centum per annum.

. . . .

(8) When a loan has been made upon Dominion lands, no patent shall issue until the loan and all interest thereon have been paid in full.

confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, a-t-elle eu pour effet de transférer les droits sur les ressources minérales (à l'exception du charbon) du Canada à l'Alberta, rendant ainsi inapplicable l'art. 57 de la *Loi d'établissement de soldats*, S.R.C. 1927, ch. 188 et modifications?

En outre, le procureur général de l'Alberta et les exécuteurs ont soulevé la question de savoir si l'art. 57 de la Loi de 1919 s'applique, étant donné que la Commission a acheté et vendu le bien-fonds pour le compte de Sa Majesté le Roi du chef du Canada plutôt qu'en son propre nom.

### Les dispositions législatives applicables

#### *La Loi d'Établissement de Soldats, 1917:*

4. ...

(3) Le Ministre peut accorder à tout colon recommandé par la Commission un franc titre à la jouissance d'au plus cent soixante acres de pareilles terres réservées, subordonnement aux conditions qui, de l'avis du Gouverneur en conseil, sont nécessaires pour obtenir que les terres soient employées aux fins pour lesquelles elles sont accordées.

5. (1) La Commission peut prêter à un colon un montant ne dépassant pas deux mille cinq cents dollars pour l'une quelconque des fins suivantes:

- a) l'acquisition de terres pour des fins agricoles;
- b) la purge d'hypothèques sur terres employées pour fins agricoles;

. . . .

6. ...

(4) Tous prêts effectués sur des terres fédérales doivent constituer une première charge sur lesdites terres, et tous prêts effectués sur autres terres doivent être garantis par première hypothèque, et tous les prêts doivent toujours porter intérêt au taux de cinq pour cent par année.

. . . .

(8) Quand un prêt a été effectué sur des terres fédérales, aucune patente ne doit être émise tant que le prêt et tous les intérêts accrus sur ledit prêt n'ont pas été remboursés en entier.

*The Soldier Settlement Act, 1919:*

4. (1) For the purposes of acquiring, holding, conveying, and transferring, and of agreeing to convey, acquire or transfer any of the property which it is by this Act authorized to acquire, hold, convey, transfer, agree to convey or agree to transfer, but for such purposes only, the Board shall be and be deemed a body corporate, and as such the agent of the Crown in the right of the Dominion of Canada. . . .

34. . . .

(4) The Board may require of any settler the execution of a mortgage, in such form as its regulations may prescribe, defining and securing any charge which is by this or by the former Act imposed or declared to exist or is agreed upon by the Board and the settler.

57. From all sales and grants of land made by the Board all mines and minerals shall be and shall be deemed to have been reserved, whether or not the instrument of sale or grant so specifies, and as respects any contract or agreement made by it with respect to land it shall not be deemed to have thereby impliedly covenanted or agreed to grant, sell or convey any mines or minerals whatever.

The Aim and Design of *The Soldier Settlement Act*

*The Soldier Settlement Act, 1917* was designed to provide an opportunity for returning soldiers to establish themselves as farmers. Pursuant to the 1917 Act, the Board would recommend to the Minister of the Interior that certain reserved land be granted to a veteran for agricultural use. The Board was empowered to make loans to veterans for the purchase of agricultural land, for the erection of buildings, for the purchase of stock and equipment and for such other purposes which the Board might approve.

At the conclusion of the First World War, the demand for land under the 1917 Act was so great that the reserved lands were insufficient to meet the needs of returning soldiers. In order to rectify the situation, the Governor in Council enacted Order in Council P.C. 299 on February 11, 1919, which provided that the Board could acquire land and resell it to veterans. With the passage of this Order, the Board began

*La Loi d'établissement de soldats, 1919:*

4. (1) Pour les fins d'acquérir, de détenir, transporter et transférer et de convenir de transporter, d'acquérir ou de transférer l'un quelconque des biens que la présente loi autorise à acquérir, détenir, transporter, transférer, convenir de transporter ou convenir de transférer, mais pour ces fins seulement, la Commission doit être et est censée une corporation, et, à ce titre, le mandataire de la Couronne, du droit du Dominion du Canada. . . .

34. . . .

(4) La Commission peut exiger de la part de tout colon l'exécution d'une hypothèque, selon la formule que ses règlements peuvent prescrire, définissant et garantissant toute charge imposée par la présente loi ou par l'ancienne loi, ou déclarée existante ou convenue entre la Commission et le colon.

57. Dans toutes ventes et concessions de terrain faites par la Commission, toutes les mines et tous les minéraux doivent être, et sont censés avoir été réservés, que ce soit ou non stipulé dans l'acte de vente ou de concession, et quant à ce qui regarde un contrat ou une convention quelconque, relativement à une terre, la Commission n'est pas censée avoir convenu ni s'être engagée implicitement à concéder, vendre ou céder des mines ou minéraux quelconques.

L'objet de la *Loi d'établissement de soldats*

*La Loi d'Établissement de Soldats, 1917* visait à permettre aux soldats qui revenaient de la guerre de s'établir comme agriculteurs. Conformément à la Loi de 1917, la Commission recommandait au ministre de l'Intérieur de concéder certaines terres réservées à un vétérans pour des fins agricoles. La Commission était habilitée à consentir des prêts aux vétérans pour l'acquisition de terres agricoles, l'érection de bâtiments, l'achat de bétail, machines et matériel et toute autre fin que la Commission pourrait approuver.

À la fin de la Première Guerre mondiale, la demande de terres, en vertu de la Loi de 1917, était si importante que les terres réservées ne suffisaient plus à répondre à la demande des soldats qui revenaient au pays. Afin de remédier à la situation, le gouverneur en conseil adopta, le 11 février 1919, l'arrêté en conseil C.P. 299 qui prévoyait que la Commission pourrait acquérir des terres et les revendre à des vétérans.

purchasing land in the name of the Crown and selling it to those veterans who qualified under the 1917 Act.

As might be expected, the Order in Council was only a temporary measure. Later, in 1919, Parliament enacted *The Soldier Settlement Act, 1919* which greatly expanded upon the 1917 Act. For the purposes of the present appeal, it is important to note that, by the terms of s. 4(1) of the 1919 Act, the Board was deemed to be a body corporate for the purposes of buying and selling land pursuant to the 1919 Act and, further, that the Board was deemed to be a Crown agent in conducting such transactions. In addition, all the land previously reserved by the Crown under the 1917 Act was deemed, as of July 7, 1919, to be transferred to the Board.

The 1919 Act provided several restrictions upon the Board in transferring land to veterans. The most significant of these for our purposes was that contained in s. 57 which provided that any sale of land was deemed to include a reservation to the federal Crown of all mines and minerals.

The Board was provided with two methods of retaining security in the land allotted to veterans. It could either retain title to the land until the purchase price had been paid in full, or it could require a veteran to execute a mortgage to secure any charge imposed or declared under the 1919 Act. Section 34 provided that those charges could include amounts loaned by the Board to enable the veteran to pay off encumbrances, to acquire equipment or livestock, to construct buildings or for any amount "agreed upon by the Board and the settler".

The primary aim and object of the 1917 Act, the Order in Council and the 1919 Act was to assist returning veterans to settle upon land for agricultural purposes. Section 57 of the 1919 Act, which reserved all mines and minerals to the federal Crown, was important in achieving the object of the legislation since it ensured that the allotted lands would be used for agricultural purposes. The legislation was aimed at benefiting the veterans returning from the First World War. It thus came within the federal jurisdic-

Après l'adoption de cet arrêté, la Commission entreprit d'acheter des terres au nom de la Sa Majesté et de les vendre aux vétérans admissibles en vertu de la Loi de 1917.

Comme on pouvait s'y attendre, l'arrêté en conseil ne constituait qu'une mesure provisoire. En 1919, le Parlement a adopté la *Loi d'établissement de soldats, 1919* qui en grande partie faisait fond sur la Loi de 1917. Aux fins du présent pourvoi, il importe de souligner que, selon le par. 4(1) de la Loi de 1919, la Commission était censée être une corporation pour les fins d'acquérir et de vendre des terres en application de la Loi de 1919, et était, à ce titre, censée être le mandataire de la Couronne. En outre, toutes les terres auparavant réservées par Sa Majesté en vertu de la Loi de 1917 étaient censées être cédées à la Commission à compter du 7 juillet 1919.

La Loi de 1919 imposait à la Commission plusieurs restrictions quant à la cession de terres aux vétérans. La plus importante aux fins de l'espèce était contenue à l'art. 57 qui prévoyait que, dans toute vente de terrain, toutes les mines et tous les minéraux étaient censés être réservés à la Couronne fédérale.

La Commission disposait de deux moyens pour conserver une garantie sur les terres concédées aux vétérans. Elle pouvait soit conserver le titre de propriété jusqu'au paiement intégral du prix d'achat, soit exiger du vétéran l'exécution d'une hypothèque garantissant toute charge imposée ou déclarée existante en vertu de la Loi de 1919. En vertu de l'art. 34, ces charges pouvaient comprendre des prêts consentis au vétéran par la Commission pour la purge d'hypothèques, l'achat de matériel ou de bétail, l'érection de bâtiments ou toute autre fin «convenue entre la Commission et le colon».

La Loi de 1917, l'arrêté en conseil et la Loi de 1919 avaient pour objet premier d'aider les soldats qui revenaient de la guerre à s'établir sur des terres agricoles. L'article 57 de la Loi de 1919, qui réservait à la Couronne fédérale toutes les mines et tous les minéraux, était particulièrement important pour réaliser cet objet, vu qu'il assurait que les terres concédées allaient être exploitées à des fins agricoles. Ces textes législatifs visaient à profiter aux soldats qui revenaient de la Première Guerre mondiale. Ils rele-

tion over the militia, military and naval services and defence as provided by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*.

### The Purchase and Sale of the Land

By September 1, 1919, when Diercks sold the Land to the Board, the 1919 Act had been enacted and proclaimed. When the Board purchased the Land from Diercks, it was apparently acting under the false impression that the 1917 Act was still in effect since it purchased the Land in the name of His Majesty the King in right of Canada as provided by the 1917 Act, rather than acquiring it in the name of the Board.

When the Board transferred the Land to Lynn in 1928, the transferor was said to be His Majesty the King in right of Canada although the 1919 Act provided that the Board could buy and sell land in its own name. The Board, in carrying out the transaction, was acting as agent for the federal Crown rather than as principal. This, the respondents submit, had the result of bringing the purchase from Diercks and the sale to Lynn outside the ambit of the 1919 Act.

I cannot accept this submission. Nothing in the 1919 Act requires the Board to enter into transactions as a principal rather than as an agent. The changes made in the 1919 Act were designed to both simplify and amplify the administration of the Soldier Settlement scheme. It was not intended to restrict the powers of the Board by requiring it to act in all matters as principal rather than as agent. In purchasing and selling the Land, the Board was clearly pursuing the aim and object of the 1919 Act. It would be bizarre, in circumstances where the legislation is otherwise silent, if the provisions of the 1919 Act did not apply simply because the Land was bought and sold in the name of His Majesty the King in right of Canada rather than in the name of the Board, an agent of the federal Crown. It follows that the provisions of the 1919 Act, particularly the reservation of mines and

vaient donc de la compétence fédérale sur la milice, le service militaire et le service naval, ainsi que la défense, conférée par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

### L'achat et la vente du bien-fonds

Le 1<sup>er</sup> septembre 1919, au moment où Diercks a vendu le bien-fonds à la Commission, la Loi de 1919 avait été adoptée et proclamée en vigueur. Lorsque la Commission a acquis le bien-fonds de Diercks, elle agissait apparemment sous la fausse impression que la Loi de 1917 était toujours en vigueur puisqu'elle a acheté le bien-fonds pour le compte de Sa Majesté le Roi du chef du Canada, conformément à la Loi de 1917, plutôt que de l'acquérir en son propre nom.

Lorsque la Commission a cédé le bien-fonds à Lynn en 1928, on a dit que le cédant était Sa Majesté le Roi du chef du Canada en dépit du fait que la Loi de 1919 prévoyait que la Commission pouvait acheter et vendre des terres en son propre nom. La Commission, dans l'exécution de l'opération, agissait à titre de mandataire de la Couronne fédérale plutôt que pour son propre compte. Les intimés prétendent que, de ce fait, l'achat à Diercks et la vente à Lynn ne se trouvaient pas visés par la Loi de 1919.

Je ne saurais accepter cet argument. Aucune disposition de la Loi de 1919 n'exige que la Commission conclue des opérations en son propre nom plutôt qu'à titre de mandataire. Les changements apportés à la Loi de 1919 visaient à la fois à simplifier et à élargir l'administration du régime d'établissement des soldats. Ils ne visaient pas à restreindre les pouvoirs de la Commission en exigeant de celle-ci qu'elle agisse, dans tous les cas, en son propre nom plutôt qu'à titre de mandataire. Lors de l'achat et de la vente du bien-fonds, la Commission poursuivait clairement les objectifs de la Loi de 1919. En l'absence de dispositions précises dans la Loi, il serait étrange que la Loi de 1919 ne soit pas applicable pour le seul motif que le bien-fonds a été acheté et vendu au nom de Sa Majesté le Roi du chef du Canada plutôt qu'au nom de la Commission qui est un mandataire de la Couronne fédérale. Il s'ensuit donc que les dispositions de la Loi de 1919, notamment celles qui prévoient que les mines et minéraux sont réservés à la Cou-

minerals to the federal Crown, applied to the sale of the Land to Lynn.

Alberta's Land Titles Act

The Court of Appeal found that the Board was bound by the provisions of the LTA which were in effect at the time of the sale to Lynn in 1928. According to this view, the Board became subject to the LTA when it registered its purchase from Diercks and its subsequent transfer to Lynn. It was found that, once the Board chose to register under the LTA, it was bound by all of that Act's provisions including the requirement that the Board register its reservation of mines and minerals in the Land. It was held that because the Board failed to register this reservation, Snider took the Land free from any reservation of mines and minerals except coal, which has been specifically reserved to the CPR.

This line of reasoning is, in my view, based on an unacceptable interpretation of the 1919 Act. Section 13(6) of the 1919 Act provides:

13. ...

(6) No surrender, conveyance, mortgage, charge, agreement or award under this Act shall require registration or enrolment to preserve the right of the Board under it, but the same may be registered in the Registry of Deeds for the place where the land lies, if the Board deems it advisable.

This provision was designed to specifically exempt transactions undertaken by the Board, either as principal or as agent, under the 1919 Act from the requirements of provincial land registry systems.

In the absence of such a provision, the Board would indeed be bound by the provisions of the provincial LTA. Section 13(6) of the 1919 Act is, however, directed against such a result. The 1919 Act provides that the Board is to retain ownership and priority in the mines and minerals in those situations where it does not register its interests under provin-

ronne fédérale, s'appliquaient à la vente du bien-fonds à Lynn.

La Land Titles Act de l'Alberta

La Cour d'appel a conclu que la Commission était liée par les dispositions de la LTA qui étaient en vigueur au moment de la vente à Lynn en 1928. Selon ce point de vue, la Commission est devenue assujettie à la LTA lorsqu'elle a enregistré le contrat d'acquisition de Diercks et sa cession subséquente à Lynn. Elle a statué qu'en choisissant de procéder à l'enregistrement sous le régime de la LTA, la Commission est devenue liée par toutes les dispositions de la Loi, y compris l'exigence qu'elle enregistre sa réservation des droits sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds. On a conclu que, puisque la Commission avait omis d'enregistrer cette réservation, Snider a acquis le bien-fonds sans aucune réservation des droits sur les mines et minéraux, à l'exception des droits sur le charbon, qui avaient été réservés expressément à CP.

À mon avis, ce raisonnement est fondé sur une interprétation inacceptable de la Loi de 1919. Le paragraphe 13(6) de la Loi de 1919 dispose que:

13. ...

(6) Il n'est pas nécessaire, en vertu de la présente loi, qu'une cession, un transport, une hypothèque, charge, convention ou adjudication soient enregistrés ou inscrits pour que soit préservé le droit que la Commission possède en vertu de ces actes, mais ils peuvent être enregistrés au bureau d'enregistrement de l'endroit où le terrain est situé, si la Commission le juge opportun.

Cette disposition vise expressément à soustraire aux exigences des régimes provinciaux d'enregistrement immobilier les opérations conclues par la Commission, en son propre nom ou à titre de mandataire, en vertu de la Loi de 1919.

En l'absence d'une telle disposition, la Commission serait effectivement liée par les dispositions de la LTA. Toutefois, le par. 13(6) de la Loi de 1919 ne nous permet pas d'arriver à cette conclusion. La Loi de 1919 prévoit que la Commission conserve la propriété des mines et minéraux et la priorité à cet égard dans les cas où elle ne procède pas à l'enregistrement

cial land law. The federal provision is, therefore, in direct conflict with the LTA and the federal Act of 1919 must prevail.

In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, it was held that in situations of direct conflict between valid federal and provincial legislation, the federal statute is paramount. Dickson J. (as he then was) wrote:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other.

In the circumstances of this case, both the federal and provincial statutes were validly enacted for legitimate federal and provincial purposes. Further, there is a direct conflict between the federal and provincial legislation. To the question whether the Board retains its interest in the mines and minerals in the Land despite the lack of registration, the federal statute gives a clear “yes” while the provincial statute answers “no”. In these circumstances the federal provision is paramount. It follows that, to the extent that the LTA requires the Board to register its interest in mines and minerals in the Land, the LTA is inoperative.

There can, then, be no question of the Board being bound by the LTA’s registration requirements. As far as the Board is concerned, these requirements simply do not exist. While it is true that the Board did register the purchase and later the sale of the Land under the LTA, it did so to benefit the soldier settlers who were not entitled to rely on the statutory exclusion from registration found under the 1919 Act. The registration was not to benefit the Board but, rather, to make the operation of the Soldier Settlement scheme feasible. Registration was the basis upon which the returning veterans received the benefits of the settlement legislation. It must be remembered that the Acts of 1917 and 1919 contemplated the settlement of veterans on lands throughout Canada. The registration requirements could well be expected to vary from province to province. The effect of s. 13(6)

de ses droits en vertu de la loi provinciale en matière de droits immobiliers. La disposition fédérale est donc directement en conflit avec la LTA et la Loi fédérale de 1919 doit l’emporter.

a

Dans l’arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191, on a statué qu’en cas de conflit direct entre une loi fédérale et une loi provinciale valides, c’est la loi fédérale qui a prépondérance. Le juge Dickson (tel était alors son titre) affirme:

b

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.

c

En l’espèce, les lois fédérales et provinciales ont été valablement adoptées à des fins fédérales et provinciales légitimes. De plus, il existe un conflit direct entre la loi fédérale et la loi provinciale. Lorsqu’il s’agit de déterminer si, malgré l’absence d’enregistrement, la Commission a conservé ses droits sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds, la loi fédérale dit clairement «oui» alors que la loi provinciale dit «non». Dans ces circonstances, la loi fédérale a prépondérance. Il s’ensuit donc que la LTA est inopérante dans la mesure où elle exige que la Commission enregistre ses droits sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds.

d

e

f

Il ne saurait donc être question que la Commission soit liée par les exigences d’enregistrement de la LTA. Pour la Commission, ces dispositions n’existent tout simplement pas. Même s’il est vrai que la Commission a enregistré l’achat et plus tard la vente du bien-fonds en vertu de la LTA, elle ne l’a fait que pour favoriser les colons soldats qui ne pouvaient invoquer l’exclusion d’enregistrement prévue dans la Loi de 1919. L’enregistrement avait non pas pour but de profiter à la Commission, mais plutôt de rendre possible l’application du programme d’établissement de soldats. C’est l’enregistrement qui permettait aux vétérans de tirer profit de la loi en matière d’établissement. Il ne faut pas oublier que les Lois de 1917 et de 1919 visaient l’établissement des vétérans sur des terres partout au Canada. On pouvait bien s’attendre à ce que les exigences d’enregistrement varient d’une

g

h

i

j



was to preserve the Board's right to mines and minerals in all lands wherever they might be located. This right was preserved for the Board without the necessity of any registration on title in Alberta or in any other province.

It now must be considered whether the transfer in 1930 of natural resources from the federal to the Alberta government had the effect of transferring the mines and minerals in the Land to the province.

#### The Natural Resources Transfer Agreement

When Alberta joined Confederation in 1905, the administration of natural resources was reserved to the federal government through s. 21 of the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 20):

21. All Crown lands, mines and minerals and royalties incident thereto, and the interest of the Crown in the waters within the province under *The North-west Irrigation Act*, 1898, shall continue to be vested in the Crown and administered by the Government of Canada for the purposes of Canada, subject to the provisions of any Act of the Parliament of Canada with respect to road allowances and roads or trails in force immediately before the coming into force of this Act, which shall apply to the said province with the substitution therein of the said province for the North-west Territories.

In order to place Alberta in the same position with respect to natural resources as the original provinces of Confederation, the federal and Alberta governments negotiated the Natural Resources Transfer Agreement (the "Agreement"). This Agreement has been incorporated into the Constitution of Canada as Schedule 2 of the *Constitution Act, 1930*. Paragraph 1 of the Agreement transferred the federal government's interest "... in all Crown lands, mines, minerals (precious and base) and royalties derived therefrom ..." to Alberta. Certain lands were excluded from the transfer. These included Indian reserves, national parks and land held by the federal government as security. Another of the exclusions dealt with

province à l'autre. Le paragraphe 13(6) avait pour effet de préserver les droits de la Commission sur les mines et minéraux situés dans tous les bien-fonds, où qu'ils puissent être. La Commission conservait ces droits sans avoir à les enregistrer contre le titre de propriété en Alberta ou dans toute autre province.

Nous devons maintenant examiner si le transfert, en 1930, des ressources naturelles du gouvernement fédéral à celui de l'Alberta a entraîné le transfert à la province des mines et minéraux situés dans le bien-fonds.

#### c La Convention sur le transfert des ressources naturelles

Lorsque l'Alberta s'est jointe à la Confédération en 1905, l'administration des ressources naturelles a été réservée au gouvernement fédéral en application de l'art. 21 de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 20):

21. Les terres fédérales, mines et minéraux et les redevances qui s'y rattachent, ainsi que les droits de la Couronne sur les eaux comprises dans les limites de la Province sous l'empire de l'*Acte d'irrigation du Nord-Ouest*, 1898, continuent d'être la propriété de la Couronne et sous l'administration du gouvernement du Canada pour le Canada, sauf les dispositions de toute loi du parlement du Canada, relatives aux réserves pour chemins et aux chemins ou trails, et telles qu'en vigueur immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi, lesquelles s'appliqueront à la dite province et porteront substitution de la dite province aux territoires du Nord-Ouest.

Pour que l'Alberta soit traitée à l'égal des provinces constituant originellement la Confédération quant aux ressources naturelles, le gouvernement fédéral et celui de l'Alberta ont négocié la Convention sur le transfert des ressources naturelles (la «Convention»). Cette convention fait maintenant partie de la Constitution du Canada, à titre d'annexe 2 de la *Loi constitutionnelle de 1930*. L'article 1 de la Convention transfère à l'Alberta l'intérêt du gouvernement fédéral «... dans toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant ...» Certaines terres ont été exclues du transfert, notamment les réserves indiennes, les parcs nationaux et les terres détenues

land falling within the Soldier Settlement scheme. Paragraph 13 of the Agreement provides:

13. All interests in Crown lands in the Province upon the security of which any advance has been made under the provisions of the Soldier Settlement Act, being chapter 188 of the Revised Statutes of Canada, 1927, and amending Acts, shall continue to be vested in and administered by the Government of Canada for the purposes of Canada.

This provision is obviously directed at preserving the federal government's security interests in land falling within the Soldier Settlement scheme. By retaining federal ownership and administration over land subject to these interests, the Agreement maintains the Board's ability to manage the scheme as contemplated by the Acts of 1917 and 1919. In order to fulfill the purposes of para. 13, federal ownership and administration must extend at least to any federal security interests, outstanding as of 1930, in lands falling within the scheme.

What, then, is the meaning of the word "lands" in para. 13 of the Agreement? My colleague Stevenson J. takes the position that it should be given a narrow interpretation so as to exclude mines and minerals and be limited to surface rights. I am led to a different conclusion as a result of a review of the structure of the 1917 and 1919 Acts.

Section 64 of the 1919 Act provides that grants and loans made under the 1917 Act were to continue upon their original terms and conditions. This continuation was unaffected by the revision of statutes in 1928. (See *An Act respecting the Revised Statutes of Canada*, S.C. 1924, c. 65, ss. 6 and 7.) Thus, in 1930 when the Agreement came into force, all outstanding security interests in land subject to the 1917 Act continued in effect upon their original terms and conditions. Since the 1917 Act, in contradistinction to the 1919 Act, was silent on the question of mines and minerals, unless those mines and minerals were specifically reserved to the federal government in the deed of sale, they were transferred to the grantee. It follows that any security interests held by the Board pursuant to the 1917 Act would extend to mines and minerals. These interests would have been continued

par le gouvernement fédéral à titre de garantie. En outre, les terres relevant du programme d'établissement de soldats étaient aussi exclues du transfert. À cet égard, l'art. 13 de la Convention prévoit:

13. Tous les intérêts dans les terres de la Couronne de la province sur la garantie desquelles une avance a été consentie en vertu des dispositions de la Loi d'établissement de soldats, chapitre 188 des Statuts révisés du Canada, 1927, et des lois modificatrices, continueront d'appartenir au gouvernement du Canada pour les fins du Canada et d'être administrés par lui.

Cette disposition vise évidemment à préserver les garanties du gouvernement fédéral relatives aux terres relevant du programme d'établissement de soldats. Comme le fédéral continue d'être propriétaire et d'administrer lesdites terres, sous réserve de ces droits, la Convention permet à la Commission de continuer de gérer le programme de la façon prévue par les Lois de 1917 et de 1919. Pour les fins de l'art. 13, le fédéral doit être propriétaire au moins des terres relevant du programme et visées par les garanties qu'il détenait en 1930, et les administrer.

Quel est alors le sens du mot «terres» à l'art. 13 de la Convention? Mon collègue le juge Stevenson soutient que ce terme devrait être interprété strictement de manière à exclure les mines et minéraux et à inclure seulement les droits de surface. J'arrive à une conclusion différente après avoir examiné l'économie des Lois de 1917 et de 1919.

L'article 64 de la Loi de 1919 prévoit que les concessions et les prêts faits en vertu de la Loi de 1917 demeurent soumis à leurs modalités initiales. Cette situation n'a pas été modifiée par la révision des lois de 1928. (Voir *Loi concernant les Statuts révisés du Canada*, S.C. 1924, ch. 65, art. 6 et 7). Ainsi, en 1930, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, toutes les garanties non réalisées sur des terres assujetties à la Loi de 1917 ont continué d'exister aux conditions auxquelles elles avaient été consenties au départ. Puisque la Loi de 1917, contrairement à la Loi de 1919, ne disait rien sur la question des mines et minéraux, sauf si ces mines et minéraux avaient été expressément réservés au gouvernement fédéral dans l'acte de vente, ces mines et minéraux ont été transférés au cessionnaire. Il s'ensuit que toute garantie détenue par la Commission, conformé-

through the 1919 Act and the revision of statutes. Since para. 13 of the Agreement was designed to preserve such security interests, the use of the word "lands" in that paragraph must extend to mines and minerals. Any other interpretation would have the effect of negating federal security interests in land securing loans made under the 1917 Act. The only definition of "lands" in para. 13 of the Agreement which preserves the federal interests under both the 1917 Act and the 1919 Act is one which includes mines and minerals.

The respondents contend that when the word "lands" is used elsewhere in the Agreement, it refers only to surface rights and not to all interests in real property. I do not believe it is necessary to address this argument. It must be remembered that the purpose of para. 13 of the Agreement was to preserve the federal government's security interests in land falling within the Soldier Settlement scheme. When that purpose is taken into account along with the structure and aim of the 1917 and 1919 Acts, I must conclude that para. 13 of the Agreement refers to both surface and mineral rights.

In 1930, when the Agreement came into force, the federal Crown had a valid security interest in the Land. Pursuant to s. 34(4) of the 1919 Act, this security interest, which was represented by the mortgage back from Lynn, secured the \$2,000 outstanding on the purchase price of the Land. The \$2,000 was thus an "advance" within the meaning of the 1919 Act. The mortgage was not discharged until 1935. By the operation of para. 13 of the Agreement, therefore, ownership and administration of the Land remained in federal hands.

The respondents contend, however, that para. 13 of the Agreement only preserved federal ownership and administration so long as the federal security interest existed. This position, they argue, is in keeping with the general purpose of the Agreement, namely the transfer of all lands to the provincial government. In my view, this submission cannot be accepted. To do so would require one to stretch the meaning of

ment à la Loi de 1917, viserait aussi les mines et minéraux. Ces droits auraient continué d'exister après l'adoption de la Loi de 1919 et la révision des lois. Puisque l'art. 13 de la Convention visait à préserver ces garanties, l'utilisation du mot «terres» dans cet article doit englober les mines et minéraux. Toute autre interprétation aurait pour effet de nier l'existence des garanties détenues par le fédéral relativement aux prêts consentis en application de la Loi de 1917. En conséquence, la seule définition du terme «terres» utilisé à l'art. 13 de la Convention, qui préserve les droits détenus par le fédéral en vertu de la Loi de 1917 et de la Loi de 1919, est celle qui inclut les mines et minéraux.

Les intimés soutiennent que, lorsque le terme «terres» est utilisé ailleurs dans la Convention, il ne vise que les droits de surface et non tous les droits sur les biens réels. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner cet argument. Il faut se rappeler que l'art. 13 de la Convention visait à préserver les garanties du gouvernement fédéral sur les terres relevant du programme d'établissement de soldats. Compte tenu de cet objectif ainsi que de l'économie et de l'objet des Lois de 1917 et de 1919, je dois conclure que l'art. 13 de la Convention vise à la fois les droits de surface ainsi que les droits miniers.

Lorsque la Convention est entrée en vigueur, en 1930, la Couronne fédérale détenait une garantie valide sur les terres. Conformément au par. 34(4) de la Loi de 1919, cette garantie, représentée par l'hypothèque consentie par Lynn, garantissait le solde du prix de vente du terrain, soit la somme de 2 000 \$. Cette somme de 2 000 \$ constituait donc une «avance» au sens de la Loi de 1919. Cette hypothèque n'a été quittancée qu'en 1935. En application de l'art. 13 de la Convention, le fédéral a donc continué d'être propriétaire du bien-fonds et de l'administrer.

Toutefois, les intimés prétendent qu'en vertu de l'art. 13 de la Convention, le fédéral continuait d'être propriétaire du bien-fonds et de l'administrer seulement pendant le temps que sa garantie existait. Ils font valoir que cette position respecte l'objectif général de la Convention, savoir le transfert de toutes les terres au gouvernement provincial. À mon avis, on ne saurait accepter cette prétention parce qu'il faudrait

para. 13 of the Agreement to provide that there was only a temporary vesting in the federal Crown. Yet, para. 13 specifically provides that lands to which it refers “shall continue to be vested in and administered by” the federal government. This language is clear and unequivocal. By its terms, para. 13 provides that the federal Crown is to be the absolute administrator of such lands.

### Conclusion

The transfer of the Land to Lynn in 1928 included the reservation of mines and minerals to the federal Crown. The Board was under no obligation to register this reservation under the LTA. To the extent that the LTA required such registration, it was inoperative. The federal Crown retained ownership and administration of the Land after the coming into force of the Agreement in 1930. This follows from the provisions of para. 13 of the Agreement which preserved federal interests in any land upon which security was held under the Soldier Settlement scheme. In 1930, when the Agreement came into force, the federal Crown held a mortgage in the Land pursuant to the 1919 Act. This mortgage was not discharged until 1935. By its terms, para. 13 of the Agreement preserved the entire federal interest in the Land, including the right to mines and minerals. No subsequent action has removed the federal interest in the mines and minerals in the Land. These interests remain vested in the federal Crown, represented by the Board.

### Disposition

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the trial judge.

For the reasons outlined above, both constitutional questions should be answered in the negative.

*Appeal dismissed with costs, LA FOREST and CORY JJ. dissenting.*

alors forcer le sens de l’art. 13 de la Convention de manière qu’il prévoit que la Couronne fédérale possédait seulement des droits provisoires. Pourtant, l’art. 13 prévoit spécifiquement que les terres qu’il vise «continueront d’appartenir au gouvernement [fédéral] [. . .] et d’être administré[e]s par lui». Les termes utilisés sont clairs et nets. L’article 13 prévoit que la Couronne fédérale constitue l’administrateur absolu de ces terres.

### Conclusion

La cession du bien-fonds à Lynn en 1928 comportait la réservation des mines et minéraux à la Couronne fédérale. La Commission n’avait aucunement l’obligation d’enregistrer cette réservation en vertu de la LTA. Dans la mesure où la LTA exigeait pareil enregistrement, elle était inopérante. Après l’entrée en vigueur de la Convention en 1930, le bien-fonds a continué d’appartenir à la Couronne fédérale et d’être administré par celle-ci. Cette conclusion découle des dispositions de l’art. 13 de la Convention qui préservent les droits du fédéral sur tout bien-fonds à l’égard duquel une garantie était détenue en vertu du programme d’établissement de soldats. En 1930, lors de l’entrée en vigueur de la Convention, la Couronne fédérale détenait une hypothèque sur le bien-fonds conformément à la Loi de 1919. Cette hypothèque ne fut quittancée qu’en 1935. D’après son texte, l’art. 13 de la Convention préservait tout intérêt fédéral dans le bien-fonds, y compris le droit aux mines et minéraux. Aucune autre mesure subséquente n’a fait perdre au fédéral son droit sur les mines et minéraux situés dans le bien-fonds. Ces droits continuent d’appartenir à la Couronne fédérale, représentée par la Commission.

### Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST et CORY sont dissidents.*

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

*Procureur de l'appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents Fred King, Albert Snider and Fred Snider: Lucas, Bishop, Bowker & White, Edmonton.*

*Procureurs des intimés Fred King, Albert Snider et Fred Snider: Lucas, Bishop, Bowker & White, a Edmonton.*

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

*Procureur de l'intimé le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg. b*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina. c*

**Kenneth Frederick Brown** Appellant

v.

**Her Majesty The Queen** Respondent

INDEXED AS: R. v. BROWN

File No.: 21855.

1991: May 9; 1991: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Sentencing — Dangerous driving — Motor accident involving bodily injury and death — Jury verdict: not guilty of causing death or bodily injury by dangerous driving but guilty of included offence of dangerous driving simpliciter — Whether judge on sentencing entitled to adopt as facts matters expressly or implicitly rejected by jury.*

The accused appealed his sentence for dangerous driving imposed at trial and affirmed on appeal by a divided Court of Appeal. The issue is whether the consequences of death and bodily injury should have been considered when the jury had acquitted the accused of dangerous driving causing death and bodily injury.

*Held:* The appeal should be allowed.

The sentencer is bound by the express and implied factual implications of the jury's verdict. Here, the finding of dangerous driving, *simpliciter*, in the face of the more serious charges left no room for speculation. The jury unambiguously negated the factor of causation and both the trial judge and the Court of Appeal were bound by it. Since Parliament chose to make dangerous driving a consequence related crime, the consequence of death or bodily injury must be taken to be excluded under a determination of guilt of dangerous driving.

The determination of a fit sentence for an offence is generally to be determined by the provincial appellate courts. The dissenting judge on the Court of Appeal

**Kenneth Frederick Brown** Appellant

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. BROWN

N<sup>o</sup> du greffe: 21855.

1991: 9 mai; 1991: 27 juin.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Détermination de la peine — Conduite dangereuse — Accident d'automobiles entraînant des lésions corporelles et la mort — Verdict du jury: non coupable de l'infraction de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions corporelles, mais coupable de l'infraction incluse de simple conduite dangereuse — Le juge peut-il, lors de la détermination de la peine, se fonder sur des faits expressément ou implicitement écartés par le jury?*

L'accusé se pourvoit contre la peine pour conduite dangereuse qui lui a été infligée au procès et qui a été maintenue par la Cour d'appel à la majorité. La question est de savoir s'il aurait dû être tenu compte de la mort et des lésions corporelles alors que le jury avait acquitté l'accusé relativement aux infractions de conduite dangereuse causant la mort et des lésions corporelles.

<sup>g</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La personne qui détermine la peine est liée par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury. En l'espèce, la conclusion à la simple conduite dangereuse, et ce malgré l'accusation plus grave qui a été portée, n'admet aucune conjecture. Le jury a écarté de façon non équivoque le facteur de la causalité, et cette conclusion liait le juge du procès et la Cour d'appel. Puisque le législateur fédéral a choisi de faire de la conduite dangereuse un crime sanctionné en fonction de ses conséquences, la mort et les lésions corporelles sont des conséquences qui ne doivent pas entrer en ligne de compte dans le cas d'un verdict de culpabilité de simple conduite dangereuse.

<sup>j</sup> C'est généralement aux tribunaux d'appel provinciaux qu'il appartient de déterminer la peine qui convient à une infraction. Le juge dissident en Cour d'appel

fully considered the matter and determined the fit sentence; his conclusion was adopted.

### Cases Cited

**Referred to:** *Tremblay v. The Queen* (1969), 7 C.R.N.S. 315; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Speid* (1985), 46 C.R. (3d) 22; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Pinske* (1988), 6 M.V.R. (2d) 19, aff'd [1989] 2 S.C.R. 979; *R. v. Doerksen* (1990), 19 M.V.R. (2d) 16.

### Authors Cited

Boyle, Kevin and M. J. Allen. *Sentencing Law and Practice*. London: Sweet & Maxwell, 1985.  
 Fox, Richard George and Arie Freiberg. *Sentencing: State and Federal Law in Victoria*. Melbourne: Oxford University Press, 1985.  
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.  
 Stockdale, Eric and Keith Devlin. *Stockdale and Devlin on Sentencing*. London: Waterlow, 1987.  
 Thomas, D. A. "Establishing a Factual Basis for Sentencing", [1970] *Crim. L.R.* 80.  
 Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1990), 81 Sask. R. 295, 53 C.C.C. (3d) 521, 75 C.R. (3d) 76, 23 M.U.R. (2d) 89, dismissing an appeal against sentence imposed by Sirois J. Appeal allowed.

*Peter Foley, Q.C.*, for the appellant.

*Kenneth W. MacKay, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

STEVENSON J.—The accused appeals, by leave, a sentence of twelve months imprisonment for dangerous driving imposed at trial and affirmed on appeal by a divided Court of Appeal. The issue is whether the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in considering the consequences of death and bodily injury when the jury had acquitted

a fait une étude exhaustive de la question et a déterminé ce qui constitue une peine convenable. La Cour adopte sa conclusion.

### a Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Tremblay v. The Queen* (1969), 7 C.R.N.S. 315; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. v. Speid* (1985), 46 C.R. (3d) 22; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. v. Pinske* (1988), 6 M.V.R. (2d) 19, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979; *R. v. Doerksen* (1990), 19 M.V.R. (2d) 16.

### c Doctrine citée

Boyle, Kevin and M. J. Allen. *Sentencing Law and Practice*. London: Sweet & Maxwell, 1985.  
 Fox, Richard George and Arie Freiberg. *Sentencing: State and Federal Law in Victoria*. Melbourne: Oxford University Press, 1985.  
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.  
 Stockdale, Eric and Keith Devlin. *Stockdale and Devlin on Sentencing*. London: Waterlow, 1987.  
 Thomas, D. A. «Establishing a Factual Basis for Sentencing», [1970] *Crim. L.R.* 80.  
 Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1990), 81 Sask. R. 295, 53 C.C.C. (3d) 521, 75 C.R. (3d) 76, 23 M.U.R. (2d) 89, qui a rejeté un appel contre une peine infligée par le juge Sirois. Pourvoi accueilli.

*Peter Foley, c.r.*, pour l'appellant.

h *Kenneth W. MacKay, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

i LE JUGE STEVENSON—L'accusé se pourvoit, sur autorisation, contre une peine de douze mois d'emprisonnement pour conduite dangereuse qui lui a été infligée au procès et qui a été maintenue à la majorité par la Cour d'appel. La question est de savoir si c'est à tort que le juge du procès et les juges majoritaires en Cour d'appel ont tenu compte de la mort et des

the accused of dangerous driving causing death and bodily injury.

The accused was the driver of a motor vehicle involved in a collision with another motor vehicle. As a result of the collision two passengers in the other vehicle died and two others were injured.

The accused was initially charged with two counts of causing death by criminal negligence. This was reduced by the preliminary inquiry judge to dangerous driving causing death. Shortly before the trial a new indictment was filed, adding two additional counts of dangerous driving causing bodily injury.

At the trial, the Crown argued that the accused was speeding and had driven through a red light, that this manner of driving was dangerous, and that the dangerous driving had caused the collision and resulted in death and injuries. The defence argued that the appellant was not exceeding the speed limit by an excessive amount nor did he disobey the traffic light. Moreover, the defence urged that the manner of the appellant's driving was not causally connected to the collision or the deaths or the injuries.

The jury found the accused not guilty of causing death or bodily injury by dangerous driving but guilty of the included offences of dangerous driving, *simpliciter*.

On sentencing, the trial judge noted that deterrence was the element that was most significant in this case and then turned to various relevant facts. The appellant's traffic infractions, he said, "do reflect some disregard for the rules to be obeyed when driving a vehicle". He then commented that:

Now in this case, under the jury, they found you guilty of dangerous driving alone. And it's probably fortunate for you that they did. But the facts still are that two people died as the result—or following that colli-

lésions corporelles alors que le jury avait acquitté l'accusé relativement à l'infraction de conduite dangereuse causant la mort et des lésions corporelles.

L'accusé était au volant d'un véhicule automobile qui est entré en collision avec un autre véhicule automobile. Par suite de la collision, deux passagers du second véhicule sont morts et deux autres ont subi des blessures.

L'accusé a d'abord été inculpé sous deux chefs d'avoir causé la mort par négligence criminelle. Le juge président à l'enquête préliminaire a réduit cette accusation à celle de conduite dangereuse causant la mort. Peu avant le procès, on a déposé un nouvel acte d'accusation comportant deux chefs d'accusation de conduite dangereuse causant des lésions corporelles.

Au procès, le ministère public a soutenu que l'accusé faisait de l'excès de vitesse et avait brûlé un feu rouge, que c'était là une façon dangereuse de conduire et que cette conduite dangereuse était la cause de la collision et avait entraîné des morts et des blessures. Selon la défense, l'appelant ne dépassait pas démesurément la limite de vitesse et n'avait pas omis de respecter le feu de circulation. La défense a de plus insisté sur l'absence de lien causal entre le mode de conduite de l'appelant et la collision ou les morts ou les blessures.

Le jury a déclaré l'accusé non coupable des infractions de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions corporelles, mais coupable de l'infraction incluse de simple conduite dangereuse.

Lors de la fixation de la peine, le juge du procès a souligné que l'élément le plus important en l'espèce était la dissuasion, puis il a porté son attention sur divers faits pertinents. Les infractions de la route commises par l'appelant, a dit le juge, [TRADUCTION] «témoignent en effet d'un certain mépris pour les règles à observer en matière de conduite automobile». Il a poursuivi en faisant les observations suivantes:

[TRADUCTION] Maintenant, le jury vous a reconnu coupable en l'espèce de conduite dangereuse seulement. Et c'est probablement une bonne chose pour vous. Il reste tout de même que deux personnes sont mortes en



sion—following that collision. And two others suffer injuries that they are still being treated for today.

Included in the case on appeal was a letter or report written by the trial judge to the Court of Appeal, which contains the following statement:

Nothing is clearer than the death and injuries to the four victims arose directly from that collision. It was a flagrant example of dangerous driving taking all circumstances into account.

Before the Court of Appeal, the accused argued that the sentence was excessive for dangerous driving, *simpliciter*. The majority of the Court of Appeal ((1990), 81 Sask. R. 295) noted at p. 296 that “If the [accused] is correct, the sentence here does not bear an acceptable comparison [to other cases]. . . .”

In the Court of Appeal, the majority upheld the trial judge’s sentence. In the course of his majority judgment Wakeling J.A. said at p. 296:

The appellant suggests the trial judge’s right is restricted severely because if he goes too far he is basing the sentence on facts which must have been rejected by the jury, otherwise the lesser verdict of dangerous driving would not have been rendered. The Crown says the trial judge not only can but has the duty to consider all of the evidence in order to determine a proper sentence, which evidence includes the fact the accused is at least partly to blame for a serious accident which took two lives. If the appellant is correct, the sentence here does not bear an acceptable comparison to such cases . . . . If the Crown is correct, then the sentence is not exceptional when compared to cases in which the consequences are similar to those involved in this case.

In dissent, Tallis J.A. noted the judge’s obligation to respect the jury verdict which expressly rejected any causal connection between the way he was driving and the deaths and injuries and concluded the sentence should have been reduced to six months imprisonment.

The majority referred to an apparent divergence between English and Australian courts on the position to be taken regarding findings of fact by a sen-

conséquence, ou à la suite, de cette collision. Et deux autres ont subi des blessures pour lesquelles elles suivent encore des traitements.

Le dossier d’appel contient une lettre ou un rapport du juge du procès à l’intention de la Cour d’appel, où il fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Il est bien évident que la mort ou les lésions subies par les quatre victimes ont résulté directement de cette collision. Eu égard à toutes les circonstances, c’était un cas flagrant de conduite dangereuse.

Devant la Cour d’appel, l’accusé a allégué que la peine infligée était excessive pour une infraction de simple conduite dangereuse. La Cour d’appel ((1990), 81 Sask. R. 295), à la majorité, a fait remarquer à la p. 296 que [TRADUCTION] «Si l’[accusé] a raison, la peine infligée en l’espèce n’a aucun rapport acceptable avec celle fixée dans [d’autres] cas . . . .»

La Cour d’appel à la majorité a confirmé la peine fixée par le juge du procès. Dans ses motifs pour la majorité, le juge Wakeling dit à la p. 296:

[TRADUCTION] L’appelant prétend que le droit du juge du procès est sérieusement limité parce que, s’il va trop loin, il fonde la peine sur des faits qu’a dû écarter le jury, sinon le verdict moindre de conduite dangereuse n’aurait pas été rendu. Le ministère public pour sa part affirme que le juge du procès non seulement peut mais doit prendre en considération la totalité de la preuve afin de fixer une peine convenable, preuve qui établit notamment que l’accident grave qui a coûté la vie à deux personnes s’est produit, du moins en partie, par la faute de l’accusé. Si l’appelant a raison, la peine infligée en l’espèce n’a aucun rapport acceptable avec celle fixée dans des cas analogues [ . . . ] Si c’est le ministère public qui a raison, alors la peine n’a rien d’exceptionnel par rapport aux cas où les conséquences ont été similaires à celles dont il s’agit en l’espèce.

Le juge Tallis, dissident, a souligné l’obligation du juge de respecter le verdict du jury, qui avait expressément exclu tout lien causal entre la façon de conduire de l’accusé et la mort ou les blessures subies, et il a conclu que la peine aurait dû être réduite à six mois d’emprisonnement.

Les juges majoritaires ont fait mention de ce qui semble être une divergence d’opinions entre les tribunaux anglais et australiens quant à la position à pren-

tencer when the determination of guilt has been made by a jury. Ruby, *Sentencing* (3rd ed. 1987), at pp. 61-62, Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979) at p. 367, and *Tremblay v. The Queen* (1969), 7 C.R.N.S. 315 (Que. C.A.), were cited.

The divergence to which the majority of the Court of Appeal referred centres on the question of whether the judge is bound to assume that the jury took the most lenient view of the facts which would support the verdict. That issue does not arise here because the only factual question relates to the consequences and on that factual question the jury's decision is not in doubt. Thomas makes it clear that subject to the jury's express and implied factual findings the judge must make the necessary sentencing findings. He or she must, of course, make those findings in keeping with the law relating to the finding of facts on sentencing set out in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, which establishes that while all credible and trustworthy evidence may be accepted, disputed facts relied upon by the Crown in aggravation must be established beyond a reasonable doubt.

In *Tremblay*, the trial judge in sentencing for a manslaughter conviction expressed his opinion that the accused was guilty of deliberate murder. The majority of the Court of Appeal decided not to interfere with the sentence on the basis that rid of references or expressions of opinion to give the accused's acts the character of murder, the acts were sufficiently grave to justify the sentence (a maximum). The dissenting judge found that the sentence was not fit and that it was influenced by the conclusion that the acts were murder. The majority thus found the sentence was "fit", untainted by impermissible considerations.

Before us, the parties were agreed that there is no relevant difference between the English and Australian positions. In its factum filed here the Crown set

dre pour déterminer la peine à l'égard des conclusions de fait dans un cas où le verdict de culpabilité a été rendu par un jury. Ont été cités à ce propos: Ruby, *Sentencing* (3<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 61 et 62, Thomas, *Principles of Sentencing* (2<sup>e</sup> éd. 1979), à la p. 367, et l'arrêt *Tremblay v. The Queen* (1969), 7 C.R.N.S. 315 (C.A. Qué.).

La divergence dont parle la majorité en Cour d'appel est axée sur la question de savoir si le juge est tenu de supposer que le jury a adopté l'interprétation la plus indulgente des faits qui puisse justifier le verdict. Cette question ne se pose pas en l'espèce étant donné que l'unique question de fait concerne les conséquences, et sur cette question de fait, la décision du jury ne soulève pas de doute. Thomas fait ressortir clairement que, sous réserve des conclusions de fait expresses et implicites du jury, le juge doit tirer les conclusions qui s'imposent pour la détermination de la peine. Il doit respecter, bien entendu, les règles de droit applicables aux conclusions de fait au stade de la fixation de la peine, énoncées dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, qui détermine que tous les éléments de preuve crédibles et fiables peuvent être admis, mais que le ministère public doit faire la preuve hors de tout doute raisonnable des circonstances aggravantes qu'il invoque sur des faits contestés.

Dans l'affaire *Tremblay*, le juge du procès, en fixant la peine à la suite d'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable, a exprimé l'avis que l'accusé était coupable de meurtre délibéré. La Cour d'appel à la majorité a décidé de ne pas modifier la peine infligée parce que, indépendamment des allusions et des expressions d'opinion prêtant aux actes commis par l'accusé le caractère d'un meurtre, ces actes étaient suffisamment graves pour justifier la peine (maximale) prononcée. De l'avis du juge dissident, la peine n'était pas convenable et avait été influencée par la conclusion que les actes en question constituaient un meurtre. Les juges majoritaires ont donc décidé qu'il s'agissait d'une peine «convenable» qu'aucune considération inadmissible ne venait entacher.

Devant nous, les parties ont convenu qu'il n'y a pas de différence pertinente entre les positions anglaise et australienne. Dans le mémoire qu'il a

out the English position, again quoting Thomas from an article, "Establishing a Factual Basis for Sentencing", [1970] *Crim. L.R.* 80, at p. 82, where he says:

... the Court of Appeal has developed the principle that where the factual implication of the jury's verdict is clear, the sentencer is bound to accept it and a sentence which is excessive in the light of the facts implied in the verdict will be reduced . . . . This principle can only apply however where the factual implication of the jury's verdict is clear; where . . . the factual implication is ambiguous, the court has held that the sentencer should not attempt to follow the logical process of the jury, but may come to his own independent determination of the relevant facts.

This statement reflects the correct principle, namely that the sentencer is bound by the express and implied factual implications of the jury's verdict. There are other authorities to the same effect: *R. v. Speid* (1985), 46 C.R. (3d) 22, at p. 47; Boyle and Allen, *Sentencing Law and Practice* (1985), at pp. 225, 227 and 229; Fox and Freiberg, *Sentencing: State and Federal Law in Victoria* (1985), at p. 48; Stockdale and Devlin, *Stockdale and Devlin on Sentencing* (1987), at p. 62.

The Crown, here, took a different position, namely, that the "narrow question" was whether the jury's verdict was ambiguous leaving the sentencing judge free to make an independent determination. The argument is that the judge did not adequately describe the test for causation set out in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, *R. v. Pinske* (1988), 6 M.V.R. (2d) 19 (B.C.C.A.), affirmed orally by this Court, [1989] 2 S.C.R. 979. Counsel for the Crown analysed the jury charge and argued that questions that were asked by the jury indicated that it may not have been properly instructed or that it had misunderstood the law on causation. Those are arguments against the jury's acquittal on the more serious charges and, if correct, would found an appeal of the acquittal. The Crown did not appeal the acquittals for dangerous driving causing death and bodily injury and must accept the verdicts.

déposé en notre Cour, le ministère public a exposé la position anglaise en citant de nouveau Thomas qui, dans un article intitulé «Establishing a Factual Basis for Sentencing», [1970] *Crim. L.R.* 80, à la p. 82, dit:

[TRADUCTION] . . . la Cour d'appel a élaboré le principe selon lequel, lorsque la base factuelle qui ressort implicitement du verdict du jury est claire, la personne qui détermine la peine est tenue de l'accepter, et une peine excessive, compte tenu de ces faits, sera réduite. [. . .] Toutefois, ce principe ne peut s'appliquer que lorsque la base factuelle implicite est claire; lorsque [. . .] la base factuelle est ambiguë, la cour a jugé que la personne qui détermine la peine ne devrait pas tenter de suivre la logique du jury, mais qu'elle peut tirer indépendamment sa propre conclusion concernant les faits pertinents.

Cette déclaration exprime le principe applicable, à savoir que la personne qui détermine la peine est liée par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury. Il existe d'autre jurisprudence et d'autre doctrine en ce sens: *R. v. Speid* (1985), 46 C.R. (3d) 22, à la p. 47, Boyle et Allen, *Sentencing Law and Practice* (1985), aux pp. 225, 227 et 229, Fox et Freiberg, *Sentencing: State and Federal Law in Victoria* (1985), à la p. 48, Stockdale et Devlin, *Stockdale and Devlin on Sentencing* (1987), à la p. 62.

Le ministère public a adopté devant nous une position différente à savoir que la [TRADUCTION] «question précise» est de savoir si le verdict du jury était ambigu, laissant ainsi le juge qui prononce la peine libre de rendre une décision indépendante. Il soutient que le juge n'a pas énoncé adéquatement le critère de la causalité formulé dans l'arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, et dans l'arrêt *R. v. Pinske* (1988), 6 M.V.R. (2d) 19 (C.A.C.-B.), confirmé oralement par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 979. Le substitut du procureur général a analysé l'exposé au jury et a fait valoir qu'il se dégage de certaines questions posées par le jury que celui-ci n'a peut-être pas reçu des directives appropriées ou qu'il a mal compris la règle de droit concernant la causalité. Ces arguments sont dirigés contre l'acquittement prononcé par le jury relativement aux accusations plus graves et, s'ils étaient fondés, donneraient lieu à un appel contre l'acquittement. Le ministère public n'a pas interjeté appel contre l'acquittement de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions et doit accepter les verdicts rendus.

The findings of dangerous driving, *simpliciter*, in the face of the more serious charges leaves no room for speculation. The jury has negated the factor of causation. This verdict was unambiguous and the trial judge was bound by it. So was the Court of Appeal. <sup>a</sup>

Since Parliament has chosen to make dangerous driving a consequence related crime, the consequence of death or bodily injury must be taken to be excluded under a determination of guilt of dangerous driving, *simpliciter*. The Crown, here, conceded that had the accused entered a guilty plea to dangerous driving, *simpliciter*, it could not argue a more serious sentence based upon these consequences: *R. v. Doerksen* (1990), 19 M.V.R. (2d) 16 (Man. C.A.). <sup>c</sup> There is, in my view, no valid distinction between the two situations.

It follows that the appeal must be allowed. The appellant invites us to substitute an appropriate sentence. The determination of a fit sentence for an offence is generally to be determined by the provincial appellate courts. In my view, Tallis J.A. has fully considered the matter and determined the fit sentence in Saskatchewan in the circumstances of this offence. I would adopt his conclusion and impose a sentence of six months imprisonment and affirm the driving prohibition of three years imposed at trial. <sup>f</sup>

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Gauley & Co., Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Saskatchewan Justice Public Prosecutions, Regina.*

La conclusion de simple conduite dangereuse, et ce malgré l'accusation plus grave qui a été portée, n'admet aucune conjecture. Le jury a écarté le facteur de la causalité. Il s'agit d'un verdict non ambigu qui liait le juge du procès tout comme la Cour d'appel.

Puisque le législateur fédéral a choisi de faire de la conduite dangereuse un crime sanctionné en fonction de ses conséquences, la mort et les lésions corporelles sont des conséquences qui ne doivent pas entrer en ligne de compte dans le cas d'un verdict de culpabilité de simple conduite dangereuse. Le ministère public a reconnu en l'espèce que, si l'accusé avait plaidé coupable de simple conduite dangereuse, il n'aurait pas été possible de requérir une peine plus sévère fondée sur ces conséquences: *R. v. Doerksen* (1990), 19 M.V.R. (2d) 16 (C.A. Man.). Il n'y a, à mon avis, aucune distinction valable entre les deux situations. <sup>d</sup>

Il s'ensuit que le pourvoi doit être accueilli. L'appelant nous demande de substituer à la première peine une peine convenable. Or, c'est généralement aux tribunaux d'appel provinciaux qu'il appartient de déterminer la peine qui convient à une infraction. Selon moi, le juge Tallis a fait une étude exhaustive de la question et a déterminé ce qui constitue en Saskatchewan une peine convenable dans les circonstances de l'infraction en cause. Je suis d'avis d'adopter sa conclusion, d'infliger une peine de six mois d'emprisonnement et de confirmer l'interdiction de conduire pendant trois ans prononcée au procès. <sup>e</sup>

<sup>g</sup> *Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Gauley & Co., Saskatoon.*

<sup>h</sup> *Procureur de l'intimée: Saskatchewan Justice Public Prosecutions, Regina.*

**IN THE MATTER OF** a reference to the Court of Appeal of the Province of British Columbia, pursuant to the provisions of the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63, of the questions contained in an Order of the Lieutenant Governor in Council of British Columbia, being No. 287, dated February 27, 1990

and

**IN THE MATTER OF** the *Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1

and

**IN THE MATTER OF** a certain agreement, dated March 23, 1967, pursuant to Part I of the *Canada Assistance Plan*, between the Government of Canada, represented by the Minister of National Health and Welfare of Canada, and the Government of the Province of British Columbia, represented by the Minister of Social Welfare of British Columbia

between

**The Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

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

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Attorney General for Saskatchewan, the Native Council of**

**DANS L'AFFAIRE** du renvoi à la Cour d'appel de la province de la Colombie-Britannique, conformément aux dispositions de la *Constitutional Question Act*,  
<sup>a</sup> R.S.B.C. 1979, ch. 63, des questions formulées dans le décret n° 287 en date du 27 février 1990, pris par le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique  
<sup>b</sup>

et

<sup>c</sup> **DANS L'AFFAIRE** du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1

et

<sup>d</sup>

**DANS L'AFFAIRE** d'un certain accord, en date du 23 mars 1967, intervenu, conformément à la partie I du *Régime d'assistance publique du Canada*, entre le gouvernement du Canada, représenté par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social du Canada, et le gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, représenté par le ministre du Bien-être social de la Colombie-Britannique  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>

entre

<sup>g</sup>

**Le procureur général du Canada** *Appellant*

<sup>h</sup> c.

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

<sup>i</sup> et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Saskatchewan, le**  
<sup>j</sup>

**Canada and the United Native Nations of  
British Columbia** *Interveniers*

INDEXED AS: REFERENCE RE CANADA ASSISTANCE PLAN  
(B.C.)

File No.: 22017.

1990: December 11, 12; 1991: August 15.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier,  
Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Federal-provincial agreements — Canada Assistance Plan — Federal government contributing 50 per cent of costs of provincial assistance and welfare services pursuant to Canada Assistance Plan and Agreement with province — Federal government introducing new legislation reducing its fiscal obligation under Canada Assistance Plan and Agreement — Whether federal government has authority to reduce its obligation unilaterally — Whether doctrine of legitimate expectations applies — Whether Canada Assistance Plan imposes requirements as to “manner and form” of subsequent legislation — Whether new legislation ultra vires — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1.*

*Constitutional law — Reference — Questions — Whether questions referred to Court of Appeal raised justiciable issues.*

In 1990, the federal government, in order to reduce the federal budget deficit, decided to cut expenditures and limit the growth of payments made to financially stronger provinces under the *Canada Assistance Plan* (the “Plan”). This change was embodied in Bill C-69, now the *Government Expenditures Restraint Act*. Under the Plan, the federal government concluded agreements with the provinces to share the cost of their expenditures on social assistance and welfare. Section 5 of the Plan authorizes contributions amounting to half of the provinces’ eligible expenditures. These agreements continue to be in force so long as the relevant provincial law remains in operation (s. 8(1)). They may be amended or terminated by mutual consent, or terminated on one

**Conseil national des autochtones du Canada  
et les United Native Nations of British  
Columbia** *Intervenants*

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF AU RÉGIME D’ASSISTANCE  
PUBLIQUE DU CANADA (C.-B.)

N<sup>o</sup> du greffe: 22017.

<sup>b</sup> 1990: 11, 12 décembre; 1991: 15 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Accords fédéraux-provinciaux — Régime d’assistance publique du Canada — Moitié du coût des services provinciaux d’assistance publique et de protection sociale payée par le gouvernement fédéral conformément au Régime d’assistance publique du Canada et à un accord conclu avec la province — Dépôt par le gouvernement fédéral d’un projet de loi prévoyant l’allègement de l’obligation financière lui incombant aux termes du Régime d’assistance publique du Canada et de l’accord — Le gouvernement fédéral a-t-il compétence pour alléger unilatéralement son obligation? — La théorie de l’expectative légitime s’applique-t-elle? — Le Régime d’assistance publique du Canada impose-t-il des exigences quant au «mode» et à la «forme» d’une loi subséquente? — La nouvelle mesure législative est-elle inconstitutionnelle? — Régime d’assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1.*

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Renvoi — Questions — Les questions soumises à la Cour d’appel soulèvent-elles des points relevant de la compétence des tribunaux?*

Afin de réduire son déficit budgétaire, le gouvernement fédéral a décidé, en 1990, de couper les dépenses et de limiter l’augmentation des paiements effectués, en vertu du *Régime d’assistance publique du Canada* (le «Régime»), aux provinces les plus fortes financièrement. Cette modification était contenue dans le projet de loi C-69, devenu maintenant la *Loi sur la compression des dépenses publiques*. En vertu du Régime, le gouvernement fédéral a conclu avec les provinces des accords prévoyant le partage des frais engagés par ces dernières au titre de l’assistance publique et de la protection sociale. L’article 5 du Régime autorise le versement de contributions égales à la moitié des dépenses admissibles des provinces. Ces accords resteront en vigueur

year's notice from either party (s. 8(2)). The Plan also provides for regulations, but regulations affecting the substance of agreements are ineffective unless passed with the consent of any province affected (s. 9(2)).

The Lieutenant Governor in Council of British Columbia, in accordance with s. 1 of the *Constitutional Question Act* of that province, referred to the British Columbia Court of Appeal two constitutional questions to determine: (1) whether the Government of Canada has any authority to limit its obligation under the Plan and its Agreement with British Columbia; and (2) whether the terms of the Agreement, the subsequent conduct of the Government of Canada pursuant to the Agreement and the provisions of the Plan give rise to a legitimate expectation that the Government of Canada would introduce no bill into Parliament to limit its obligation under the Agreement or the Plan without the consent of British Columbia. The Court of Appeal answered the first question in the negative and the second question in the affirmative.

*Held:* The appeal should be allowed. The first constitutional question is answered in the affirmative. The second constitutional question is answered in the negative.

#### *Justiciability*

The reference questions raise matters that are justiciable and should be answered. Both questions have a sufficient legal component to warrant the intervention of the judiciary branch. The first question requires the interpretation of a statute of Canada and an agreement. The second raises the question of the applicability of the legal doctrine of legitimate expectations to the process involved in the enactment of a money bill. A decision on these questions will have the practical effect of settling the legal issues in contention and will assist in resolving the controversy. There is no other forum in which these legal questions could be determined in an authoritative manner.

#### *Question 1*

In presenting Bill C-69 to Parliament, the Government of Canada acted in accordance with the Agreement. While the language of the Plan is, in general, duplicated in the Agreement, the contribution formula,

tant que sera appliquée la législation provinciale pertinente (par. 8(1)). Ils peuvent être modifiés ou résiliés par consentement mutuel, ou résiliés à la suite d'un préavis d'un an donné par l'une ou l'autre partie (par. 8(2)). Le Régime prévoit aussi l'adoption de règlements d'application. Les règlements portant sur le fond d'un accord ne s'appliquent toutefois que s'ils sont pris avec l'assentiment de toute province concernée (par. 9(2)).

Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique, en conformité avec l'art. 1 de la *Constitutional Question Act* de cette province, a soumis à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique deux questions constitutionnelles: (1) celle de savoir si le gouvernement du Canada a compétence pour limiter son obligation découlant du Régime et de l'accord intervenu entre lui et la Colombie-Britannique, et (2) celle de savoir si les conditions de l'accord, la conduite subséquente du gouvernement du Canada dans l'exécution de cet accord et les dispositions du Régime permettent de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose devant le Parlement aucun projet de loi tendant à limiter, sans le consentement de la Colombie-Britannique, l'obligation que lui impose l'accord ou le Régime. La Cour d'appel a répondu par la négative à la première question et par l'affirmative à la seconde.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

#### *L'assujettissement à la compétence des tribunaux*

Les questions faisant l'objet du renvoi soulèvent des points qui relèvent de la compétence des tribunaux et méritent une réponse. Les deux questions posées présentent un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention des tribunaux. La première question nécessite l'interprétation d'une loi du Canada et d'un accord. La seconde concerne l'applicabilité de la théorie juridique de l'expectative légitime au processus d'adoption d'un projet de loi de finances. La décision rendue sur ces questions aura l'effet pratique de trancher les questions de droit en litige et contribuera à résoudre la controverse. Il n'existe pas d'autre tribune devant laquelle ces questions de droit pourraient être réglées de manière péremptoire.

#### *La première question*

En déposant le projet de loi C-69 devant le Parlement, le gouvernement du Canada a agi en conformité avec l'accord. Bien que l'accord reprenne généralement les termes du Régime, la formule de calcul des contribu-

which authorizes payments to the provinces, appears only in s. 5 of the Plan. Being part of the Plan, the formula is subject to amendment by virtue of the principle of parliamentary sovereignty reflected in s. 42(1) of the federal *Interpretation Act*, which states that “Every Act shall be construed as to reserve to Parliament the power of repealing or amending it. . .”. Under s. 54 of the *Constitution Act, 1867*, a money bill, including an amendment to a money bill like the Plan, can only be introduced on the initiative of the government. In these circumstances, the natural meaning to be given to the Agreement is that Canada’s obligation is to pay the contributions which are authorized from time to time and not the contributions that were authorized when the Agreement was signed. The insertion of the formula for payment in the Plan only was a very strong indication that the parties did not intend that the formula should remain forever frozen. To assert that the federal government could prevent Parliament from exercising its powers to legislate amendments to the Plan would be to negate the sovereignty of Parliament. As well, Parliament did not intend to fetter its sovereign legislative power in restricting, in s. 9(2) of the Plan, the federal government’s regulatory powers. Finally, the Agreement could be amended otherwise than in accordance with s. 8 of the Plan. The Agreement, which is subject to the amending formula in s. 8, obliges Canada to pay the amounts which Parliament has authorized Canada to pay pursuant to s. 5 of the Plan. Hence, the payment obligations under the Agreement are subject to change when s. 5 is changed. That provision contains its own process of amendment by virtue of the principle of parliamentary sovereignty.

### Question 2

The federal government did not act illegally in invoking the power of Parliament to amend the Plan without obtaining the consent of British Columbia. The doctrine of legitimate expectations does not create substantive rights — in this case, a substantive right to veto proposed federal legislation. The doctrine is part of the rules of procedural fairness which can govern administrative bodies. Where it is applicable, it can only create a right to make representations or to be consulted. Moreover, the doctrine does not apply to the legislative process. The government, which is an integral part of this process, is thus not constrained by the doctrine from introducing a bill to Parliament. A restraint on the executive in the introduction of legislation would place a fetter on the sovereignty of Parliament itself. This is particularly true when the restraint relates to the introduction

tions, qui autorise les paiements aux provinces, figure seulement à l’art. 5 du Régime. Comme elle fait partie du Régime, la formule est susceptible de modification en application du principe de la souveraineté du Parlement reflété au par. 42(1) de la *Loi d’interprétation fédérale*, qui prévoit: «Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi . . .» Suivant l’art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c’est seulement à l’initiative du gouvernement que peut être déposé un projet de loi de finances ou un projet de loi modificative d’une loi de finances comme le Régime. Dans ces circonstances, le sens naturel à donner à l’accord est que le Canada est obligé de payer les contributions qui sont autorisées à l’occasion et non celles autorisées lors de la signature de l’accord. L’inclusion de la formule de paiement dans le Régime seulement constitue une très forte indication que les parties n’ont pas voulu que la formule demeure à tout jamais figée. Affirmer que le gouvernement fédéral pourrait empêcher le Parlement d’exercer ses pouvoirs de légiférer pour modifier le Régime reviendrait à nier la souveraineté du Parlement. De même, le Parlement n’a pas voulu limiter son pouvoir législatif souverain en imposant, au par. 9(2) du Régime, une restriction aux pouvoirs de réglementation du gouvernement fédéral. Enfin, l’accord pouvait être modifié autrement qu’en conformité avec l’art. 8 du Régime. L’accord, qui est assujéti à la formule de modification prévue à l’art. 8 oblige le Canada à verser les montants que le Parlement a autorisé le Canada à payer en vertu de l’art. 5 du Régime. Les obligations prévues par l’accord en matière de paiement peuvent donc être changées par une modification de l’art. 5. Cette disposition renferme son propre processus de modification en vertu du principe de la souveraineté du Parlement.

### § La seconde question

Le gouvernement fédéral n’a pas agi illégalement en invoquant le pouvoir du Parlement afin de modifier le Régime sans obtenir le consentement de la Colombie-Britannique. La théorie de l’expectative légitime n’est pas génératrice de droits fondamentaux, en l’occurrence, celui d’opposer un veto à un projet de loi fédérale. Cette théorie fait partie des règles de l’équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs. Dans les cas où elle s’applique, elle ne peut faire naître que le droit de présenter des observations ou d’être consulté. La théorie ne s’applique pas non plus au processus législatif. Elle ne vient donc pas empêcher le gouvernement, qui fait partie intégrante de ce processus, de déposer un projet de loi au Parlement. Toute restriction imposée au pouvoir de l’exécutif de déposer des projets de loi constituerait une limitation de la souverai-



of a money bill. It is also fundamental to our system of government that a government is not bound by the undertakings of its predecessor. The doctrine would derogate from this essential feature of democracy.

The Plan does not purport to control the "manner and form" of subsequent legislation. Where a statute is of a constitutional nature and governs legislation generally, rather than dealing with a specific statute, it can impose requirements as to manner and form. But where, as in this case, a statute has no constitutional nature, it will be very unlikely to evidence an intention of the legislative body to bind itself in the future. Sections 8(2) and 9(2) of the Plan, read together, do not reveal, by necessary implication, a requirement that subsequent legislation cannot alter the Plan unless the consent of the affected province or provinces is obtained. They address only amendments to the Agreement and to the regulations under the Plan, and say nothing about amendments to the Plan. Moreover, any "manner and form" requirement in an ordinary statute must overcome the clear words of s. 42(1) of the *Interpretation Act*. This provision requires that federal statutes ordinarily be interpreted to accord with the doctrine of parliamentary sovereignty. This doctrine prevents a legislative body from binding itself as to the substance of its future legislation.

Section 2 of the *Government Expenditures Restraint Act* is *intra vires* Parliament. First, Parliament was not disabled from unilaterally changing the law so as to change the Agreement once it had been authorized by Parliament and executed by the parties. The Agreement was between British Columbia and the federal government. It did not bind Parliament. The applicable constitutional principle is the sovereignty of Parliament. Second, the new legislation does not amount to regulation of an area outside federal jurisdiction. Bill C-69 was not an indirect, colourable attempt to regulate in provincial areas of jurisdiction. It is simply an austerity measure. Further, the simple withholding of federal money, which had previously been granted to fund a matter within provincial jurisdiction, does not amount to the regulation of that matter. The new legislation simply limits the growth of federal contributions. While the *Government Expenditures Restraint Act* impacts upon a constitutional interest outside the jurisdiction of Parliament, such impact is not enough to find that a statute encroaches

neté du Parlement lui-même. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une restriction relative au dépôt d'un projet de loi de finances. Il est également essentiel à notre système de gouvernement qu'un gouvernement ne soit pas lié par les engagements de son prédécesseur. La théorie de l'expectative légitime dérogerait à ce trait essentiel de la démocratie.

Le Régime ne vise pas à déterminer le «mode et la forme» de toute législation subséquente. Une loi qui est de nature constitutionnelle et qui régit la législation en général plutôt que de porter sur une loi précise peut imposer des exigences quant au mode et à la forme. Toutefois, lorsqu'une loi ne présente aucun caractère constitutionnel, comme c'est le cas en l'espèce, il est fort peu probable qu'elle traduise une intention de la part du corps législatif de se lier pour l'avenir. Quand on rapproche les par. 8(2) et 9(2) du Régime, il ne s'en dégage pas, par voie d'interprétation nécessaire, une exigence qu'aucune modification ne soit apportée au Régime au moyen d'une loi subséquente, si ce n'est avec l'assentiment de la province ou des provinces touchées. Ces paragraphes ne concernent que la modification de l'accord et des règlements pris en vertu du Régime et sont muets relativement à la modification du Régime. De plus, toute exigence de «mode» et de «forme» posée dans une loi ordinaire doit surmonter le texte clair du par. 42(1) de la *Loi d'interprétation*. Cette disposition exige que les lois fédérales soient ordinairement interprétées de manière à s'accorder avec la théorie de la souveraineté du Parlement, laquelle vient empêcher un corps législatif de se lier les mains en ce qui concerne la teneur de sa législation future.

L'article 2 de la *Loi sur la compression des dépenses publiques* n'exécède pas la compétence du Parlement. Premièrement, le Parlement ne devenait pas inhabile à modifier unilatéralement la loi de manière à changer l'accord, du moment que celui-ci avait été autorisé par le Parlement et signé par les parties. L'accord est intervenu entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Il ne lie pas le Parlement. Le principe constitutionnel applicable est celui de la souveraineté du Parlement. Deuxièmement, la nouvelle loi ne revient pas à réglementer un domaine qui n'est pas de compétence fédérale. Le projet de loi C-69 ne constitue pas une tentative déguisée et indirecte de réglementer des domaines de compétence provinciale. Il s'agit simplement d'une mesure d'austérité. En outre, le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière. La nouvelle loi se borne à limiter l'accroissement des contributions fédérales. Bien que la *Loi sur la compression des dépenses*

upon the jurisdiction of the other level of government. The Court should not, under the "overriding principle of federalism", supervise the federal government's exercise of its spending power in order to protect the autonomy of the provinces. Supervision of the spending power is not a separate head of judicial review. If a statute is neither *ultra vires* nor contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have no jurisdiction to supervise the exercise of legislative power.

*publiques* ait des répercussions sur un droit constitutionnel qui échappe à la compétence du Parlement, ces répercussions ne sont pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement. La Cour ne doit pas, en vertu du «principe essentiel du fédéralisme», surveiller l'exercice par le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser, afin de protéger l'autonomie des provinces. La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif.

### Cases Cited

**Applied:** *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Reference re Magistrate's Court of Quebec*, [1965] S.C.R. 772; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xii; *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

### Statutes and Regulations Cited

Bill C-69, *An Act to amend certain statutes to enable restraint of government expenditures*, 2nd sess., 34th Parl. (assented to on February 1, 1991).  
*Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1, ss. 4, 5(1), (2)(c), 6(2), (3), 8(1), (2), 9(1), (2).

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xii; *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 63, art. 1, 6.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 54, 92(13), (16).  
*Loi constitutionnelle de 1907*.

*Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1, ss. 4, 5(1), (2)(c), 5.1 [ad. 1991, c. 9, s. 2], 6(2), (3), 8(1), (2), 9(1), (2).

*Canada Assistance Plan*, S.C. 1966-67, c. 45, s. 5(2)(c).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Constitution Act, 1867*, ss. 54, 92(13), (16).  
*Constitution Act, 1907*.

*Constitution Act, 1982*, s. 36(1).

*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63, ss. 1, 6.

*Emergencies Act*, R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.), s. 40(1), (2).

*Government Expenditures Restraint Act*, S.C. 1991, c. 9, s. 2.

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 10, 42(1).

*Statute Revision Act*, R.S.C., 1985, c. S-20, s. 6(e), (f).

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 36.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 36(1).

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10, 42(1).

*Loi sur la compression des dépenses publiques*, L.C. 1991, ch. 9, art. 2.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 36.

*Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), ch. S-20, art. 6e), f).

*Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. (1985), ch. 22 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 40(1), (2).

Projet de loi C-69, *Loi modificative portant compression des dépenses publiques*, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> Parl. (sanctionnée le 1<sup>er</sup> février 1991).

*Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1, art. 4, 5(1), (2)c), 5.1 [aj. 1991, ch. 9, art. 2], 6(2), (3), 8(1), (2), 9(1), (2).

*Régime d'assistance publique du Canada*, S.C. 1966-67, ch. 45, art. 5(2)c).

*Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, art. 4, 5(1), (2)c), 6(2), (3), 8(1), (2), 9(1), (2).

#### Authors Cited

Beaudoin, Gérard-A. *La Constitution du Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1990.

Bagehot, Walter. *The English Constitution*. New edition with an additional chapter. London: Henry S. King & Co., 1872.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 273, 71 D.L.R. (4th) 99, 45 Admin. L.R. 34, in the matter of a reference concerning the federal government's authority to limit its obligation under the *Canada Assistance Plan*. Appeal allowed.

*W. I. C. Binnie, Q.C., Peter W. Hogg, Q.C., and Maureen E. Baird*, for the appellant.

*E. Robert A. Edwards, Q.C., and Patrick O'Rourke*, for the respondent.

*Christopher D. Bredt and Tanya Lee*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Vic Toews*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

#### Doctrine citée

Beaudoin, Gérard-A. *La Constitution du Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1990.

Bagehot, Walter. *La Constitution anglaise*. Traduit de l'anglais par M. Gaulhiac. Paris: Germer Baillière, 1869.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 273, 71 D.L.R. (4th) 99, 45 Admin. L.R. 34, dans l'affaire d'un renvoi relatif à la compétence du gouvernement fédéral pour limiter son obligation découlant du *Régime d'assistance publique du Canada*. Pourvoi accueilli.

*W. I. C. Binnie, c.r., Peter W. Hogg, c.r., et Maureen E. Baird*, pour l'appellant.

*E. Robert A. Edwards, c.r., et Patrick O'Rourke*, pour l'intimé.

*Christopher D. Bredt et Tanya Lee*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Vic Toews*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Stan Rutwind*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Donald J. Dow*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Marvin R. V. Storrow, Q.C.*, and *Maria Morellato*, for the interveners the Native Council of Canada and the United Native Nations of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This is an appeal by the Attorney General of Canada from a decision of the British Columbia Court of Appeal, answering two questions which were referred to it under the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63. The issues raised by the questions include whether and in what circumstances a court should answer questions referred to it that have a political connotation, the interpretation and binding effect of federal-provincial agreements, and whether the doctrine of legitimate expectations applies to prevent the Cabinet from introducing a money bill.

The Attorneys General for Ontario, Manitoba and Alberta intervened in the Court of Appeal, as did the Native Council of Canada and the United Native Nations of British Columbia. In addition, the Attorney General for Saskatchewan intervened in this Court.

### 1. The Background

The *Canada Assistance Plan* (the “*Plan*”) was enacted by S.C. 1966-67, c. 45; it is now R.S.C., 1985, c. C-1. By its s. 4, it authorizes the Government of Canada to enter into agreements with the provincial governments to pay them contributions toward their expenditures on social assistance and welfare. Section 5 of the *Plan* authorizes payments to the provinces pursuant to such agreements, and broadly speaking it authorizes contributions amounting to half of the provinces’ eligible expenditures. The *Plan* (s. 6(2)) specifies certain prerequisites for

*Stan Rutwind*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Donald J. Dow*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Marvin R. V. Storrow, c.r.*, et *Maria Morellato*, pour les intervenants le Conseil national des autochtones du Canada et les United Native Nations of British Columbia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi est formé par le procureur général du Canada contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique qui a répondu à deux questions qui lui avaient été soumises en vertu de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 63. Il s’agit notamment de déterminer, par suite de ces questions, si et dans quelles circonstances une cour doit répondre à des questions qui lui ont été soumises et qui présentent un aspect politique, comment il convient d’interpréter des accords fédéraux-provinciaux et quelle est leur force exécutoire, et si la théorie de l’expectative légitime s’applique de manière à empêcher le cabinet de déposer un projet de loi de finances.

Les procureurs généraux de l’Ontario, du Manitoba et de l’Alberta sont intervenus en Cour d’appel, comme l’ont fait également le Conseil national des autochtones du Canada et les United Native Nations of British Columbia. De plus, le procureur général de la Saskatchewan est intervenu en notre Cour.

### 1. Historique

Le *Régime d’assistance publique du Canada* (le «*Régime*») a été adopté à S.C. 1966-67, ch. 45; il constitue maintenant le chapitre C-1 des L.R.C. (1985). Son article 4 habilite le gouvernement du Canada à conclure avec les gouvernements provinciaux des accords prévoyant le paiement de contributions aux frais encourus par ces derniers au titre de l’assistance publique et de la protection sociale. L’article 5 du *Régime* permet d’effectuer des paiements aux provinces en exécution de ces accords et, d’une manière générale, autorise le versement de contribu-

eligibility of provincial expenditures, but leaves for the provinces the determination of which programmes will be operated and how much money will be spent. By its s. 8(1), the *Plan* further provides that agreements under it shall continue in force so long as the relevant provincial law remains in operation; but, that they may be terminated by consent or on one year's notice from either party (s. 8(2)). Agreements can also be amended by consent (s. 8(2)). The *Plan* provides (s. 9(1)) for regulations under it to govern such things as how eligible costs are to be calculated; but, regulations affecting the substance of agreements are ineffective unless passed with the consent of any province affected (s. 9(2)). The *Plan* is silent as to the authority of Parliament to amend the *Plan*.

The Government of Canada entered into agreements with each of the provincial governments in 1967. It entered into an agreement with the Government of British Columbia on March 23, 1967. Amounts paid to the provinces under all agreements rose from \$151 million in 1967-68 to an estimated \$5.5 billion in 1989-90. The *Plan* itself has never been amended, although the regulations under it have been.

In 1990 the federal government decided to cut expenditures in order to reduce the federal budget deficit. The government has created an Expenditure Control Plan. One feature of this Plan is to limit the growth of payments made to financially stronger provinces under the *Canada Assistance Plan*. Such payments are to grow no more than 5 per cent per annum for fiscal 1991 and fiscal 1992. The provinces affected are those which are not entitled to receive equalization payments from the federal government; currently, this means British Columbia, Alberta and Ontario. This change, and others, were embodied in Bill C-69, *An Act to amend certain statutes to enable restraint of government expenditures*. That Bill was introduced in the House of Commons on March 15, 1990. It received royal assent on February 1, 1991,

tions égales à la moitié des dépenses admissibles des provinces. Le *Régime* énonce, au par. 6(2), certaines conditions préalables en ce qui concerne l'admissibilité des dépenses provinciales, mais il laisse aux provinces le soin de déterminer quels programmes seront offerts et quelles sommes y seront affectées. À son paragraphe 8(1), le *Régime* prévoit en outre que tout accord conclu conformément à ses dispositions restera en vigueur tant que sera appliquée la législation provinciale pertinente, mais qu'il peut être résilié par consentement ou à la suite d'un préavis d'un an donné par l'une ou l'autre partie (par. 8(2)). Un accord peut aussi être modifié par consentement (par. 8(2)). Le *Régime* prévoit au par. 9(1) l'adoption de règlements d'application établissant notamment le mode de calcul des frais admissibles. Les règlements portant sur le fond d'un accord ne s'appliquent toutefois que s'ils sont pris avec l'assentiment de toute province concernée (par. 9(2)). Le *Régime* est muet quant à la compétence du Parlement pour le modifier.

Des accords sont intervenus entre le gouvernement du Canada et chacun des gouvernements provinciaux en 1967. L'accord avec le gouvernement de la Colombie-Britannique a été conclu le 23 mars 1967. Les sommes versées aux provinces en exécution de tous les accords sont passées de 151 millions de dollars pour l'année 1967-1968 à un chiffre estimatif de 5,5 milliards de dollars pour l'année 1989-1990. Le *Régime* lui-même n'a jamais été modifié, quoique ses règlements d'application l'aient été.

En 1990, le gouvernement fédéral a décidé de couper les dépenses afin de réduire son déficit budgétaire. Le gouvernement a donc créé un plan de contrôle des dépenses qui vise notamment à limiter l'augmentation des paiements effectués, en vertu du *Régime d'assistance publique du Canada*, aux provinces les plus fortes financièrement. L'augmentation de ces paiements ne doit pas dépasser 5 pour 100 par année pour les exercices financiers 1991 et 1992. Les provinces touchées sont celles qui n'ont pas droit à des paiements de péréquation provenant du gouvernement fédéral, soit, à l'heure actuelle, la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Ontario. Cette modification, et d'autres encore, étaient contenues dans le projet de loi C-69, intitulé *Loi modificative portant compression des dépenses publiques*. Ce projet de loi a

and is now the *Government Expenditures Restraint Act*, S.C. 1991, c. 9.

On February 27, 1990, Order in Council No. 287 was approved and ordered by the Lieutenant Governor of British Columbia. Via this Order, the Government of British Columbia referred the following questions to the British Columbia Court of Appeal:

(1) Has the Government of Canada any statutory, prerogative or contractual authority to limit its obligation under the *Canada Assistance Plan Act [sic]*, R.S.C. 1970, c. C-1 and its Agreement with the Government of British Columbia dated March 23, 1967, to contribute 50 per cent of the cost to British Columbia of assistance and welfare services?

(2) Do the terms of the Agreement dated March 23, 1967 between the Governments of Canada and British Columbia, the subsequent conduct of the Government of Canada pursuant to the Agreement and the provisions of the *Canada Assistance Plan Act [sic]*, R.S.C. 1970, c. C-1, give rise to a legitimate expectation that the Government of Canada would introduce no bill into Parliament to limit its obligation under the Agreement or the *Act* without the consent of British Columbia?

2. Relevant Provisions of Statutes and the Agreement

*Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1

The questions on this reference ask about the meaning of the *Plan* in the Revised Statutes of Canada 1970. The reason for this is not clear, as the Revised Statutes of Canada, 1985 came into force on December 12, 1988, and Order in Council No. 287 containing the questions was approved and ordered on February 27, 1990. The only difference between the R.S.C. 1970 version and the R.S.C. 1985 version which could be relevant to this reference is in s. 5(2)(c), and will be discussed below.

été déposé à la Chambre des communes le 15 mars 1990. Sanctionnée le 1<sup>er</sup> février 1991, la loi est maintenant connue sous le nom de *Loi sur la compression des dépenses publiques*, L.C. 1991, ch. 9.

Le 27 février 1990, le décret n° 287 a été approuvé et pris par le lieutenant-gouverneur de la Colombie-Britannique. Par ce décret, le gouvernement de la Colombie-Britannique renvoyait à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les questions suivantes:

[TRADUCTION]

(1) Le gouvernement du Canada a-t-il, en vertu d'une loi, en raison d'une prérogative ou aux termes d'un contrat, compétence pour limiter son obligation, découlant du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, et de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre lui et le gouvernement de la Colombie-Britannique, de payer 50 pour 100 du coût des services d'assistance publique et de protection sociale en Colombie-Britannique?

(2) Les conditions de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, la conduite subséquente du gouvernement du Canada dans l'exécution de cet accord et les dispositions du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, permettent-elles de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose devant le Parlement aucun projet de loi tendant à limiter, sans le consentement de la Colombie-Britannique, l'obligation que lui impose l'accord ou le *Régime*?

2. Les dispositions législatives et contractuelles pertinentes

*Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1

Les questions posées dans le présent renvoi concernent la signification du *Régime* dans les Statuts révisés du Canada 1970. La raison de cela n'est pas claire, puisque les Lois révisées du Canada (1985) sont entrées en vigueur le 12 décembre 1988 et que le décret n° 287 contenant les questions a été approuvé et pris le 27 février 1990. La seule différence entre la version S.R.C. 1970 et la version L.R.C. (1985) qui pourrait être pertinente en l'espèce se trouve à l'al. 5(2)(c) et sera traitée ci-dessous.

4. Subject to this Act, the Minister [of National Health and Welfare] may, with the approval of the Governor in Council, enter into an agreement with any province to provide for the payment by Canada to the province of contributions in respect of the cost to the province and to municipalities in the province of

(a) assistance provided by or at the request of provincially approved agencies; and

(b) welfare services provided in the province by provincially approved agencies,

pursuant to the provincial law.

5. (1) The contributions payable to a province under an agreement shall be paid in respect of each year and shall be the aggregate of

(a) fifty per cent of the cost to the province and to municipalities in the province in that year of assistance provided by or at the request of provincially approved agencies, and

(b) fifty per cent of either

(i) the amount by which

(A) the cost to the province and to municipalities in the province in that year of welfare services provided in the province by provincially approved agencies

exceeds

(B) the total of

(I) the cost to the province, in the fiscal year of the province coinciding with or ending in the period commencing April 1, 1964 and ending March 31, 1965, of welfare services provided in the province, and

(II) the cost to municipalities in the province, in the fiscal years of such municipalities coinciding with or ending in the period commencing April 1, 1964 and ending March 31, 1965, of welfare services provided in the province,

or

(ii) the cost to the province and to municipalities in the province in that year of the employment by pro-

4. Sous réserve des dispositions de la présente loi, le Ministre [de la Santé nationale et du Bien-être social] peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure avec toute province un accord prévoyant le paiement, par le Canada à la province, de contributions aux frais encourus par la province et des municipalités de la province, au titre

a) de l'assistance publique fournie par des organismes approuvés par la province ou à la demande de ceux-ci, et

b) des services de bien-être social fournis dans la province par des organismes approuvés par la province,

en conformité de la législation provinciale.

5. (1) Les contributions payables à une province en vertu d'un accord doivent être payées pour chaque année et être le total

a) de cinquante pour cent des frais encourus par la province et des municipalités de la province au cours de l'année pour l'assistance publique fournie par des organismes approuvés par la province ou à leur demande; et

b) de cinquante pour cent, soit

(i) du montant par lequel

(A) les frais encourus par la province et des municipalités de la province au cours de l'année pour les services de bien-être social fournis dans la province par des organismes approuvés par la province

excèdent

(B) le total

(I) des frais encourus par la province, au cours de l'année financière de la province qui coïncide avec la période commençant le 1er avril 1964 et se terminant le 31 mars 1965, ou qui prend fin pendant cette période, pour les services de bien-être social fournis dans la province, et

(II) des frais encourus par des municipalités de la province, au cours des années financières de ces municipalités qui coïncident avec la période commençant le 1er avril 1964 et se terminant le 31 mars 1965, ou qui prennent fin pendant cette période, pour les services de bien-être social fournis dans la province,

soit

(ii) des frais encourus par la province et des municipalités de la province au cours de l'année pour

vincially approved agencies of persons employed by such agencies	l'emploi, par des organismes approuvés par la province, de personnes au service de ces organismes,
(A) wholly or mainly in the performance of welfare services functions, and	(A) uniquement ou principalement dans des fonctions relevant des services de bien-être social, et
(B) in positions filled after March 31, 1965,	(B) dans des postes pourvus après le 31 mars 1965,
at the election of the province made at such time or times and in such manner as may be prescribed.	au choix de la province fait à l'époque ou aux époques et de la façon qui seront prescrites.
(2) In this section, "cost" does not include,	(2) Au présent article, l'expression «frais» ne comprend pas
(c) any cost that Canada has shared or is required to share in any manner with the province, or that Canada has borne or is required to bear, pursuant to any other Part or pursuant to any Act of the Parliament of Canada passed before, on or after the 15th day of July 1966;	c) tous frais que le Canada a partagés ou est tenu de partager de quelque manière avec la province, ou que le Canada a supportés ou est tenu de supporter, en conformité de quelque autre Partie ou de quelque loi du Parlement du Canada votée avant ou après le 15 juillet 1966, ou à cette date;
(Section 5.1, added to the <i>Plan</i> effective February 1, 1991 by the <i>Government Expenditures Restraint Act</i> , S.C. 1991, c. 9, s. 2, is set out below in an extract from the latter Act.)	(L'article 5.1, ajouté au <i>Régime</i> , depuis le 1 <sup>er</sup> février 1991, par la <i>Loi sur la compression des dépenses publiques</i> , L.C. 1991, ch. 9, art. 2, est reproduit plus bas dans un extrait de cette dernière loi.)
6. . . .	6. . . .
(2) An agreement shall provide that the province . . . [there is a series of provincial obligations which must appear in an agreement].	(2) Un accord doit prévoir que la province . . . [suit une série d'obligations provinciales devant figurer dans un accord.]
(3) An agreement shall provide that Canada	(3) Un accord doit prévoir que le Canada
(a) will pay to the province the contributions or advances on account thereof that Canada is authorized to pay to the province under this Act and the regulations; . . . [and certain other obligations].	a) paiera à la province les contributions ou les avances sur lesdites contributions que le Canada est autorisé à payer à la province en vertu de la présente loi et des règlements; . . . [et certaines autres obligations].
8. (1) Every agreement shall continue in force so long as the provincial law remains in operation.	8. (1) Chaque accord reste en vigueur tant que la législation provinciale est appliquée.
(2) Notwithstanding subsection (1),	(2) Nonobstant le paragraphe (1),
(a) an agreement may, with the approval of the Governor in Council, be amended or terminated at any time by mutual consent of the Minister and the province;	a) un accord peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, être modifié ou résilié en tout temps par consentement mutuel du Ministre et de la province;
(b) any schedule to an agreement may be amended at any time by mutual consent of the Minister and the province;	b) toute annexe à un accord peut être modifiée en tout temps par consentement mutuel du Ministre et de la province;
(c) the province may at any time give to Canada notice of intention to terminate an agreement; and	c) la province peut en tout temps donner au Canada avis de son intention de résilier un accord; et



(d) Canada may, at any time on or after the 31st day of March 1969, give to the province notice of intention to terminate an agreement;

and, where notice of intention to terminate is given in accordance with paragraph (c) or (d), the agreement shall cease to be effective for any period after the day fixed in the notice or for any period after the expiration of one year from the day upon which the notice is given, whichever is the later.

9. . . .

(2) No regulation that has the effect of altering any of the agreements or undertakings contained in an agreement entered into under this Part with a province, or that affects the method of payment or amount of payments thereunder, is effective in respect of that province unless the province has consented to the making of such regulation.

*The Agreement of March 23, 1967*

2. The Province agrees

[the obligations required by s. 6(2) of the *Plan* are set out].

3. (1) Canada agrees

(a) subject to this clause and to Clause 4, to pay to the province of British Columbia the contributions or advances on account thereof that Canada is authorized to pay to that province under the Act and the Regulations;

[the other obligations required by s. 6(3) of the *Plan* are set out].

6. . . .

(2) Subject to subclause (3), this agreement shall continue in force so long as the provincial law remains in operation.

(3) (a) Notwithstanding subsection (1)

(i) any schedule to this Agreement may be amended at any time; and

(ii) the Agreement may, with the approval of the Governor-in-Council, be amended or terminated at any time,

by mutual consent of the Minister and The Province;

(b) The Province may at any time give to Canada notice of intention to terminate this Agreement and Canada may at any time on or after the 31st day of

d) le Canada peut, en tout temps à compter du 31 mars 1969, donner à la province avis de son intention de résilier un accord;

et, s'il est donné avis de l'intention de résilier un tel accord, en conformité de l'alinéa c) ou d), l'accord cesse d'avoir effet pour toute période postérieure à la date fixée dans l'avis ou pour toute période postérieure à la date d'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où l'avis a été donné, en prenant de ces deux dates celle qui intervient la dernière.

9. . . .

(2) Tout règlement qui a pour effet de modifier l'un des accords conclus, aux termes de la présente Partie, avec une province, ou n'importe lequel des engagements qui y sont contenus, ou qui vise la méthode de paiement ou le montant des paiements y afférents, n'entre en vigueur à l'égard de cette province que si elle y a donné son assentiment.

*L'accord en date du 23 mars 1967*

[TRADUCTION] 2. La province convient

[suit l'énumération des obligations prévues au par. 6(2) du *Régime*.]

3. (1) Le Canada convient

a) sous réserve de la présente clause et de la clause 4, de payer à la province de la Colombie-Britannique les contributions ou les avances sur les contributions que le Canada est autorisé à payer à cette province en vertu de la Loi et des règlements;

[suit l'énumération des autres obligations prévues au par. 6(3) du *Régime*.]

6. . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3) de la présente clause, l'accord reste en vigueur tant que la législation provinciale est appliquée.

(3) a) Nonobstant le paragraphe (1) de la présente clause,

(i) toute annexe à l'accord peut être modifiée en tout temps; et

(ii) l'accord peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, être modifié ou résilié en tout temps,

par consentement mutuel du ministre et de la province;

b) La province peut en tout temps donner au Canada avis de son intention de résilier le présent accord et le Canada peut en tout temps, à partir du 31 mars 1969,

March, 1969, give to The Province notice of intention to terminate this agreement; and where notice of intention to terminate is given in accordance with this paragraph (b), the Agreement shall cease to be effective for any period after the day fixed in the notice or for any period after the expiration of one year from the day that notice is given, whichever is the later.

*Government Expenditures Restraint Act*, S.C. 1991, c. 9

2. The *Canada Assistance Plan* is amended by adding thereto, immediately after section 5 thereof, the following section:

“5.1 (1) Notwithstanding sections 5 and 8 and any agreement, where no fiscal equalization payment is payable to a province pursuant to section 3 of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act* for the year ending on March 31, 1991, the contributions to that province in respect of that year shall not exceed the product obtained by multiplying

(a) the amount of the contributions payable to the province for assistance and welfare services provided in the year ending on March 31, 1990

by

(b) 1.05.

(2) Notwithstanding sections 5 and 8 and any agreement, where no fiscal equalization payment is payable to a province pursuant to section 3 of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act* for the year ending on March 31, 1992, the contributions to that province in respect of that year shall not exceed the product obtained by multiplying

(a) the amount of the contributions payable to the province for assistance and welfare services provided in the year ending on March 31, 1990

by

(b) 1.1025.”

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21

42. (1) Every Act shall be so construed as to reserve to Parliament the power of repealing or amending it, and of revoking, restricting or modifying any power, privilege or advantage thereby vested in or granted to any person.

donner à la province avis de son intention de résilier le présent accord. S'il est donné avis de l'intention de résilier, en conformité avec le présent alinéa, l'accord cesse d'avoir effet pour toute période postérieure à la date fixée dans l'avis ou pour toute période postérieure à la date d'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où l'avis a été donné, en prenant de ces deux dates celle qui intervient la dernière.

*Loi sur la compression des dépenses publiques*, L.C. 1991, ch. 9

2. Le *Régime d'assistance publique du Canada* est modifié par insertion, après l'article 5, de ce qui suit:

«5.1 (1) Malgré les articles 5 et 8 et tout accord, dans les cas où aucun paiement de péréquation n'est payable à une province en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* pour l'année se terminant le 31 mars 1991, les contributions payables à cette province pour cette année ne peuvent dépasser le produit des éléments suivants:

a) le montant des contributions payables à la province au titre des services d'assistance publique et de protection sociale fournis au cours de l'année se terminant le 31 mars 1990;

b) 1,05.

(2) Malgré les articles 5 et 8 et tout accord, dans les cas où aucun paiement de péréquation n'est payable à une province en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* pour l'année se terminant le 31 mars 1992, les contributions payables à cette province pour cette année ne peuvent dépasser le produit des éléments suivants:

a) le montant des contributions payables à la province au titre des services d'assistance publique et de protection sociale fournis au cours de l'année se terminant le 31 mars 1990;

b) 1,1025.»

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21

42. (1) Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi.

*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63

1. The Lieutenant Governor in Council may refer any matter to the Court of Appeal or to the Supreme Court for hearing and consideration, and the Court of Appeal or the Supreme Court shall then hear and consider it.

6. The opinion of the Court of Appeal or the Supreme Court is deemed a judgment of the Court of Appeal or of the Supreme Court, as the case may be, and an appeal lies from it in the manner of a judgment in an ordinary action.

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26

36. An appeal lies to the Court from an opinion pronounced by the highest court of final resort in a province on any matter referred to it for hearing and consideration by the lieutenant governor in council of that province whenever it has been by the statutes of that province declared that such opinion is to be deemed a judgment of the highest court of final resort and that an appeal lies therefrom as from a judgment in an action.

### 3. Judgment Below

The case was argued in the British Columbia Court of Appeal before Hinkson, Lambert, Toy, Southin and Legg J.J.A. Judgments were delivered by Lambert, Toy and Southin J.J.A. The case is reported at (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 273 (*sub nom. Reference re Constitutional Question Act*), and at (1990), 71 D.L.R. (4th) 99, 45 Admin. L.R. 34 (hereinafter cited to B.C.L.R.).

*Toy J.A., Hinkson and Legg J.J.A. concurring*

On Question 1, Toy J.A. said that the Attorney General of Canada did not seriously contend that the federal government could limit its obligations under the current *Plan* and the Agreement except by legislation. The very introduction of Bill C-69 was aimed at limiting those obligations. Turning to Question 2, he began by considering the doctrine of legitimate expectations. He reviewed some of the leading cases in this area.

Toy J.A. accepted British Columbia's contention that it had a legitimate expectation that the federal government would proceed in accordance with the

*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 63

[TRANSLATION] 1. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut déférer toute question à la Cour d'appel ou à la Cour suprême, qui sont alors tenues d'entendre et d'étudier cette question.

6. L'avis de la Cour d'appel ou de la Cour suprême est réputé constituer un arrêt de l'une ou de l'autre cour, selon le cas, et cet avis est susceptible d'appel au même titre qu'un jugement rendu dans une action ordinaire.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26

36. Il peut être interjeté appel devant la Cour d'un avis prononcé par le plus haut tribunal de dernier ressort dans une province sur toute question déferée à ce tribunal par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province quand, aux termes de la législation provinciale, l'avis en cause est assimilé à un jugement ayant autorité de chose jugée mais susceptible d'appel au même titre qu'un jugement rendu dans une action.

### 3. L'arrêt de la Cour d'appel

La cause a été plaidée en Cour d'appel de la Colombie-Britannique devant les juges Hinkson, Lambert, Toy, Southin et Legg. Les juges Lambert, Toy et Southin ont rédigé des motifs et l'arrêt est publié à (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 273 (*sub nom. Reference re Constitutional Question Act*), et à (1990), 71 D.L.R. (4th) 99, 45 Admin. L.R. 34 (ci-après cité au B.C.L.R.).

*Le juge Toy, à l'avis duquel ont souscrit les juges Hinkson et Legg*

En ce qui concerne la première question, le juge Toy a affirmé que le procureur général du Canada n'a pas prétendu sérieusement que le gouvernement fédéral pouvait limiter les obligations lui incombant aux termes du *Régime* actuel et de l'accord, si ce n'est par l'adoption d'une loi en ce sens. Toutefois, c'est précisément la limitation de ces obligations que visait le dépôt du projet de loi C-69. Abordant ensuite la seconde question, il a commencé par étudier la théorie de l'expectative légitime et a examiné quelques-uns des arrêts de principe dans ce domaine.

Le juge Toy a retenu l'argument de la Colombie-Britannique selon lequel elle s'attendait légitimement à ce que le gouvernement fédéral agisse en confor-

terms of the *Plan* and the Agreement. He quoted from the judgment of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 758, to the effect that even the decisions of the federal cabinet are reviewable in respect of whether they are made within the parliamentary mandate which authorizes them.

Toy J.A. rejected the submission of the Attorney General of Canada that Question 2 is non-justiciable. He then turned to the submission that the principle of parliamentary sovereignty is a complete answer to Question 2. He said that this did not meet the complaint of the Attorney General of British Columbia, since that party's submission was directed, not to Parliament's powers, but to the conduct of the Government of Canada.

Toy J.A. stated his conclusion in this way (at p. 311):

In my opinion, upon the basis of the doctrine of legitimate expectations, the government of Canada was required to obtain the consent of British Columbia under the existing circumstances.

He said that precipitate action without consent might be justified in some circumstances. He did not comment on the interveners' submissions. He answered "No" to Question 1 and "Yes" to Question 2.

*Lambert J.A.*

Lambert J.A. noted that the court was not bound to answer the questions exactly as phrased, but rather was free to address the "matter" in question (citing *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753).

Pursuant to the concession of the Attorney General of Canada, Lambert J.A. answered the first question in the negative. Looking at the second question, he said (at p. 287):

mité avec les dispositions du *Régime* et de l'accord. Il a cité les motifs du juge Estey qui, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 758, dit en substance que même les décisions du cabinet fédéral sont susceptibles d'un contrôle destiné à vérifier si elles dépassent les limites du mandat, conféré par le Parlement, en vertu duquel elles ont été prises.

*b* Le juge Toy, ayant rejeté l'argument du procureur général du Canada voulant que la seconde question ne relève pas de la compétence des tribunaux, s'est penché ensuite sur l'allégation que le principe de la souveraineté du Parlement constitue une réponse complète à la seconde question. Selon le juge Toy, cela ne réglait pas la plainte du procureur général de la Colombie-Britannique puisque le moyen invoqué par ce dernier concernait, non pas les pouvoirs du Parlement, mais la conduite du gouvernement du Canada.

*e* Le juge Toy formule ainsi sa conclusion (à la p. 311):

[TRADUCTION] À mon avis, conformément à la théorie de l'expectative légitime, le gouvernement du Canada était tenu, dans les circonstances, d'obtenir le consentement de la Colombie-Britannique.

*f* Une mesure précipitée, a-t-il dit, prise sans consentement, pourrait se justifier dans certaines circonstances. Quant aux arguments des intervenants, il les a passés sous silence. Sa réponse à la première question a été négative et il a répondu par l'affirmative à la seconde.

*Le juge Lambert*

*h* Le juge Lambert a fait remarquer que la cour n'était pas obligée de répondre aux questions précises qui lui avaient été soumises, mais qu'elle était libre d'aborder le «point» qu'elles soulevaient (citant le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753).

*j* Vu la reconnaissance qu'avait faite le procureur général du Canada, le juge Lambert a répondu par la négative à la première question. En ce qui concerne la seconde question, il a dit (à la p. 287):

In my opinion, if there is an obligation, binding on Canada, to pay to British Columbia 50 per cent of the cost of providing assistance to those in need in British Columbia as determined under the Canada Assistance Plan and the Canada-British Columbia Assistance Agreement, then there would be and should be a legitimate expectation on the part of British Columbia that Canada would not break that binding obligation. In those circumstances, British Columbia could also hold a legitimate expectation that the government of Canada would not introduce a bill into Parliament which would break the binding obligation.

Lambert J.A. then turned to the matter of whether there was indeed an obligation on Canada to pay 50 per cent of the expenditures in question. He said that in this case the ordinary private law rules of interpretation should govern the determination of the scope of the obligations imposed by the Agreement.

Lambert J.A. set out clause 3(1)(a) of the Agreement, which is required by s. 6(1)(a) of the *Plan* and which provides that Canada undertakes to make the contributions authorized under the *Plan*. He then stated the issue in this way (at p. 290):

The question is whether, when the agreement was made in 1967, that clause meant that Canada must pay the contribution proportion that it was authorized to pay when the agreement was made in 1967, or whether, on the other hand, Canada was to be required to pay each year the contribution proportion that it was authorized to pay under the Act [the *Plan*] and the regulations as the Act and regulations were currently in effect and as they might be amended by Canada from time to time.

He concluded that the former is correct, and gave six reasons. These will be discussed in more detail later in this judgment.

Since he thought that the Government of Canada was obliged to pay contributions at the levels authorized in 1967, Lambert J.A. concluded that if the federal government were to pay to British Columbia less than 50 per cent of the eligible expenditures made by British Columbia, then that would be a breach of an

[TRADUCTION] À mon avis, si le Canada était lié par une obligation de payer à la Colombie-Britannique 50 pour 100 des frais engagés pour fournir de l'assistance publique aux nécessiteux dans cette province, en conformité avec le Régime d'assistance publique du Canada et avec l'accord relatif à l'assistance publique intervenu entre le Canada et la Colombie-Britannique, cette dernière s'attendrait et devrait s'attendre légitimement, alors, que le Canada ne manque pas à cette obligation. Dans ces circonstances, la Colombie-Britannique pourrait en outre s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose pas devant le Parlement un projet de loi qui constituerait un manquement à ladite obligation.

Le juge Lambert a abordé ensuite la question de savoir s'il incombait en fait au Canada de payer 50 pour 100 des dépenses en question. Il a dit qu'en l'espèce c'étaient les règles d'interprétation ordinaires en matière de droit privé qui devraient s'appliquer à la détermination de la portée des obligations imposées par l'accord.

Le juge Lambert a reproduit la clause 3(1)a) de l'accord, dont l'inclusion est exigée par l'al. 6(1)a) du *Régime* et qui énonce l'engagement du Canada de faire les contributions autorisées par le *Régime*. Il a poursuivi en formulant ainsi la question en litige (à la p. 290):

[TRADUCTION] La question est de savoir si, au moment de la conclusion de l'accord en 1967, cette clause signifiait que le Canada était tenu de payer la part des contributions qu'il était autorisé à payer en 1967 ou bien si le Canada devait verser annuellement la part des contributions qu'il était autorisé à payer en vertu de la Loi [le *Régime*] et des règlements, tels qu'ils étaient alors en vigueur et tels que le Canada pourrait les modifier à l'occasion.

Il a conclu que c'est la première hypothèse qui est à retenir et a donné six raisons à l'appui de cette conclusion, lesquelles seront traitées de façon plus détaillée plus loin dans les présents motifs.

Comme il a estimé que le gouvernement du Canada était obligé de verser des contributions dans les proportions autorisées en 1967, le juge Lambert a conclu que, si le gouvernement fédéral devait payer à la Colombie-Britannique moins de 50 pour 100 des dépenses admissibles effectuées par cette dernière,

undertaking and a breach of an obligation. This would be so even if this action were pursuant to Bill C-69, now the *Government Expenditures Restraint Act*. Lambert J.A. said that the introduction of Bill C-69 was a form of anticipatory breach. He said that the *Government Expenditures Restraint Act* would authorize and in fact require the breach, but the non-payment would still be a breach of Canada's undertaking and of its obligations under the Agreement.

Lambert J.A. noted that if the federal government asserted that its actions were required by a state of national emergency, then the questions might be non-justiciable; but no such assertion was made.

In the result, because the proposed federal action would be a breach of an obligation, Lambert J.A. answered "Yes" to Question 2. He stated that British Columbia could have had a legitimate expectation that Canada would not breach its obligations; but he stressed that he was using the words "legitimate expectation" in a non-technical way. Lambert J.A. also summarized all of the other arguments made, although he did not accept or reject any of them.

*Southin J.A.*

Southin J.A. agreed that the answer to Question 1 is "No." She said that the *Constitutional Question Act* does not authorize references on questions concerning practices, usages, customs, or conventions of the Constitution, and so Question 2 must be interpreted as asking a legal question.

She looked at some old constitutional learning and said that the executive aspect of the federal government is subordinate to the legislative aspect; that is, executive action is subject to the expressed will of Parliament. She noted that there have been many decisions interpreting the Constitution, and said (at pp. 314-15):

cela constituerait un manquement à un engagement et à une obligation. Il en serait ainsi même si cette mesure était prise conformément au projet de loi C-69, maintenant la *Loi sur la compression des dépenses publiques*. D'après le juge Lambert, le dépôt du projet de loi C-69 représentait une forme de manquement anticipé. Il a dit que ce serait un manquement autorisé, voire exigé, par la *Loi sur la compression des dépenses publiques*, mais que le non-paiement n'en serait pas moins un manquement à l'engagement contracté par le Canada et à ses obligations découlant de l'accord.

Le juge Lambert a fait remarquer que, si le gouvernement fédéral prétendait que les mesures prises s'imposaient en raison d'un état d'urgence nationale, les questions posées pourraient alors ne pas relever de la compétence des tribunaux; aucune assertion du genre n'a toutefois été faite.

En définitive, comme la mesure projetée par le fédéral constituerait un manquement à une obligation, le juge Lambert a répondu par l'affirmative à la seconde question. La Colombie-Britannique, a-t-il affirmé, aurait pu légitimement s'attendre à ce que le Canada ne manque pas à ses obligations. Il a toutefois souligné qu'il ne prêtait pas à l'expression «expectative légitime» un sens technique. Le juge Lambert a en outre résumé tous les autres arguments avancés, mais n'en a retenu ni rejeté aucun.

*Le juge Southin*

Le juge Southin a été d'accord pour donner à la première question une réponse négative. Elle a dit que la *Constitutional Question Act* n'autorise pas le renvoi de questions concernant les pratiques, les usages, les coutumes ou les conventions en matière constitutionnelle, de sorte que la seconde question doit s'interpréter comme étant une question de droit.

Elle a examiné la vieille doctrine constitutionnelle et a dit que le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral est subordonné au pouvoir législatif, c'est-à-dire que toutes mesures prises par l'exécutif sont soumises à la volonté expresse du Parlement. Soulignant le grand nombre de décisions interprétant la Constitution, elle a dit (aux pp. 314 et 315):

I am not aware of any decision since Confederation which suggests there is any limitation on the exercise of the Executive Power conferred on the Governor General in Council and on the Lieutenant Governor in Council by, respectively ss. 9-13 and ss. 58 and 65 of the Constitution Act, 1867, save those limitations within the [Constitution] Acts themselves.

It has generally been accepted that the Executive Power so conferred cannot go beyond the applicable Legislative Power and, of course, is subject to statutes restricting that Executive Power.

What Mr. Edwards postulates is a limitation on Executive Power.

But he cannot point to any provision in the Constitution Acts which expressly or by necessary intendment creates the limitation which he postulates.

He asks us to engraft onto the Executive Power of the Constitution Acts a doctrine of "legitimate expectation".

In my opinion, the duty of the judiciary, when confrontations take place between a province and Canada, is limited to the interpretation of the Constitution Acts.

Southin J.A. noted that s. 36(1) of the *Constitution Act, 1982* expressly says it does not alter the legislative authority of the several legislative bodies. She said that it would be wrong to engraft upon the Constitution a doctrine limiting the powers which are therein declared. This is especially so of the doctrine of legitimate expectations, which is a recent development in cases having nothing to do with our Constitution. She said (at p. 316):

There is not a word in the Constitution Acts about "legitimate expectation" and I, for one, am not prepared to put such words into the legal framework of Canada.

Southin J.A. said that this dispute is a quarrel about money, and cannot be resolved in the courts. She rejected other arguments, saying that the *Plan* does not purport to control the "manner and form" of subsequent legislation; that since the question posed was a legal one, issues of conventions did not arise for resolution; and that the provinces have no proprietary right to receive money from the federal govern-

[TRADUCTION] Je ne connais aucune décision rendue depuis la Confédération qui laisse supposer que l'exercice du pouvoir exécutif conféré au gouverneur général en conseil et au lieutenant-gouverneur en conseil par les art. 9 à 13 et par les art. 58 et 65, respectivement, de la Loi constitutionnelle de 1867, connaît des restrictions, si ce n'est celles prévues par les lois [constitutionnelles] elles-mêmes.

Il est généralement admis que le pouvoir exécutif ainsi accordé ne saurait dépasser le pouvoir législatif applicable et qu'il est, bien entendu, assujéti aux lois limitant le pouvoir exécutif.

Ce que pose comme principe M<sup>e</sup> Edwards, c'est la limitation du pouvoir exécutif.

Il est toutefois dans l'impossibilité de relever dans les lois constitutionnelles une disposition qui crée expressément, ou par présomption nécessaire, la limitation qu'il pose comme principe.

Il nous demande en fait de greffer sur le pouvoir exécutif attribué par les lois constitutionnelles une théorie de l'«expectative légitime».

À mon avis, le rôle des tribunaux dans les différends qui opposent une province au Canada se limite à l'interprétation des lois constitutionnelles.

Le juge Southin a noté que le par. 36(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit expressément ne rien changer aux compétences législatives des différents corps législatifs. On aurait tort, selon elle, de greffer sur la Constitution une théorie qui viendrait limiter les pouvoirs y prévus. Cela vaut particulièrement pour la théorie de l'expectative légitime, qui est une innovation récente dans des affaires tout à fait étrangères à notre Constitution. Le juge Southin écrit (à la p. 316):

[TRADUCTION] L'expression «expectative légitime» ne figure nulle part dans les lois constitutionnelles et, pour ma part, je ne suis pas disposée à l'insérer dans le cadre juridique canadien.

Le juge Southin a dit qu'il s'agit en l'espèce d'un conflit portant sur des sommes d'argent qui ne peut être réglé devant les tribunaux. Elle a rejeté d'autres arguments, affirmant que le *Régime* ne vise pas à déterminer le [TRADUCTION] «mode et la forme» de toute législation subséquente, que, comme c'était une question de droit qui avait été posée, il n'y avait aucune question relative aux conventions à trancher,

ment (save under the *Constitution Act, 1907*). Hence her answer to Question 2 was “No”.

In the result, all five judges answered the first question “No”. Four of them answered the second question “Yes”, while one would have answered it “No”.

#### 4. Issues

The issues raised are as follows:

(1) Are the matters raised in the questions justiciable? The Attorney General of Canada submits that the questions are political in nature and that therefore the Court should not answer them.

(2) If the questions raise justiciable issues which should be answered by the Court, the questions must first be interpreted and then answered.

#### 5. Justiciability

The *Constitutional Question Act*, like similar enactments of other provincial legislatures, allows the Lieutenant Governor in Council to refer “any matter” to the court. This broad wording imposes no limit on the type of question which may be asked. Nevertheless, the court has a discretion to refuse to answer questions which are not justiciable. In *Reference re Resolution to amend the Constitution, supra*, the majority in Part I said (at p. 768):

The scope of the [reference] authority in each case is wide enough to saddle the respective courts with the determination of questions which may not be justiciable and there is no doubt that those courts, and this Court on appeal, have a discretion to refuse to answer such questions.

et que les provinces ne jouissent d’aucun droit de propriété qui leur vaut le paiement de fonds du gouvernement fédéral (si ce n’est en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1907*). Sa réponse à la seconde question a donc été négative.

Tous les cinq juges ont donc répondu par la négative à la première question. Quatre d’entre eux ont donné une réponse affirmative à la seconde question, tandis qu’une a été d’avis d’y donner une réponse négative.

#### 4. Les points en litige

Les points suivants sont en litige:

(1) Les points soulevés dans les questions relèvent-ils de la compétence des tribunaux? Le procureur général du Canada fait valoir que les questions revêtent un caractère politique, de sorte que la Cour ne devrait pas y répondre.

(2) À supposer qu’elles soulèvent des points relevant de la compétence des tribunaux sur lesquels devrait se prononcer la Cour, celle-ci doit d’abord interpréter les questions, puis y répondre.

#### 5. L’assujettissement à la compétence des tribunaux

La *Constitutional Question Act*, comme les textes analogues adoptés par d’autres assemblées législatives provinciales, autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à déférer «toute question» à la cour. Cette formule de large portée n’impose aucune limite quant au type de question pouvant être posée. La cour a néanmoins le pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre aux questions qui ne relèvent pas de la compétence des tribunaux. À la partie I du *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, précité, les juges formant la majorité affirment (à la p. 768):

Le pouvoir [de renvoi] défini dans chaque cas a une portée suffisamment large pour imposer aux différentes cours de trancher des questions qui peuvent ne pas être justiciables des tribunaux et il ne fait aucun doute que ces cours, et cette Cour dans un pourvoi, ont le pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à de telles questions.



While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. See *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 90-91, and *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 362. In considering its appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. In *Reference re Resolution to amend the Constitution*, *supra*, at p. 884, the majority in Part II of the judgment said:

We agree with what Freedman C.J.M. wrote on this subject in the Manitoba Reference [*Reference Re Amendment of the Constitution of Canada* (1981), 117 D.L.R. (3d) 1 (Man. C.A.)] at p. 13:

In my view, this submission goes too far. Its characterization of Question 2 as "purely political" overstates the case. That there is a political element embodied in the question, arising from the contents of the joint address, may well be the case. But that does not end the matter. If Question 2, even if in part political, possesses a constitutional feature, it would legitimately call for our reply.

In my view, the request for a decision by this Court on whether there is a constitutional convention, in the circumstances described, that the Dominion will not act without the agreement of the Provinces poses a question that it [*sic*], at least in part, constitutional in character. It therefore calls for an answer, and I propose to answer it.

This was reiterated in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 805. The Court reaffirmed the validity of the above passage from the judgment

Quoiqu'une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu'en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. Voir les arrêts *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pp. 90 et 91, et *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, à la p. 362. En s'enquérant du rôle qu'elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu'on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention du pouvoir judiciaire. À la partie II du *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, précité, à la p. 884, les juges formant la majorité affirment:

Nous sommes d'accord avec ce que le juge en chef Freedman écrit à ce sujet à la p. 13 du renvoi du Manitoba [*Reference Re Amendment of the Constitution of Canada* (1981), 117 D.L.R. (3d) 1 (C.A. Man.)]:

[TRADUCTION] À mon avis cette thèse va trop loin. Qualifier la question 2 de «purement politique» est une exagération. Il est bien possible qu'il y ait un élément politique dans la question, qui découle du contenu de l'adresse conjointe. Mais cela ne clôt pas la discussion. Si la question 2, tout en étant en partie politique, possède des traits constitutionnels, elle appelle légitimement notre réponse.

À mon sens, demander à cette Cour de décider s'il y a une convention constitutionnelle, dans les circonstances décrites, portant que le fédéral n'agira pas sans l'accord des provinces, soulève une question qui du moins en partie est de nature constitutionnelle. Elle exige donc une réponse et je me propose d'y répondre.

Ce point de vue est repris dans l'arrêt *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 805, où la Cour a confirmé la validité de l'extrait,

of Freedman C.J.M. While the passage speaks to a “constitutional feature”, it is equally applicable to a question which possesses a sufficient legal component to warrant a decision by a court. Since only a court can authoritatively resolve a legal question, its decision will serve to resolve a controversy or it will have some other practical significance.

Applying the foregoing to this appeal, I am of the view that both of the questions posed have a significant legal component. The first question requires the interpretation of a statute of Canada and an agreement. The second raises the question of the applicability of the legal doctrine of legitimate expectations to the process involved in the enactment of a money bill. Both these matters are in contention between the so-called “have provinces” and the federal government. A decision on these questions will have the practical effect of settling the legal issues in contention and will assist in resolving the controversy. Indeed, there is no other forum in which these legal questions could be determined in an authoritative manner. In my opinion, the questions raise matters that are justiciable and should be answered.

## 6. The Questions

### (a) Question 1

- (1) Has the Government of Canada any statutory, prerogative or contractual authority to limit its obligation under the *Canada Assistance Plan Act* [sic], R.S.C. 1970, c. C-1 and its Agreement with the Government of British Columbia dated March 23, 1967, to contribute 50 per cent of the cost to British Columbia of assistance and welfare services?

Before turning to the interpretation of and answers to the question, it is convenient to set out certain basic principles of our Constitution.

The Queen of Canada is our head of state, and under our Constitution she is represented in most capacities within the federal sphere by the Governor

ci-dessus, des motifs du juge en chef Freedman. Bien que ce passage parle de «traits constitutionnels», il est tout aussi applicable à une question qui présente un aspect suffisamment juridique pour justifier qu’une cour y réponde. Puisqu’une question de droit ne peut être péremptoirement tranchée que par une cour de justice, ou bien la décision de celle-ci servira à résoudre une controverse, ou bien elle aura quelque autre valeur pratique.

Applicant au présent pourvoi les précédentes observations, j’estime que les deux questions posées présentent un aspect juridique important. La première question nécessite l’interprétation d’une loi du Canada et d’un accord. La seconde concerne l’applicabilité de la théorie juridique de l’expectative légitime au processus d’adoption d’un projet de loi de finances. Ces deux questions font l’objet de contestation entre les provinces dites «nanties» et le gouvernement fédéral. La décision rendue sur ces questions aura l’effet pratique de trancher les questions de droit en litige et contribuera à résoudre la controverse. En fait, il n’existe pas d’autre tribune devant laquelle ces questions de droit pourraient être réglées de manière péremptoire. À mon avis, les questions soulèvent des points qui relèvent de la compétence des tribunaux et méritent une réponse.

## 6. Les questions

### a) La première question

[TRADUCTION]

- (1) Le gouvernement du Canada a-t-il, en vertu d’une loi, en raison d’une prérogative ou aux termes d’un contrat, compétence pour limiter son obligation, découlant du *Régime d’assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, et de l’accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre lui et le gouvernement de la Colombie-Britannique, de payer 50 pour 100 du coût des services d’assistance publique et de protection sociale en Colombie-Britannique?

Avant d’entreprendre l’interprétation de cette question et d’y répondre, il convient d’exposer certains principes fondamentaux de notre Constitution.

La Reine du Canada est le chef de notre État et, aux termes de notre Constitution, elle est représentée en la plupart de ses qualités, au niveau fédéral, par le

General. The Governor General's executive powers are of course exercised in accordance with constitutional conventions. For example, after an election he asks the appropriate party leader to form a government. Once a government is in place, democratic principles dictate that the bulk of the Governor General's powers be exercised in accordance with the wishes of the leadership of that government, namely the Cabinet. So the true executive power lies in the Cabinet. And since the Cabinet controls the government, there is in practice a degree of overlap among the terms "government", "Cabinet" and "executive". In these reasons, I have used all of these terms, as one or another may be more appropriate in a given context. The government has the power to introduce legislation in Parliament. In practice, the bulk of the new legislation is initiated by the government. By virtue of s. 54 of the *Constitution Act, 1867*, a money bill, including an amendment to a money bill, can only be introduced by means of the initiative of the government.

The interpretation of the questions does not take place in a vacuum but in the context of the above constitutional facts and the events giving rise to the questions. Of particular significance is the fact that the Government of Canada introduced Bill C-69 and the allegation that this was a breach of the Agreement. The question must be given an interpretation that will make the answer of assistance in resolving the dispute.

In the Court of Appeal, this first question was interpreted as asking whether the federal government, in the absence of any new legislation amending the *Plan*, could unilaterally modify its obligations under the *Plan* and the Agreement. With respect, this interpretation has insufficient regard for the facts which gave rise to this dispute, and in particular for the introduction of Bill C-69. Moreover, this interpretation leads to an answer which is of no use in resolving the dispute with which the Court is faced. In my opinion, the first question asks the Court to determine whether the Agreement obliges the Government of Canada to pay to British Columbia the contribu-

Gouverneur général. Les pouvoirs exécutifs de ce dernier s'exercent, bien sûr, conformément à certaines conventions constitutionnelles. Par exemple, à la suite d'une élection, il demande au chef de parti approprié de former un gouvernement. Une fois le gouvernement en place, les principes démocratiques commandent que le gros des pouvoirs du Gouverneur général soient exercés en conformité avec la volonté des dirigeants de ce gouvernement, à savoir le cabinet. C'est donc le cabinet qui détient le véritable pouvoir exécutif. Et comme c'est le cabinet qui contrôle le gouvernement, il en résulte dans la pratique que les termes «gouvernement», «cabinet» et «exécutif» se chevauchent jusqu'à un certain point. Dans les présents motifs, je me sers de chacun de ces mots, employant celui qui convient le mieux dans un contexte donné. Le gouvernement a le pouvoir de déposer un projet de loi devant le Parlement. En pratique, la plupart des projets de loi sont déposés à l'initiative du gouvernement et, suivant l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est seulement à l'initiative du gouvernement que peut être déposé un projet de loi de finances ou un projet de loi modificative dans ce domaine.

L'interprétation des questions ne se fait pas sur une table rase, mais bien dans le contexte des faits constitutionnels ci-dessus exposés et des événements à l'origine de ces questions. Revêtent une importance particulière à cet égard le fait que le projet de loi C-69 a été déposé par le gouvernement du Canada et l'allégation que cela constituait une violation de l'accord. La question doit être interprétée de telle façon que la réponse donnée nous aide à résoudre le litige.

La Cour d'appel a interprété la première question comme demandant si, en l'absence d'une nouvelle loi modifiant le *Régime*, le gouvernement fédéral pouvait unilatéralement modifier les obligations lui incombant aux termes du *Régime* et de l'accord. En toute déférence, cette interprétation ne tient pas suffisamment compte des faits à l'origine du présent litige ni, en particulier, du dépôt du projet de loi C-69. De plus, cette interprétation amène une réponse qui ne sert aucunement à résoudre le litige dont la Cour se trouve saisie. À mon avis, dans la première question, on demande à la Cour de décider si l'accord oblige le gouvernement du Canada à verser à la Colombie-

tions that were authorized when the Agreement was signed, or rather whether the obligation is to pay those contributions which are authorized from time to time. Adopting the terminology of Lambert J.A. in the Court of Appeal, the former may be called a “static” interpretation and the latter an “ambulatory” one. If the former interpretation is correct, the Government of Canada acted contrary to the Agreement in introducing Bill C-69 in Parliament, whereas if the latter is correct the government acted in accordance with the Agreement.

In general, the language of the *Plan* is duplicated in the Agreement. But the contribution formula, which actually authorizes payments to the provinces, does not appear in the Agreement. It is only in s. 5 of the *Plan*. Clause 3(1)(a) of the Agreement provides that “Canada agrees . . . to pay to the province of British Columbia the contributions or advances . . . that Canada is authorized to pay to that province under the Act and the Regulations”. That means, of course, the contributions or advances authorized by s. 5 of the *Plan*, an instrument that is to be construed as subject to amendment. This is the effect of s. 42(1) of the *Interpretation Act* which states:

42. (1) Every Act shall be so construed as to reserve to Parliament the power of repealing or amending it, and of revoking, restricting or modifying any power, privilege or advantage thereby vested in or granted to any person.

In my view this provision reflects the principle of parliamentary sovereignty. The same results would flow from that principle even in the absence or non-applicability of this enactment. But since the *Interpretation Act* governs the interpretation of the *Plan* and all federal statutes where no contrary intention appears, the matter will be resolved by reference to it.

It is conceded that the government could not bind Parliament from exercising its powers to legislate amendments to the *Plan*. To assert the contrary would be to negate the sovereignty of Parliament. This basic fact of our constitutional life was, therefore, present to the minds of the parties when the *Plan* and Agree-

Britannique les contributions autorisées lors de la signature de l'accord ou s'il s'agit plutôt d'une obligation de payer les contributions qui sont autorisées à l'occasion. Adoptant les termes employés par le juge Lambert en Cour d'appel, on peut qualifier de [TRADUCTION] «statique» la première interprétation et de [TRADUCTION] «dynamique» la seconde. À supposer que la première interprétation soit juste, le gouvernement du Canada a violé l'accord en déposant devant le Parlement le projet de loi C-69, tandis que, si c'est la seconde qu'il faut retenir, le gouvernement a agi en conformité avec l'accord.

L'accord reprend généralement les termes du *Régime*. Toutefois, la formule de calcul des contributions, qui autorise en fait les paiements aux provinces, ne figure pas dans l'accord, mais seulement à l'art. 5 du *Régime*. La clause 3(1)(a) de l'accord stipule que [TRADUCTION]«[l]e Canada convient[. . .] de payer à la province de la Colombie-Britannique les contributions ou les avances[. . .] que le Canada est autorisé à payer à cette province en vertu de la Loi et des règlements». Il s'agit, bien entendu, des contributions ou des avances autorisées par l'art. 5 du *Régime*, un document qui doit être considéré comme susceptible de modification. C'est ce qui découle du par. 42(1) de la *Loi d'interprétation*, qui prévoit:

42. (1) Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi.

À mon avis, cette disposition reflète le principe de la souveraineté du Parlement, lequel principe entraînerait des résultats identiques même dans l'hypothèse de l'inexistence ou de l'inapplicabilité de cette disposition. Mais comme la *Loi d'interprétation* régit l'interprétation du *Régime* et de toutes les lois fédérales qui ne manifestent aucune intention contraire, c'est par référence à cette loi que sera résolue la question.

On reconnaît que le gouvernement ne pouvait prendre un engagement qui empêcherait le Parlement d'exercer ses pouvoirs de légiférer pour modifier le *Régime*. Affirmer le contraire reviendrait à nier la souveraineté du Parlement. Cet aspect fondamental de notre vie constitutionnelle était donc présent à

ment were enacted and concluded. The parties were also aware that an amendment to the *Plan* would have to be initiated by the government by reason of the provisions of s. 54 of the *Constitution Act, 1867*. If it had been the intention of the parties to arrest this process, one would have expected clear language in the Agreement that the payment formula was frozen. Instead, the payment formula was left out of the Agreement and placed in the statute where it was, by virtue of s. 42, subject to amendment. In these circumstances the natural meaning to be given to the words "authorized to pay . . . under the Act" in clause 3(1)(a) is that the obligation is to pay what is authorized from time to time. The government was, therefore, not precluded from exercising its powers to introduce legislation in Parliament amending the *Plan*.

The case for the contrary view, labelled as the "static" interpretation by Lambert J.A., was summarized by him in six points. I will examine each in turn.

First, he said that it is unlikely that the parties would have agreed to an arrangement in which Canada could change the arrangement unilaterally while British Columbia could not. There would be a "want of mutuality". It may be noted, though, that by s. 8(1) of the *Plan*, which is mirrored in clause 6(2) of the Agreement, the Agreement is terminated if the provincial welfare and assistance legislation ceases to be in force. The parties, therefore, acknowledged that both were free to terminate the Agreement by appropriate legislation.

Second, he said that agreements must be interpreted to accord with the intention of the parties. He said that the ordinary rule of interpretation is that if an agreement refers to something which could change, it will be taken to refer to the state of affairs at the time the Agreement was made and not from time to time. He cited certain cases which deal with statutory provisions making legal rules applicable by reference. None of the cases dealt with an agreement, let alone an agreement between levels of government,

l'esprit des parties lors de l'adoption du *Régime* et au moment de la conclusion de l'accord. Les parties étaient en outre conscientes que, suivant l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'était le gouvernement qui devrait prendre l'initiative de modifier le *Régime*. Si les parties avaient voulu suspendre ce processus, on se serait attendu à ce que l'accord stipule clairement que la formule des paiements était figée. Ce qui est arrivé plutôt c'est que la formule des paiements a été exclue de l'accord pour être insérée dans une loi où, aux termes de l'art. 42, elle était susceptible de modification. Dans ces circonstances, le sens naturel à donner à l'expression [TRADUCTION] «autorisé à payer [. . .] en vertu de la Loi» employée à la clause 3(1)a) de l'accord est qu'il s'agit d'une obligation de payer les sommes autorisées à l'occasion. Rien n'empêchait donc le gouvernement d'exercer ses pouvoirs de déposer devant le Parlement un projet de loi modifiant le *Régime*.

Les arguments en faveur du point de vue contraire, appelé l'interprétation «statique» par le juge Lambert de la Cour d'appel, ont été résumés par ce dernier en six points que j'examinerai à tour de rôle.

Premièrement, le juge Lambert a affirmé qu'il est peu probable que les parties auraient conclu un accord que le Canada pourrait modifier unilatéralement alors que la Colombie-Britannique ne le pourrait pas. Il y aurait eu dans ce cas-là [TRADUCTION] «absence de réciprocité». On peut noter toutefois que, suivant le par. 8(1) du *Régime*, qui est reflété à la clause 6(2) de l'accord, ce dernier est résilié si la législation provinciale en matière de protection sociale et d'assistance publique cesse d'être en vigueur. Les parties ont donc reconnu qu'elles étaient toutes les deux libres de résilier l'accord par l'adoption d'une loi appropriée.

Deuxièmement, le juge Lambert a dit qu'un accord doit s'interpréter d'une manière qui soit conforme à l'intention des parties. Selon la règle ordinaire applicable en matière d'interprétation, a-t-il affirmé, si un accord se rapporte à un état de choses susceptible de changer, il est considéré comme visant la situation existant au moment où il a été conclu plutôt que celle pouvant se présenter à différents moments par la suite. Le juge Lambert a cité certaines décisions portant sur des dispositions législatives qui rendent

each of which can spend money only under the authority of its corresponding legislative body. If this rule of construction applies to an agreement such as this, it is subject to contrary indications in the Agreement. For the reasons stated above, insertion of the formula for payment in a statute which by law is to be construed as subject to amendment is a very strong indication that there was no intention that the formula should remain forever frozen.

Third, he observed that the formula governing the contribution level was placed in the *Plan* (in s. 5(1)) but not in the Agreement. Lambert J.A. said that this was not done to allow Canada to alter the contribution levels unilaterally, but rather due to the "fragile constitutionality" of the federal spending power. That fragility, he said, required that the spending authorization be embodied in an Act of Parliament. Assuming that this was the reason for placing the payment formula in the *Plan*, the parties were aware that by so doing it became subject to amendment. No attempt was made to structure the formula in a way that would have suggested that there was a fetter on the amending power. For instance, the *Plan* could have simply authorized a level of contributions calculated according to a formula in the Agreement. Moreover, the formula could have been placed in both the *Plan* and the Agreement. This was not done.

The fourth point made by Lambert J.A. referred to s. 9(2) of the *Plan*, which stipulates that the regulations to the *Plan* cannot be changed substantively without the consent of the province. He said this was only consistent with the conclusion that the contribution levels could not be changed unilaterally, either by the federal executive or by Parliament. He said that this inability of Parliament to amend the *Plan* was not made express in the *Plan*, as Parliament would not consider such a limitation on its powers as

applicables par renvoi les règles juridiques. Il ne s'agit dans aucune de ces affaires d'un accord, encore moins est-il question d'un accord intervenu entre différents paliers de gouvernement, dont l'un et l'autre ne peut effectuer des dépenses qu'avec l'autorisation du corps législatif qui lui correspond. Or, si cette règle d'interprétation s'applique à un accord comme celui qui est présentement en cause, elle est néanmoins soumise aux indications contraires contenues dans l'accord. Pour les raisons déjà exposées, l'inclusion de la formule de paiement dans un texte législatif qui, aux termes de la loi, doit être considéré comme susceptible de modification, constitue une très forte indication qu'on n'a pas voulu que la formule demeure à tout jamais figée.

Troisièmement, le juge Lambert a observé que la formule de calcul des contributions figure dans le *Régime* (au par. 5(1)) mais non dans l'accord. D'après le juge Lambert, cela n'a pas pour but de permettre au Canada de modifier unilatéralement le montant des contributions; cela s'explique plutôt par la [TRADUCTION] «constitutionnalité fragile» du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral. Cette fragilité, a-t-il dit, nécessitait que l'autorisation de dépenser soit consacrée dans une loi du Parlement. À supposer que ce soit là la raison pour laquelle la formule de paiement a été insérée dans le *Régime*, les parties savaient qu'elle était dès lors susceptible de modification. On n'a aucunement tenté d'énoncer la formule d'une manière propre à indiquer que le pouvoir de modification était restreint. Par exemple, le *Régime* aurait pu simplement autoriser un niveau de contributions calculé selon une formule prévue dans l'accord. De plus, la formule aurait pu être incluse à la fois dans le *Régime* et dans l'accord. Ce n'est toutefois pas ce qui a été fait.

Le quatrième point dont traite le juge Lambert concerne le par. 9(2) du *Régime*, qui dispose qu'aucune modification de fond ne peut être apportée aux règlements pris en vertu du *Régime*, à moins que la province n'y donne son assentiment. Selon le juge Lambert, la seule conclusion à en tirer est que les niveaux des contributions ne peuvent être changés unilatéralement, que ce soit par l'exécutif fédéral ou par le Parlement. Il dit que cette inhabilité du Parlement à modifier le *Régime* n'était pas expressément prévue

appropriate. With respect, there is some inconsistency here: Lambert J.A. is saying that Parliament has indirectly limited its own power to amend the *Plan*, via s. 9(2) which seems to deal only with regulations, while also saying that Parliament would consider any such limit to be inappropriate. Why is an indirect limit any more appropriate than a direct one?

Moreover, there are many statutes in which the power of the federal government to regulate is limited in order to ensure that certain matters are reserved to Parliament and therefore are only dealt with in the full light of the public and accountable legislative process. For example, by s. 40(1) of the *Emergencies Act*, R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.), the federal cabinet is granted a very wide power to regulate when a declaration of a war emergency is in effect. But by s. 40(2), that power may not be used to conscript persons into the armed forces. As a result, conscription can only be effected via the legislative process. So it is with the *Plan*. Parliament has authorized the federal government to enter certain agreements, and has given the federal government certain regulatory powers in connection therewith. Those regulatory powers cannot be used by the federal government to alter substantively its obligations under the Agreement. But it is a far cry from that arrangement to conclude that Parliament, by a restriction on the regulatory powers of the federal government, intended to fetter its own sovereign legislative power.

Fifth, Lambert J.A. referred to s. 5(2)(c) of the *Plan*. That provision stipulates that for the purposes of s. 5, "cost" does not include any cost that Canada bears pursuant to any federal Act passed "before, on or after the 15th day of July 1966". Lambert J.A. said that this shows that where Canada intended to create an ambulatory cross-reference, as opposed to a static one, it did so specifically. Two points present themselves in this regard. The *Plan* is a statute passed by Parliament; in the Agreement, we seek the common intention of the Governments of Canada and British

dans le *Régime* étant donné que le Parlement ne jugerait guère convenable que ses pouvoirs soient ainsi limités. En toute déférence, il y a là contradiction: le juge Lambert dit, d'une part, que le Parlement, par le biais du par. 9(2), qui ne semble viser que les règlements, a indirectement limité son propre pouvoir de modifier le *Régime*, tout en affirmant, d'autre part, que le Parlement tiendrait pour non convenable une telle restriction. Pourquoi une restriction indirecte convient-elle mieux qu'une restriction directe?

De plus, bon nombre de lois viennent limiter le pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral afin d'assurer que certaines questions soient réservées au Parlement et ne soient en conséquence abordées que dans le cadre du processus législatif avec toute la publicité et l'imputabilité qu'il comporte. Par exemple, le par. 40(1) de la *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. (1985), ch. 22 (4<sup>e</sup> suppl.), investit le cabinet fédéral d'un très large pouvoir de réglementation pendant la durée de validité d'une déclaration d'état de guerre. Aux termes du par. 40(2), cependant, ce pouvoir ne peut être utilisé pour contraindre des personnes à servir dans les forces armées. La conscription ne peut donc être imposée que par le recours au processus législatif. Il en va de même du *Régime*. Le Parlement a autorisé le gouvernement fédéral à conclure certains accords et lui a conféré certains pouvoirs de réglementation à cet égard, pouvoirs dont le gouvernement fédéral ne saurait se servir pour apporter des modifications de fond à ses obligations découlant d'un accord. Mais de là à conclure que le Parlement, au moyen d'une restriction des pouvoirs de réglementation du gouvernement fédéral, a voulu limiter son propre pouvoir législatif souverain, il y a loin.

Cinquièmement, le juge Lambert a parlé de l'al. 5(2)c) du *Régime*. Cette disposition porte qu'aux fins de l'art. 5, le mot «frais» ne comprend pas tous frais que le Canada supporte en conformité avec quelque loi du Parlement du Canada votée «avant ou après le 15 juillet 1966, ou à cette date». Il en ressort, dit le juge Lambert, que lorsque le Canada a voulu établir un renvoi susceptible de modification et non pas statique, il l'a fait expressément. Deux points sont à retenir à ce propos. Le *Régime* est une loi adoptée par le Parlement, tandis que, dans l'accord, il

Columbia. The two documents were not created by the same entity, nor by the same process, so the use of an expression in one document is not necessarily helpful in the interpretation of the other. In any event, this suggests that the parties should have added the words “as amended from time to time” to clause 3(1)(a). This was unnecessary because by referring to the *Plan*, s. 42 of the *Interpretation Act* added it for them.

When the *Plan* was originally enacted as S.C. 1966-67, c. 45, s. 5(2)(c) ended with the words “pursuant to any Act of the Parliament of Canada passed before or after the coming into force of this Act.” The *Plan* came into force on July 15, 1966, and when the Revised Statutes of Canada 1970 were compiled the wording was changed to that set out above. I have observed that the questions on this reference ask about the meaning of the *Plan* in the R.S.C. 1970. It is of some significance that in the R.S.C. 1985, s. 5(2)(c) ends simply with the words “pursuant to any Act of Parliament”. Presumably the Statute Revision Commission, acting under s. 6(e) or (f) of what is now the *Statute Revision Act*, R.S.C., 1985, c. S-20, removed the words referring to July 15, 1966 on the view that such a removal effected no substantive change. I agree that those words do not have a substantive effect, as any reference in a federal statute to the Acts of the federal Parliament must be taken to mean those Acts as they exist from time to time: see s. 10 of the *Interpretation Act*.

The last point made by Lambert J.A. is rather difficult to follow. It relates to clause 1(a) of the Agreement, which reads in relevant part:

1. In this Agreement,

- (a) words and phrases to which meanings have been assigned by the Act or the Regulations shall have the same meanings, respectively, as are assigned to them in the Act and Regulations; . . . .

faut rechercher l’intention commune des gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique. Les deux documents n’émanent pas de la même entité ni ne résultent du même processus, de sorte que l’emploi d’une certaine expression dans l’un d’eux ne nous aide pas nécessairement à interpréter l’autre. Quoi qu’il en soit, ce point de vue laisse entendre que les parties auraient dû ajouter à la clause 3(1)a) de l’accord les mots «modifiés à l’occasion». Cela n’était toutefois pas nécessaire parce qu’en ce qui concerne le *Régime*, l’art. 42 de la *Loi d’interprétation* avait pour effet de l’ajouter pour elles.

L’alinéa 5(2)c) du *Régime* adopté initialement, S.C. 1966-67, ch. 45, se terminait par les mots suivants «en conformité de quelque loi du Parlement du Canada votée avant ou après l’entrée en vigueur de la présente loi». Le *Régime* est entré en vigueur le 15 juillet 1966 et la formulation de cet alinéa a été modifiée pour devenir le texte précité dans les Statuts révisés du Canada 1970. J’ai fait observer que les questions posées dans le présent pourvoi concernent la signification des dispositions du *Régime* selon les S.R.C. 1970. Il est assez révélateur que dans les L.R.C. (1985), l’al. 5(2)c) se termine simplement par l’expression «en conformité avec quelque autre partie ou avec quelque loi fédérale». On peut supposer que la Commission de révision des lois, en vertu des al. 6e) ou 6f) de ce qui est maintenant la *Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), ch. S-20, a supprimé toute référence à la date du 15 juillet 1966, estimant que le retrait de ces mots ne constituait pas une modification du fond. Je conviens que ces mots ne changent rien au fond puisque, dans une loi fédérale, toute mention de lois du Parlement fédéral doit être interprétée comme visant les lois en vigueur: voir l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*.

Le dernier point avancé par le juge Lambert se révèle quelque peu abscons. Il porte sur la clause 1a) de l’accord, qui stipule notamment:

[TRADUCTION] 1. Dans le présent accord,

- a) les mots et les expressions définis dans la Loi ou dans les règlements ont le sens que leur donnent la Loi et les règlements; . . .



Lambert J.A. noted that by s. 9(2) of the *Plan*, the definitions in the regulations, and hence the meaning in the Agreement of the terms defined in the Regulations, cannot be changed without provincial consent. He said that it followed that Canada could have no power to change the definitions in the *Plan*, as that would mean that it could unilaterally change the meaning in the Agreement of those terms defined in the *Plan*, whereas consent is required to change the meaning in the Agreement of those terms defined in the regulations. Two points immediately present themselves. First, this again amounts to saying that there is no difference between regulation and legislation, which assertion refutes itself. Second, if I am correct that the Agreement contemplated that the authority to pay was an authority subject to amendment, the power to amend the *Plan* must have included any necessary change to definitions.

Finally, although not included as one of the six points, the respondent submitted that the Government of Canada was bound by s. 8 of the *Plan* which is set out above. That section provides that the Agreement is to continue in force so long as the provincial legislation (*Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158) remained in force. It could also be terminated on notice by either party and amended with the consent of the parties. The contention is that the Agreement could only be amended in accordance with s. 8. This submission fails to take into account that the Agreement which is subject to the amending formula in s. 8 obliges Canada to pay the amounts which Parliament has authorized Canada to pay pursuant to s. 5 of the *Plan*. Hence, the payment obligations under the Agreement are subject to change when s. 5 is changed. That provision contains within it its own process of amendment by virtue of the principle of parliamentary sovereignty reflected in s. 42 of the *Interpretation Act*.

If this appears to deprive the Agreement of binding effect or mutuality, which are both features of ordinary contracts, it must be remembered that this is not an ordinary contract but an agreement between gov-

Le juge Lambert a fait remarquer que, suivant le par. 9(2) du *Régime*, les définitions établies dans les règlements et, par voie de conséquence, le sens qu'ont dans l'accord les termes ainsi définis, ne peuvent être modifiés sans l'assentiment de la province. Il s'ensuit, d'après lui, que le Canada ne peut être habilité à modifier les définitions figurant dans le *Régime* parce que cela signifierait qu'il pourrait changer unilatéralement le sens qu'ont dans l'accord les termes définis dans le *Régime*, tandis qu'un assentiment est requis pour changer le sens qu'ont dans l'accord les termes définis dans les règlements. Deux points se présentent immédiatement à l'esprit. En premier lieu, cela revient à dire, encore une fois, qu'il n'y a aucune différence entre un règlement et une loi, assertion qui se réfute elle-même. En deuxième lieu, si j'ai raison d'affirmer que l'accord envisage que l'autorisation de payer est susceptible de modification, le pouvoir de modifier le *Régime* doit comprendre celui d'apporter aux définitions toute modification nécessaire.

Finalement, bien que cet argument ne figure pas parmi les six points susmentionnés, l'intimé a fait valoir que le gouvernement du Canada était lié par l'art. 8 du *Régime*, reproduit plus haut. Cet article prévoit que l'accord reste en vigueur tant que la législation provinciale (en l'occurrence la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158) est appliquée. De plus, l'accord peut être résilié sur avis donné par l'une ou l'autre partie et modifié avec leur consentement. On soutient que l'accord ne peut être modifié qu'en conformité avec l'art. 8. Or, cet argument ne tient pas compte de ce que l'accord assujetti à la formule de modification prévue à l'art. 8 oblige le Canada à verser les montants que le Parlement a autorisé le Canada à payer en vertu de l'art. 5 du *Régime*. Donc, les obligations prévues par l'accord en matière de paiement peuvent être modifiées par une modification de l'art. 5. Cette disposition renferme son propre processus de modification en vertu du principe de la souveraineté du Parlement reflété à l'art. 42 de la *Loi d'interprétation*.

Si cela paraît enlever à l'accord son effet obligatoire ou son caractère de réciprocité, deux traits propres aux contrats ordinaires, il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat ordinaire, mais

ernments. Moreover, s. 8 itself contains an amending formula that enables either party to terminate at will. In lieu of relying on mutually binding reciprocal undertakings which promote the observance of ordinary contractual obligations, these parties were content to rely on the perceived political price to be paid for non-performance.

The result of this is that the Government of Canada, in presenting Bill C-69 to Parliament, acted in accordance with the Agreement and otherwise with the law which empowers the Government of Canada to introduce a money bill in Parliament.

The answer to Question 1, therefore, is "Yes."

(b) *Question 2*

(2) Do the terms of the Agreement dated March 23, 1967 between the Governments of Canada and British Columbia, the subsequent conduct of the Government of Canada pursuant to the Agreement and the provisions of the *Canada Assistance Plan Act* [sic], R.S.C. 1970, c. C-1, give rise to a legitimate expectation that the Government of Canada would introduce no bill into Parliament to limit its obligation under the Agreement or the *Act* without the consent of British Columbia?

The first step is the interpretation of the question, which will determine which arguments must be considered on the issue of whether there was a legitimate expectation. The members of the court below took differing views on the interpretation of this question. Toy J.A. interpreted the question as seeking a declaration that Canada breached a legal duty to act fairly. He considered the question to be asking about the doctrine of legitimate expectations that has developed in administrative law.

Lambert J.A. took another view. In discussing the interpretation of the questions, he said (at p. 278):

bien d'un accord intervenu entre des gouvernements. En outre, l'art. 8 contient lui-même une formule de modification qui permet à l'une ou à l'autre partie de résilier l'accord à son gré. Plutôt que de se lier mutuellement par des engagements réciproques propres à favoriser l'exécution d'obligations contractuelles ordinaires, les parties en l'espèce se sont contentées de se fier à ce qu'elles percevaient comme le prix politique de l'inexécution.

Il s'ensuit que le gouvernement du Canada, en déposant le projet de loi C-69 devant le Parlement, a agi en conformité avec l'accord et, par ailleurs, avec la loi qui l'habilite à déposer devant le Parlement un projet de loi de finances.

La réponse à la première question est donc affirmative.

b) *La seconde question*

[TRADUCTION]

(2) Les conditions de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, la conduite subséquente du gouvernement du Canada dans l'exécution de cet accord et les dispositions du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, permettent-elles de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose devant le Parlement aucun projet de loi tendant à limiter, sans le consentement de la Colombie-Britannique, l'obligation que lui impose l'accord ou le *Régime*?

Il faut commencer par interpréter la question, ce qui nous permettra de déterminer quels arguments doivent être pris en considération relativement à l'existence ou à l'inexistence d'une expectative légitime. Les opinions des membres de la Cour d'appel en l'espèce ont divergé sur l'interprétation de cette question. Le juge Toy l'a interprétée comme visant à faire déclarer que le Canada a manqué à une obligation juridique d'agir équitablement. Selon lui, la question concernait la théorie de l'expectative légitime élaborée en droit administratif.

Le juge Lambert a adopté un point de vue différent. Traitant de l'interprétation des questions, il a dit (à la p. 278):

The two questions provide a framework within which the “matter” is to be considered. We should be guided to the heart of the “matter” by the way the questions have been composed. But since they have been composed by one party only, namely, the Executive Government of British Columbia, we should not feel bound by a narrow literalism in answering the questions. Within the broad constraints of the language of the questions, we should feel free to address the “matter” which they encompass.

While I agree that the court should avoid a “narrow literalism”, care must be taken that the interpretation of a question does not amount to a new question. In the language of the dissenting judges in Part II of *Reference re Resolution to amend the Constitution*, *supra*, the court “may not conjure up questions of its own which, in turn, would lead to uninvited answers” (p. 850). No issue was taken by the majority with this proposition which appears to be self-evident and is amply supported by authority: *Reference re Magistrate’s Court of Quebec*, [1965] S.C.R. 772, at pp. 779-80; *Lord’s Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, at pp. 388-89; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; and *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200.

It is a misplaced concern to state that the questions were composed by one party. The Lieutenant Governor is authorized by the *Constitutional Question Act* to ask any question of the court, and this should not be held against him. No principle analogous to *contra proferentem* is applicable. If a question is clear, then the court is indeed bound to answer it on its terms, so long as it is justiciable. Even if it is not clear, like the questions in this reference, the court must do its best to determine what is being asked and to provide a response, again subject to the question’s being justiciable.

Lambert J.A. said (at p. 286):

I have concluded that the answer ought to turn on whether the executive arm of the federal power, which

[TRADUCTION] Les deux questions forment un cadre dans lequel l’«affaire» doit être examinée. Le mode de formulation des questions devrait nous mener au cœur de l’«affaire». Mais comme elles ont été formulées par une seule partie, en l’occurrence l’exécutif du gouvernement de la Colombie-Britannique, nous ne devrions pas nous sentir tenus à une stricte littéralité lorsque nous répondons à ces questions. Tout en respectant les contraintes générales que nous impose la formulation des questions, nous ne devons pas hésiter à aborder l’«affaire» qu’elles englobent.

Je conviens que la cour doit éviter une «stricte littéralité», mais il faut prendre garde d’éviter que l’interprétation d’une question revienne à formuler une question nouvelle. Comme le disent les juges dissidents à la partie II du *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, précité, la cour «ne peut évoquer de son propre chef des questions qui conduiraient à des réponses non sollicitées» (p. 850). Les juges formant la majorité n’ont pas contesté cette proposition qui semble aller de soi et être largement appuyée par la jurisprudence: *Renvoi relatif à la Cour de Magistrate de Québec*, [1965] R.C.S. 772, aux pp. 779 et 780, *Lord’s Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, aux pp. 388 et 389, *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, et *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200.

On a tort de se plaindre en l’espèce de ce que les questions ont été formulées par une seule partie. Le lieutenant-gouverneur est autorisé par la *Constitutional Question Act* à soumettre n’importe quelle question à la cour et il ne faut pas lui en tenir rigueur. Aucun principe analogue à celui du *contra proferentem* n’est applicable. Pour peu que la question soit claire et qu’elle relève de la compétence des tribunaux, la cour est effectivement tenue d’y répondre telle qu’elle a été formulée. Même à supposer qu’elle soit équivoque, comme c’est le cas des questions posées dans le présent renvoi, la cour doit faire de son mieux pour déterminer ce qui est demandé et donner une réponse, à condition toujours que la question relève de la compétence des tribunaux.

Le juge Lambert a dit (à la p. 286):

[TRADUCTION] J’ai conclu que la réponse devrait tenir à la question de savoir si la branche exécutive du pou-

could be called either the government of Canada or the federal Crown, would be in breach of a binding obligation owed by it to British Columbia if it failed to pay 50 per cent of the cost to British Columbia of providing the type and quality of assistance to those in need that is contemplated by the Canada Assistance Plan.

Thus Lambert J.A. viewed the question as asking whether Canada would be in breach of its obligations were the contemplated amendment to be effected. I have explained that in my view that was the issue under the first question. Finally, in answering "Yes" to the second question, Lambert J.A. said that he was using the words "legitimate expectation" in their ordinary meaning and not in any technical sense. Because he thought that Canada breached an obligation by introducing Bill C-69, he said that British Columbia had a legitimate expectation that Canada would not introduce the Bill. Since it was based solely on the finding that an obligation had been breached, the finding that there was a legitimate expectation did not add anything of legal significance to his conclusions. It was just a way of describing those conclusions.

Southin J.A. said that in her view the *Constitutional Question Act* only authorizes the asking of questions of law. Hence, she said that the second question could not be seen as asking about customs or conventions. She said (at p. 313):

I interpret it as asking whether there is any legal impediment to the Governor in Council, through the Minister of Finance, asking Parliament, i.e. the Senate, the House of Commons and the Sovereign, to enact Bill C-69 or any legal impediment to Parliament doing so.

When regard is had for the jurisprudence in the area of administrative law, it can be seen that Question 2 is not ambiguous. It asks about the presence of legitimate expectations. With respect to Lambert J.A., that is a term of art. It is a technical phrase, and its use in a question asked of a court of law of course implies that it is being used in its legal sense. I respectfully agree with the interpretation of the sec-

voir fédéral, que l'on pourrait appeler le gouvernement du Canada ou la Couronne fédérale, se trouverait à manquer à une obligation qu'il avait envers la Colombie-Britannique s'il ne payait pas 50 pour 100 des frais engagés par cette dernière pour fournir aux nécessiteux une assistance du genre et de la qualité envisagés dans le Régime d'assistance publique du Canada.

Donc, selon le juge Lambert, il s'agit de la question de savoir si le Canada manquerait à ses obligations si la modification envisagée était effectuée. J'ai déjà expliqué qu'à mon avis c'est précisément là le point que soulève la première question. Finalement, en donnant à la seconde question une réponse affirmative, le juge Lambert a dit qu'il prêtait à l'expression «expectative légitime» son sens ordinaire et non un sens technique. Puisqu'il a estimé que le Canada a manqué à une obligation en déposant le projet de loi C-69, il a dit que la Colombie-Britannique pouvait légitimement s'attendre à ce que le Canada ne dépose pas ce projet de loi. Vu qu'elle reposait uniquement sur la constatation qu'on avait manqué à une obligation, la conclusion à l'existence d'une expectative légitime n'apportait à ses conclusions rien d'important sur le plan juridique. Ce n'était en fait qu'une façon de décrire ces conclusions.

Le juge Southin s'est dite d'avis que la *Constitutional Question Act* n'autorise à poser que des questions de droit, d'où son assertion que la seconde question ne pouvait être considérée comme concernant des coutumes ou des conventions. Elle affirme en effet (à la p. 313):

[TRADUCTION] Selon mon interprétation, la question vise à déterminer s'il existe un empêchement juridique qui fait que le gouverneur en conseil, par l'intermédiaire du ministre des Finances, ne peut demander au Parlement, c.-à-d. au Sénat, à la Chambre des communes et au Souverain, d'adopter le projet de loi C-69, ou s'il existe un empêchement juridique qui fait que le Parlement ne peut l'adopter.

Quand on tient compte de la jurisprudence en matière de droit administratif, on constate que la seconde question ne renferme aucune ambiguïté. Elle concerne l'existence d'une expectative légitime. Sauf le respect que je dois au juge Lambert, c'est là un terme technique. Il s'agit d'une expression technique dont la présence dans une question soumise à une cour de justice implique, bien entendu, qu'elle est uti-

ond question by Southin J.A. with the addition that the legal impediment involved is that which is alleged to be imposed by the legal doctrine of legitimate expectations.

### Legitimate Expectations

The doctrine of legitimate expectations was discussed in the reasons of the majority in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. That judgment cites seven cases dealing with the doctrine, and then goes on (at p. 1204):

The principle developed in these cases is simply an extension of the rules of natural justice and procedural fairness. It affords a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity. The court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

It was held by the majority of the court below, and it was argued before us by the Attorney General of British Columbia, that the federal government acted illegally in invoking the power of Parliament to amend the *Plan* without obtaining the consent of British Columbia. The action was illegal because it violated a legitimate expectation of British Columbia. These submissions were adopted by the Attorney General for Alberta. This must be contrasted with a claim that there was a legitimate expectation that the federal government would not act without consulting British Columbia. If the doctrine of legitimate expectations required consent, and not merely consultation, then it would be the source of substantive rights; in this case, a substantive right to veto proposed federal legislation.

There is no support in Canadian or English cases for the position that the doctrine of legitimate expectations can create substantive rights. It is a part of the rules of procedural fairness which can govern administrative bodies. Where it is applicable, it can create a right to make representations or to be consulted. It

lisée dans son sens juridique. En toute déférence, je souscris à l'interprétation donnée à la seconde question par le juge Southin et j'ajoute seulement que l'empêchement juridique en cause est celui qui, prétend-on, résulte de la théorie juridique de l'expectative légitime.

### L'expectative légitime

La théorie de l'expectative légitime est traitée dans les motifs des juges formant la majorité dans l'affaire *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Dans ces motifs, on cite sept causes portant sur cette théorie et on ajoute ensuite (à la p. 1204):

Le principe élaboré dans cette jurisprudence n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

En l'espèce, la majorité en Cour d'appel a conclu, et le procureur général de la Colombie-Britannique a fait valoir devant nous, que le gouvernement fédéral a agi illégalement en invoquant le pouvoir du Parlement de modifier le *Régime* sans obtenir le consentement de la Colombie-Britannique. C'était un acte illégal en ce qu'il décevait une expectative légitime de la Colombie-Britannique. Ces arguments ont été adoptés par le procureur général de l'Alberta. Il s'agit d'un point de vue qui doit être contrasté avec celui selon lequel on pouvait légitimement s'attendre à ce que le gouvernement fédéral n'agisse pas sans consulter la Colombie-Britannique. Si, en effet, la théorie de l'expectative légitime exigeait le consentement, et non pas simplement la consultation, elle serait alors source de droits fondamentaux, en l'occurrence, celui d'opposer un veto à un projet de loi fédérale.

Or, ni la jurisprudence canadienne ni celle d'Angleterre n'appuient la position suivant laquelle la théorie de l'expectative légitime peut créer des droits fondamentaux. Cette théorie fait partie des règles de l'équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs. Dans les cas où elle

does not fetter the decision following the representations or consultation.

Moreover, the rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions. Megarry J. said so in *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch. D.), and this was approved by Estey J. for the Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, *supra*, at p. 758. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, Dickson J., as he then was, wrote (at p. 628):

The authorities, in my view, support the following conclusions:

2. A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision.

These three cases were considered in *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1988] 1 S.C.R. xii, and the court concluded (at p. 120):

In these circumstances, the issues sought to be raised in paras. 12 and 12(a) [right to be consulted and duty of fairness] are not justiciable because they seek to challenge the process of legislation.

The respect by the courts for the independence of the legislative power is captured by G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (1990), in the following passage (at p. 92):

[TRANSLATION] The courts do not intervene, however, during the legislative process in Parliament and the legislatures. They have no interest as such in parliamentary procedure. They have made this clear in certain decisions. They respect the *lex parliamenti*.

s'applique, elle peut faire naître le droit de présenter des observations ou d'être consulté. Elle ne vient pas limiter la portée de la décision rendue à la suite de ces observations ou de cette consultation.

a

De plus, les règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives. C'est ce qu'a affirmé le juge Megarry dans l'arrêt *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019 (Ch. D.), affirmation qu'a approuvée le juge Estey, au nom de notre Cour, dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, précitée, à la p. 758. Dans l'affaire *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit (à la p. 628):

b

c

La jurisprudence, à mon avis, appuie les conclusions suivantes:

d

2. Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative.

f

Ces trois arrêts ont été examinés dans l'affaire *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A. Yuk.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1988] 1 R.C.S. xii, et la cour a conclu (à la p. 120):

g

[TRANSLATION] Dans ces circonstances, les questions que l'on cherche à soulever aux al. 12 et 12a) [celles du droit d'être consulté et de l'obligation d'agir équitablement] ne relèvent pas de la compétence des tribunaux parce qu'elles visent à contester le processus législatif.

h

G.-A. Beaudoin fait état du respect que manifestent les tribunaux judiciaires à l'égard de l'indépendance du pouvoir législatif, dans l'extrait suivant de *La Constitution du Canada* (1990), à la p. 92:

Cependant, les cours n'interviennent pas au cours du processus législatif au Parlement et dans les législatures. Elles n'ont pas d'intérêt comme tel pour la procédure parlementaire. Elles s'en sont d'ailleurs expliquées dans certains arrêts. Elles respectent la *lex parliamenti*.

i

j

The formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle. So too is the purely procedural requirement in s. 54 of the *Constitution Act, 1867*. That is not to say that this requirement is unnecessary; it must be complied with to create fiscal legislation. But it is not the place of the courts to interpose further procedural requirements in the legislative process. I leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.

The respondent seeks to avoid this proposition by pointing to the dichotomy of the executive on the one hand and Parliament on the other. He concedes that there is no legal impediment preventing Parliament from legislating but contends that the government is constrained by the doctrine of legitimate expectations from introducing the Bill to Parliament.

This submission ignores the essential role of the executive in the legislative process of which it is an integral part. The relationship was aptly described by W. Bagehot, *The English Constitution* (1872), at p. 14:

A cabinet is a combining committee—a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state. [Emphasis in original.]

Parliamentary government would be paralyzed if the doctrine of legitimate expectations could be applied to prevent the government from introducing legislation in Parliament. Such expectations might be created by statements during an election campaign. The business of government would be stalled while the application of the doctrine and its effect was argued out in the courts. Furthermore, it is fundamental to our system of government that a government is not bound by the undertakings of its predecessor. The doctrine of legitimate expectations would place a fetter on this essential feature of democracy. I adopt the words of King C.J. of the Supreme Court of South Australia, *in banco*, in *West Lakes Ltd. v. South Aus-*

La rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas. C'est le cas également de l'exigence purement procédurale que l'on trouve à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela ne veut toutefois pas dire que cette exigence est inutile; il faut la respecter en légiférant en matière fiscale. Mais il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'intercaler dans le processus législatif d'autres exigences procédurales. Je ne traiterai pas de la question de l'examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d'atteinte possible à un droit garanti.

L'intimé tente de contourner ce principe en invoquant la dichotomie existant entre l'exécutif, d'une part, et le Parlement, d'autre part. Il reconnaît que, sur le plan juridique, rien ne s'oppose à ce que le Parlement légifère, mais il soutient que la théorie de l'expectative légitime vient empêcher le gouvernement de déposer le projet de loi devant le Parlement.

Voilà un argument qui fait abstraction du rôle essentiel que joue l'exécutif dans le processus législatif dont il fait partie intégrante. Le rapport est décrit avec justesse par W. Bagehot dans *La Constitution anglaise* (1869), à la p. 19:

Un Cabinet est un comité combiné de telle sorte qu'il sert, comme un trait d'union ou une boucle, à rattacher la partie législative à la partie exécutive du gouvernement.

Le gouvernement parlementaire serait paralysé si la théorie de l'expectative légitime pouvait s'appliquer de manière à empêcher le gouvernement de déposer un projet de loi au Parlement. Des expectatives pourraient naître de déclarations faites au cours d'une campagne électorale. L'activité gouvernementale serait au point mort pendant que la question de l'application et de l'effet de la théorie serait débattue devant les tribunaux. En outre, il est essentiel à notre système de gouvernement qu'un gouvernement ne soit pas lié par les engagements de son prédécesseur. La théorie de l'expectative légitime aurait pour effet d'imposer une restriction à ce trait essentiel de la démocratie. Je fais miens les propos tenus par le juge en chef King de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale, *in banco*, dans l'affaire *West Lakes Ltd. v.*

*tralia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, at p. 390, a case strikingly similar to this one:

Ministers of State cannot, however, by means of contractual obligations entered into on behalf of the State fetter their own freedom, or the freedom of their successors or the freedom of other members of parliament, to propose, consider and, if they think fit, vote for laws, even laws which are inconsistent with the contractual obligations.

While the statement deals with contractual obligations, it would apply, *a fortiori* to restraint imposed by other conduct which raises a legitimate expectation.

A restraint on the executive in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself. This is particularly true when the restraint relates to the introduction of a money bill. By virtue of s. 54 of the *Constitution Act, 1867*, such a bill can only be introduced on the recommendation of the Governor General who by convention acts on the advice of the Cabinet. If the Cabinet is restrained, then so is Parliament. The legal effect of what the respondent is attempting to impugn is of no consequence to the obligations between Canada and British Columbia. The recommendation and introduction of Bill C-69 has no effect *per se*, rather it is its impact on the legislative process that will affect those obligations. It is therefore the legislative process that is, in fact, impugned.

A variety of other submissions were made in respect of Question 2. I observe first of all that none of these matters was properly raised by the question. It asks about the doctrine of legitimate expectations. I do not interpret it as asking whether there is any factor which has created a legitimate expectation, in a non-technical sense, that the federal cabinet would not introduce legislation such as Bill C-69. While this is the general response to these submissions, in the alternative, I have the following observations.

*South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, à la p. 390, qui ressemble étonnamment à la présente instance:

[TRADUCTION] Les ministres d'État ne sauraient toutefois, au moyen d'obligations contractées pour le compte de l'État, imposer des restrictions à leur propre liberté, à celle de leurs successeurs ou à celle d'autres députés, de proposer, d'étudier et, s'ils le jugent opportun, de voter des lois, fussent-elles incompatibles avec les obligations contractuelles.

Bien que cet énoncé traite d'obligations contractuelles, il s'appliquerait à plus forte raison aux restrictions découlant de toute autre conduite qui fait naître une expectative légitime.

Toute restriction imposée au pouvoir de l'exécutif de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une restriction relative au dépôt d'un projet de loi de finances. En effet, aux termes de l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, un tel projet de loi ne peut être déposé qu'à la recommandation du Gouverneur général qui, par convention, agit sur avis du cabinet. Or, si le cabinet est soumis à des restrictions, le Parlement l'est également. L'effet juridique de la mesure que tente de contester l'intimé est sans conséquence pour les obligations existant entre le Canada et la Colombie-Britannique. La recommandation et le dépôt du projet de loi C-69 n'ont en soi aucun effet; c'est plutôt par leurs répercussions sur le processus législatif qu'ils touchent ces obligations. C'est donc en réalité le processus législatif qui est attaqué.

Divers autres arguments ont été avancés au sujet de la seconde question. Je fais remarquer tout d'abord qu'aucun de ces points n'est légitimement soulevé par la question. Celle-ci concerne la théorie de l'expectative légitime. D'après mon interprétation, on ne demande pas s'il existe un facteur quelconque qui a fait naître une expectative légitime, au sens non technique, que le cabinet fédéral ne déposerait pas de mesure législative comme le projet de loi C-69. Bien que ce soit là la réponse générale à ces arguments, j'y ajoute subsidiairement les observations qui suivent.



(i) *Constitutional Convention*

The Attorney General for Ontario argued, in the words of his factum, that “with respect to federal-provincial cost-sharing agreements a constitutional convention exists that neither Parliament nor the legislatures will use their legislative authority unilaterally to alter their obligations.” Presumably the last two words mean “the obligations of the governments which are responsible to them”. These submissions were adopted by the Attorneys General for Alberta and Saskatchewan. Additionally, the Attorney General for Alberta argued that there is a convention that the federal government will not introduce legislation to alter unilaterally Canada’s obligations under the *Plan*.

The question, as I have interpreted it, does not ask about conventions. The existence of a convention can only relate to the question as an aspect of legitimate expectations. I have concluded that that doctrine does not apply to the legislative process and therefore does not apply here. The existence of a convention, therefore, is irrelevant and need not be considered further in answering this question.

(ii) *Manner and Form*

Again, this is not properly raised by either question. This argument was presented by the Native Council of Canada and the United Native Nations of British Columbia. I refer to them together hereinafter as N.C.C.

This submission differs from all of those heretofore discussed in that it is an argument that the addition of s. 5.1 to the *Plan* by s. 2 of the *Government Expenditures Restraint Act* is *ultra vires* Parliament. The argument is based on the idea that even a sovereign body can restrict itself in respect of the “manner and form” of subsequent legislation. N.C.C. cited *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526, in which the Privy Council found that the legislature of New South Wales had so

(i) *La convention constitutionnelle*

Le procureur général de l’Ontario fait valoir, dans son mémoire, qu’ [TRADUCTION] «en ce qui concerne les ententes fédérales-provinciales de partage des coûts, il existe une convention constitutionnelle qui veut que ni le Parlement ni les assemblées législatives ne se servent unilatéralement de leur pouvoir législatif pour changer leurs obligations». Les deux derniers mots signifient vraisemblablement «les obligations du gouvernement qui est comptable au corps législatif en question». Ces arguments ont été adoptés par les procureurs généraux de l’Alberta et de la Saskatchewan. En outre, le procureur général de l’Alberta a soutenu qu’il existe une convention selon laquelle le gouvernement fédéral ne légifèrera pas pour modifier unilatéralement les obligations imposées au Canada par le *Régime*.

La question, telle que je l’interprète, ne concerne pas les conventions. Ce n’est qu’en tant qu’aspect de l’expectative légitime que l’existence d’une convention peut se rapporter à la question. J’ai conclu que la théorie de l’expectative légitime ne s’applique pas au processus législatif et qu’elle n’est donc pas applicable en l’espèce. L’existence d’une convention n’a donc aucune pertinence et il n’est pas nécessaire d’en tenir compte davantage pour répondre à cette question.

(ii) *Le mode et la forme*

Encore une fois, il s’agit d’un point qui n’est pas légitimement soulevé par l’une ou l’autre question. L’argument à ce sujet a été présenté par le Conseil national des autochtones du Canada et par les United Native Nations of British Columbia, que je désignerai ci-après par le sigle C.N.A.C.

Cet argument diffère de tous ceux traités jusqu’ici en ce sens qu’on allègue que l’adjonction de l’art. 5.1 au *Régime* opérée par l’art. 2 de la *Loi sur la compression des dépenses publiques* excède la compétence du Parlement. L’argument repose sur l’idée que même un corps législatif souverain peut s’imposer des restrictions quant au «mode» et à la «forme» de toute loi subséquente. Le C.N.A.C. a cité à cet égard l’affaire *Attorney-General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526, dans laquelle le Conseil

restrained itself. Also, it referred to *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, in which it was held that the legislature of Saskatchewan was bound to enact statutes in both English and French.

N.C.C. said that when one reads ss. 8(2) and 9(2) of the *Plan* together, there is revealed, by necessary implication, a requirement that subsequent legislation cannot alter the *Plan* unless the consent of the affected province or provinces is obtained. By these sections Parliament prevented the federal government from unilaterally terminating its obligations under the *Plan* or an agreement; hence, by implication, Parliament imposed upon itself a requirement that provincial consent be obtained before the legislation could be amended. Further, N.C.C. submitted that if the *Plan* does not reveal an intention that Parliament has bound itself to obtain provincial consent before amending the *Plan*, then at least an intention is revealed that the government is bound to do so before introducing amending legislation.

I reject this argument. Neither intention is revealed in the *Plan*. Any "manner and form" requirement in an ordinary statute must overcome the clear words of s. 42(1) of the *Interpretation Act*, which I set out again for ease of reference:

42. (1) Every Act shall be so construed as to reserve to Parliament the power of repealing or amending it, and of revoking, restricting or modifying any power, privilege or advantage thereby vested in or granted to any person.

This provision requires that federal statutes ordinarily be interpreted to accord with the doctrine of parliamentary sovereignty.

In order for this argument to succeed, it would first have to be shown that Parliament intended, in the face of s. 42(1), to bind itself or to restrict the legislative powers of those of its members who are also members of the executive. The sections of the *Plan* which are supposed to reveal this intention are ss. 8(2) and 9(2). They say absolutely nothing about

privé a conclu que la législature de la Nouvelle-Galles du Sud s'était mise sous le coup d'une telle restriction. Le C.N.A.C. s'est référé en outre à l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, où il a été statué que l'assemblée législative de la Saskatchewan était tenue d'adopter ses lois en français et en anglais.

Selon le C.N.A.C., quand on rapproche les par. 8(2) et 9(2) du *Régime*, il s'en dégage, par voie d'interprétation nécessaire, une exigence qu'aucune modification ne soit apportée au *Régime* au moyen d'une loi subséquente, si ce n'est avec l'assentiment de la province ou des provinces touchées. Au moyen de ces paragraphes, le Parlement empêche le gouvernement fédéral de mettre fin unilatéralement à ses obligations découlant du *Régime* ou d'un accord. Le Parlement s'est donc implicitement imposé l'exigence d'obtenir l'assentiment de la province pour pouvoir modifier la mesure législative. De plus, le C.N.A.C. a fait valoir que, si le *Régime* ne manifeste aucune intention de la part du Parlement de s'imposer l'obligation d'obtenir l'assentiment de la province avant de modifier le *Régime*, il traduit à tout le moins l'intention d'obliger le gouvernement à le faire avant de déposer un projet de loi modificative.

Je rejette cet argument. Le *Régime* n'exprime ni l'une ni l'autre intention. Toute exigence de «mode» et de «forme» posée dans une loi ordinaire doit surmonter le texte clair du par. 42(1) de la *Loi d'interprétation*, que, par souci de commodité, je reproduis de nouveau:

42. (1) Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi.

Cette disposition exige que les lois fédérales soient ordinairement interprétées de manière à s'accorder avec la théorie de la souveraineté du Parlement.

Pour que cet argument soit retenu, il faudrait d'abord démontrer que, nonobstant le par. 42(1), le Parlement a eu l'intention de se lier les mains ou de restreindre les pouvoirs législatifs des députés qui composent également l'exécutif. Cette intention est censée se dégager des par. 8(2) et 9(2) du *Régime*. Or, ceux-ci ne disent absolument rien concernant la

the amendment of the *Plan*, and so reveal no parliamentary intention of the sort argued for by N.C.C.

It is no coincidence that when this Court has found “manner and form” restrictions, the instrument creating the restrictions has not been an ordinary statute. Regard may be had for *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, in which a provision of the *Indian Act* was held to be inoperative pursuant to the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reprinted in R.S.C., 1985, App. III). The latter statute was described as “a quasi-constitutional instrument” by Laskin J. (as he then was) in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, at p. 597. Similarly, in *R. v. Mercure*, *supra*, s. 110 of *The North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, as re-enacted by S.C. 1891, c. 22, s. 18, was held to impose “manner and form” limitations on the legislature of Saskatchewan. But s. 110 was explicitly directed at the legislature, and the Court observed that the section was continued in force by the constituent statute of the province. Both the *Canadian Bill of Rights* and s. 110 of *The North-West Territories Act* have a constitutional nature. It may be that where a statute is of a constitutional nature and governs legislation generally, rather than dealing with a specific statute, it can impose requirements as to manner and form. But where a statute has no constitutional nature, it will be very unlikely to evidence an intention of the legislative body to bind itself in the future.

That is the case here. The sections of the *Plan* relied upon address amendments to the Agreement and amendments to the regulations under the *Plan*. They say nothing about amendments to the *Plan*. The *Plan* has no constitutional nature. It does not purport to impose any “manner and form” requirement.

There is a further problem with this argument. It is clear that parliamentary sovereignty prevents a legislative body from binding itself as to the substance of its future legislation. The claim that is made in a “manner and form” argument is that the body has

modification du *Régime* et, par conséquent, ils ne révèlent chez le législateur fédéral aucune intention du genre évoqué par le C.N.A.C.

Ce n'est pas une coïncidence que, dans les cas où notre Cour a conclu à l'existence de restrictions quant au «mode» et à la «forme», ce n'était pas par une loi ordinaire que les restrictions étaient édictées. Mentionnons, à cet égard, l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, dans lequel une disposition de la *Loi sur les Indiens* a été jugée inopérante en application de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (réimprimée à L.R.C. (1985), app. III). Cette dernière loi a été qualifiée de «document quasi constitutionnel» par le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, à la p. 597. De même, dans l'arrêt *R. c. Mercure*, précité, il a été jugé que l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, adopté de nouveau à S.C. 1891, ch. 22, art. 18, imposait à l'assemblée législative de la Saskatchewan des restrictions en matière de «mode» et de «forme». Mais l'article 110 visait expressément l'assemblée législative et la Cour a observé qu'il continuait à s'appliquer aux termes de la loi constitutive de la province. La *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* sont tous deux de nature constitutionnelle. Il se peut qu'une loi qui est de nature constitutionnelle et qui régit la législation en général plutôt que de porter sur une loi précise puisse imposer des exigences quant au mode et à la forme. Toutefois, lorsqu'une loi ne présente aucun caractère constitutionnel, il est fort peu probable qu'elle traduise une intention de la part du corps législatif de se lier pour l'avenir.

Tel est le cas en l'espèce. Les articles du *Régime* qu'on a invoqués concernent la modification de l'accord et des règlements pris en vertu du *Régime*. Ils sont muets relativement à la modification du *Régime*. Celui-ci n'a aucun caractère constitutionnel. Il n'a pas pour objet d'imposer une exigence quant au «mode» et à la «forme».

Cet argument présente une autre difficulté. Il est évident en effet que la souveraineté du Parlement vient empêcher un corps législatif de se lier les mains en ce qui concerne la teneur de sa législation future. Or, l'argument relatif au «mode» et à la «forme» veut

restrained itself, not in respect of substance, but in respect of the procedure which must be followed to enact future legislation of some sort, or the form which such legislation must take. In *West Lakes Ltd. v. South Australia*, *supra*, a “manner and form” argument was rejected. King C.J. said (at pp. 397-98):

Even if I could construe the statute according to the plaintiff’s argument, I could not regard the provision as prescribing the manner or form of future legislation. A provision requiring the consent to legislation of a certain kind, of an entity not forming part of the legislative structure . . . does not, to my mind, prescribe a manner, or form of lawmaking, but rather amounts to a renunciation *pro tanto* of the lawmaking power.

Those words are fully applicable here.

### (iii) *Jurisdiction*

The Attorney General of Manitoba argued that Parliament lacked legislative jurisdiction to make the proposed change to the *Plan*. Again, this is not raised by the questions, but I will consider these submissions briefly.

Like the N.C.C., the Attorney General of Manitoba argued that s. 2 of the *Government Expenditures Restraint Act* is *ultra vires* Parliament. The argument begins with the observation that the federal spending power is wider than the field of federal legislative competence. So, as with the *Plan*, Parliament can authorize the disbursement of federal funds to the provinces for use in areas within provincial jurisdiction. Manitoba said that once Parliament authorized the federal government to enter into an agreement with British Columbia and such an agreement was executed, Parliament became disabled from unilaterally changing the law so as to change the Agreement. There are two reasons for this.

précisément que le corps législatif en question se soit imposé des restrictions, non pas à l’égard de la teneur, mais quant à la procédure à suivre dans l’adoption d’une loi future quelconque ou bien quant à la forme que doit revêtir pareille loi. Dans l’arrêt *West Lakes Ltd. v. South Australia*, précité, un argument relatif au «mode» et à la «forme» a été rejeté. Le juge en chef King a dit (aux pp. 397 et 398):

[TRADUCTION] Même s’il m’était possible d’interpréter la loi conformément à l’argument de la demanderesse, je ne pourrais considérer la disposition en cause comme prescrivant le mode ou la forme d’une mesure législative future. Une disposition exigeant qu’une entité qui ne fait pas partie de l’appareil législatif donne son consentement à un certain type de législation [. . .] ne prescrit pas, à mon sens, un mode ou une forme d’adoption de lois, mais équivaut plutôt à une renonciation dans cette mesure au pouvoir législatif.

Ces propos s’appliquent pleinement en l’espèce.

### (iii) *La compétence*

Le procureur général du Manitoba a soutenu que le Parlement n’avait pas la compétence législative voulue pour apporter au *Régime* la modification projetée. Bien qu’il s’agisse encore une fois d’un point qui n’est pas soulevé par les questions, je me propose tout de même d’examiner brièvement les arguments avancés à ce propos.

Comme le C.N.A.C., le procureur général du Manitoba a fait valoir que l’art. 2 de la *Loi sur la compression des dépenses publiques* excède la compétence du Parlement. L’argument commence par l’observation que le pouvoir de dépenser du fédéral est plus large que le champ de la compétence législative fédérale. Ainsi, comme il l’a fait dans le cas du *Régime*, le Parlement peut autoriser le paiement de fonds fédéraux aux provinces pour qu’elles s’en servent dans des domaines de compétence provinciale. D’après le Manitoba, du moment que le Parlement autorisait le gouvernement fédéral à conclure un accord avec la Colombie-Britannique et dès que cet accord était signé, le Parlement devenait inhabile à modifier unilatéralement la loi de manière à changer l’accord. Il y a deux raisons à cela.

First, the Agreement is enforceable as a private law agreement. This would admittedly be subject to applicable constitutional principles; but it was argued that there are no such principles in this case. This argument was not pressed in the oral submissions on behalf of the Attorney General of Manitoba. I find no merit in it. The Agreement was between the Government of British Columbia and the federal government. It does not bind Parliament. Apart from that, the "applicable constitutional principle" is the sovereignty of Parliament which I have discussed above.

Second, the Attorney General of Manitoba said that once the Agreement authorized by Parliament was executed, the province acquired vested rights to monetary contributions for a matter within provincial competence; hence, a unilateral termination of the Agreement by Parliament would be *ultra vires* Parliament. Alternatively, even if it were within Parliament's authority in respect of the division of powers, it would be unconstitutional for another reason: the "overriding principle of federalism" requires that Parliament be unable to interfere in areas of provincial jurisdiction. It was said that, in order to protect the autonomy of the provinces, the Court should supervise the federal government's exercise of its spending power.

The first branch of this submission is based on the judgment of this Court in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297. A company was granted a lease of land and water rights by the Government of Newfoundland to permit the development of the hydro-electric resources of Churchill Falls. The lease was embodied in a statute of the provincial legislature. Later, the company contracted with Hydro-Quebec to deliver most of the generated hydro-electric power to the latter. The development of Churchill Falls could not have proceeded in the absence of this contract. Later again, the Government of Newfoundland decided that it needed more power. The legislature of Newfoundland purported to enact a statute which repealed the statutory lease and expropriated all of the generating equipment which previously belonged to the com-

Premièrement, l'accord est exécutoire à titre d'accord de droit privé. Cela serait, certes, assujéti aux principes constitutionnels applicables, mais on soutient qu'il n'existe pas de tels principes en l'espèce. C'est là un argument sur lequel on n'a pas insisté dans les plaidoiries effectuées pour le compte du procureur général du Manitoba et je le juge non fondé. L'accord est intervenu entre le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Il ne lie pas le Parlement. En outre, le «principe constitutionnel applicable» est celui de la souveraineté du Parlement, dont j'ai déjà traité.

Deuxièmement, le procureur général du Manitoba a dit qu'une fois signé l'accord autorisé par le Parlement, la province se trouvait investie du droit à des contributions financières dans un domaine de compétence provinciale; cela étant, le Parlement excéderait sa propre compétence en résiliant unilatéralement l'accord. Subsidiairement, même si le partage des compétences permettait au Parlement d'agir ainsi, une telle mesure serait pour une autre raison frappée d'inconstitutionnalité: le «principe essentiel du fédéralisme» commande qu'il ne soit pas loisible au Parlement de s'immiscer dans des domaines de compétence provinciale. Afin de protéger l'autonomie des provinces, a-t-on affirmé, la Cour devrait surveiller l'exercice par le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser.

Le premier volet de cet argument repose sur notre arrêt *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297. Dans cette affaire, le gouvernement de Terre-Neuve avait cédé à bail à une compagnie des terres et des droits relatifs à l'eau afin de permettre la mise en valeur des ressources hydro-électriques des chutes Churchill. Le bail était compris dans une loi de la législature provinciale. Plus tard, la compagnie a conclu avec la société Hydro-Québec un contrat aux termes duquel elle convenait de livrer à cette dernière la majeure partie de l'énergie hydro-électrique produite. L'aménagement des chutes Churchill n'aurait pas pu avoir lieu en l'absence de ce contrat. Plus tard encore, le gouvernement de Terre-Neuve a décidé qu'il lui fallait davantage d'énergie. L'assemblée législative de Terre-Neuve a donc adopté une loi résiliant le bail

pany. On a reference, this Court was of the opinion that the second statute was *ultra vires*.

It was argued for the Attorney General of Newfoundland that the legislature was merely repealing existing legislation. McIntyre J., for the Court, rejected this argument, adopting the words of Morgan J.A. in the Newfoundland Court of Appeal to the effect that the new legislation also had the effect of expropriating rights. McIntyre J. said that the new legislation was a colourable attempt to interfere with the contract and to derogate from the contractual rights of Hydro-Quebec, which rights were held to be situate in Quebec. The only heads of power under which the second statute could have been enacted were ss. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*; namely, property and civil rights in the province, and matters of a purely local or private nature in the province. Because of the territorial restrictions on provincial legislatures, and the extraterritorial effect of the new legislation, the legislation was beyond the competence of the Newfoundland legislature.

The Attorney General of Manitoba argues by analogy that in this case, the *Plan* has an impact on areas of provincial jurisdiction. Hence, it was submitted, the alteration of the *Plan* would amount to regulation of an area outside the federal jurisdiction. I reject this argument. The legislation in the *Churchill Falls* case was a colourable attempt to do indirectly something which could not be done directly because of the territorial restrictions on the Newfoundland legislature. For an analogy to exist, a similar state of affairs would have to obtain here. There was no allegation, nor could there have been, that Bill C-69 was an indirect, colourable attempt to regulate in provincial areas of jurisdiction. It is simply an austerity measure. So the question of colourability can be disregarded, and the question directly considered: is the *Government Expenditures Restraint Act ultra vires* Parliament as being, in pith and substance, legislation

législatif et expropriant tout le matériel servant à la production d'énergie hydro-électrique qui avait jusque-là appartenu à la compagnie. À la suite d'un renvoi, notre Cour a estimé que la seconde loi était  
a inconstitutionnelle.

On avait soutenu pour le compte du procureur général de Terre-Neuve que la législature ne faisait qu'abroger une loi existante. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, a rejeté cet argument en faisant siens les propos tenus par le juge Morgan, en Cour d'appel de Terre-Neuve, qui avait dit que la nouvelle loi avait en outre pour effet d'exproprier des droits. Selon le juge McIntyre, cette nouvelle loi constituait une tentative déguisée de modifier le contrat et de déroger aux droits contractuels d'Hydro-Québec, lesquels ont été jugés situés au Québec. Les seuls chefs de compétence en vertu desquels la seconde loi aurait pu être adoptée sont énoncés aux par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. En raison des restrictions territoriales imposées aux législatures provinciales et à cause de l'effet extraterritorial de la nouvelle loi, celle-ci excédait la compétence de l'assemblée législative de Terre-Neuve.

Le procureur général du Manitoba fait valoir, par analogie, qu'en l'espèce le *Régime* a des répercussions dans des domaines de compétence provinciale. Il s'ensuit, a-t-on soutenu, que la modification du *Régime* reviendrait à régler un domaine qui n'est pas de compétence fédérale. Je rejette cet argument. La loi en cause dans l'affaire *Churchill Falls* représentait une tentative déguisée d'accomplir indirectement ce qu'on ne pouvait faire directement en raison des restrictions territoriales auxquelles était assujettie l'assemblée législative de Terre-Neuve. Pour qu'il y ait analogie, il faudrait qu'il existe en l'espèce un état de choses semblable. On n'a pas allégué, ce qui aurait été impossible d'ailleurs, que le projet de loi C-69 constituait une tentative déguisée et indirecte de régler des domaines de compétence provinciale. Il s'agit simplement d'une mesure d'austérité. On peut donc passer outre à la question du caractère déguisé pour se pencher immédiatement sur celle de savoir si la *Loi sur la compression des*

in relation to areas of exclusive provincial competence?

The written argument of the Attorney General of Manitoba was that the legislation “amounts to” regulation of a matter outside federal authority. I disagree. The Agreement under the *Plan* set up an open-ended cost-sharing scheme, which left it to British Columbia to decide which programmes it would establish and fund. The simple withholding of federal money which had previously been granted to fund a matter within provincial jurisdiction does not amount to the regulation of that matter. Still less is this so where, as in this case, the new legislation simply limits the growth of federal contributions. In oral argument, counsel said that the *Government Expenditures Restraint Act* “impacts upon [a] constitutional interest” outside the jurisdiction of Parliament. That is no doubt true, but it does not make the Act *ultra vires*. “Impact” with nothing more is clearly not enough to find that a statute encroaches upon the jurisdiction of the other level of government.

Finally, I turn to the second branch of this argument of the Attorney General of Manitoba. This was the argument that the “overriding principle of federalism” requires that Parliament be unable to interfere in areas of provincial jurisdiction. It was said that, in order to protect the autonomy of the provinces, the Court should supervise the federal government’s exercise of its spending power. But supervision of the spending power is not a separate head of judicial review. If a statute is neither *ultra vires* nor contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have no jurisdiction to supervise the exercise of legislative power.

The answer to the second question is “No”.

*dépenses publiques* excède la compétence du Parlement du fait qu’elle est, de par son caractère véritable, une loi portant sur des domaines de compétence provinciale exclusive.

Suivant l’argument écrit avancé par le procureur général du Manitoba, la loi en cause [TRADUCTION] «revient à» régler un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. L’accord conclu en vertu du *Régime* établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à régler cette matière. À plus forte raison, ce n’est pas le cas lorsque, comme en l’espèce, la nouvelle loi se borne à limiter l’accroissement des contributions fédérales. Au cours des plaidoiries, l’avocat a dit que la *Loi sur la compression des dépenses publiques* [TRADUCTION] «a des répercussions sur un droit constitutionnel» qui échappe à la compétence du Parlement. C’est sans doute vrai, mais la Loi n’est pas inconstitutionnelle pour autant. De simples «répercussions», prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu’une loi empiète sur la compétence de l’autre palier de gouvernement.

Je passe, enfin, au second volet de cet argument du procureur général du Manitoba. Il s’agit de l’argument selon lequel le «principe essentiel du fédéralisme» exige qu’il ne soit pas loisible au Parlement de s’immiscer dans des domaines de compétence provinciale. On a dit que, pour protéger l’autonomie des provinces, la Cour devrait surveiller l’exercice par le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser. La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n’est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n’ont nullement compétence pour surveiller l’exercice du pouvoir législatif.

La seconde question reçoit donc une réponse négative.

7. Disposition

The appeal is allowed and the answers to the questions are as follows:

- (1) Has the Government of Canada any statutory, prerogative or contractual authority to limit its obligation under the *Canada Assistance Plan Act [sic]*, R.S.C. 1970, c. C-1 and its Agreement with the Government of British Columbia dated March 23, 1967, to contribute 50 per cent of the cost to British Columbia of assistance and welfare services?

Answer: Yes.

- (2) Do the terms of the Agreement dated March 23, 1967 between the Governments of Canada and British Columbia, the subsequent conduct of the Government of Canada pursuant to the Agreement and the provisions of the *Canada Assistance Plan Act [sic]*, R.S.C. 1970, c. C-1, give rise to a legitimate expectation that the Government of Canada would introduce no bill into Parliament to limit its obligation under the Agreement or the *Act* without the consent of British Columbia?

Answer: No.

*Appeal allowed.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General's Department, Edmonton.*

7. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et les questions reçoivent les réponses suivantes:

<sup>a</sup> [TRADUCTION]

- (1) Le gouvernement du Canada a-t-il, en vertu d'une loi, en raison d'une prérogative ou aux termes d'un contrat, compétence pour limiter son obligation, découlant du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, et de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre lui et le gouvernement de la Colombie-Britannique, de payer 50 pour 100 du coût des services d'assistance publique et de protection sociale en Colombie-Britannique?

Réponse: Oui.

[TRADUCTION]

- <sup>d</sup> (2) Les conditions de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, la conduite subséquente du gouvernement du Canada dans l'exécution de cet accord et les dispositions du *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-1, permettent-elles de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose devant le Parlement aucun projet de loi tendant à limiter, sans le consentement de la Colombie-Britannique, l'obligation que lui impose l'accord ou le *Régime*?

Réponse: Non.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appellant: John C. Tait, Ottawa.*

<sup>h</sup> *Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

<sup>j</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitors for the interveners the Native Council of Canada and the United Native Nations of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver; Robin M. Elliot, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants le Conseil national des autochtones du Canada et les United Native Nations of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver; Robin M. Elliot, Vancouver.*

**The Bear Island Foundation and Gary Potts, William Twain and Maurice McKenzie, Jr. on behalf of themselves and on behalf of all other members of the Teme-Augama Anishnabay and Temagami Band of Indians** *Appellants*

v.

**The Attorney General for Ontario** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland, Union of Ontario Indians, Association of Iroquois and Allied Indians, National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations, Mocrebec, Randy Kapashesit and Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, on his own behalf and on behalf of all members of the House of Delgamuukw, and others** *Intervenors*

INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. BEAR ISLAND FOUNDATION

File No.: 21435.

1991: May 27, 28, 29, 30; 1991: August 15.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Indians — Aboriginal rights — Land claims — Title — Treaties — Appellate court unable to interfere with findings of fact — Legal findings based on facts subject to appellate review — Indians found to exercise sufficient occupation to establish aboriginal right.*

*Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Appellate courts unable to interfere with findings of fact of*

**Bear Island Foundation et Gary Potts, William Twain et Maurice McKenzie junior, en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Teme-Augama Anishnabay et Temagami** *Appellants*

c.

**Le procureur général de l'Ontario** *Intimé*

c et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve, l'Union of Ontario Indians, l'Association of Iroquois and Allied Indians, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, Mocrebec, Randy Kapashesit et Delgamuukw, également connu sous le nom de Earl Muldoe, en son nom et au nom de tous les membres de la Maison Delgamuukw, et autres** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BEAR ISLAND FOUNDATION

N<sup>o</sup> du greffe: 21435.

1991: 27, 28, 29, 30 mai; 1991: 15 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Stevenson.

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

*Indiens — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Titre — Traités — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait — Les conclusions de droit fondées sur les faits sont susceptibles de révision en appel — Les Indiens ont suffisamment occupé le territoire pour établir le droit ancestral.*

*Tribunaux — Tribunaux d'appel — Compétence — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclu-*

*lower courts — Appellate courts able to deal with legal findings based on those facts.*

Respondent Attorney General for Ontario brought action against appellant Bear Island Foundation after the latter had registered cautions against tracts of unceded land on behalf of the Temagami Band of Indians. Respondent sought a declaration that the Crown in right of Ontario has clear title and that the appellants have no interest therein, and further sought certain injunctive relief. The Foundation counterclaimed and sought a declaration of quiet title on the ground that the Temagami have a better right to possession of all the lands by virtue of their aboriginal rights in the land. Ontario claimed that the Temagami had no aboriginal right in relation to the land, or that any right they might have had has been extinguished, either by treaty or unilateral act of the sovereign.

The trial judge found that the appellants had no aboriginal right to the land, and that even if such a right had existed, it had been extinguished by the Robinson-Huron Treaty of 1850, to which the Temagami band was originally a party or to which it had subsequently adhered. These findings were essentially factual, and were drawn from the mass of historical documentary evidence. The counterclaim was dismissed. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. On the assumption that an aboriginal right existed, that court held that that right had been extinguished either by the Robinson-Huron Treaty or by the subsequent adherence to that treaty by the Indians, or because the treaty constituted a unilateral extinguishment by the sovereign.

*Held:* The appeal should be dismissed.

This case raised for the most part essentially factual issues on which the courts below were in agreement. On such issues, the rule is that an appellate court should not reverse the trial judge absent palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts. The rule is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below. A detailed examination of the facts was undertaken by this Court and no issue is taken with the numerous specific findings of fact in the courts below. There was not agreement, however, with all the legal findings based on those facts. In particular, the Indians exercised sufficient occupation of the lands

*sions de fait d'un tribunal d'instance inférieure — Le tribunal d'appel peut traiter des conclusions de droit fondées sur ces faits.*

L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a intenté une action contre l'appelante, Bear Island Foundation, après que celle-ci eut enregistré des mises en garde contre des terres non cédées, au nom de la bande indienne de Temagami. L'intimé a demandé un jugement déclaratoire portant que la Couronne du chef de l'Ontario possède un droit incontestable sur ces terres et que les appellants n'ont aucun droit sur elles, et a demandé également une certaine forme d'injonction. La Fondation a déposé une demande reconventionnelle et sollicité un jugement déclaratoire validant le titre pour le motif que la bande indienne de Temagami est titulaire d'un meilleur droit de possession sur toutes les terres en vertu de ses droits ancestraux sur le territoire. L'Ontario soutenait que la bande indienne de Temagami n'avait aucun droit ancestral à l'égard des terres ou que tout droit qu'elle aurait pu avoir avait été éteint par traité ou par un acte unilatéral du souverain.

Le juge de première instance a statué que les appellants ne possédaient aucun droit ancestral sur les terres et que, même si un tel droit avait existé, il aurait été éteint par le Traité Robinson du lac Huron de 1850, auquel la bande indienne de Temagami était partie à l'origine ou a adhéré ultérieurement. Il s'agissait essentiellement de conclusions de fait, qui étaient tirées de l'ensemble des preuves documentaires historiques. La demande reconventionnelle a été rejetée. L'appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. La cour, partant de l'hypothèse qu'il existait un droit ancestral, a conclu que ce droit avait été éteint par le Traité Robinson du lac Huron ou par l'adhésion ultérieure des Indiens à ce traité, ou encore parce que le traité constituait l'extinction unilatérale de ce droit par le souverain.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La présente affaire soulève principalement des questions de fait sur lesquelles les cours d'instance inférieure étaient d'accord. En ce qui concerne les questions de ce genre, la règle veut qu'un tribunal d'appel n'infirme pas la décision du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et prépondérante qui ait influé sur son appréciation des faits. La règle a d'autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d'instance inférieure. Notre Cour a entrepris un examen approfondi des faits et ne conteste pas les nombreuses conclusions de fait précises tirées par les cours d'instance inférieure. La Cour n'est pas d'accord,

in question throughout the relevant period to establish an aboriginal right.

It was unnecessary, however, to examine the specific nature of the aboriginal right because that right was surrendered, whatever the situation on the signing of the Robinson-Huron Treaty, by arrangements subsequent to the treaty by which the Indians adhered to the treaty in exchange for treaty annuities and a reserve. The Crown breached its fiduciary obligations to the Indians by failing to comply with some of its obligation under this agreement; these matters currently form the subject of negotiations between the parties. These breaches do not alter the fact that the aboriginal right was extinguished.

#### Cases Cited

Referred to: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 68 O.R. (2d) 394, 58 D.L.R. (4th) 117, [1989] 2 C.N.L.R. 73, 32 O.A.C. 66, 4 R.P.R. (2d) 252, dismissing an appeal from a judgment of Steele J. (1984), 15 D.L.R. (4th) 321. Appeal dismissed.

*W. Ross Murray, Q.C.*, and *Wendy J. Earle*, for the appellants.

*J. T. S. McCabe* and *Lorna E. Boyd*, for the respondent.

*W. I. C. Binnie, Q.C.*, *W. A. Hobson, Q.C.*, and *Susan L. Reid*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*René Morin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*D. M. M. Goldie, Q.C.*, and *Norman J. Prelypchan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

cependant, avec toutes les conclusions de droit fondées sur ces faits. Tout particulièrement, les Indiens ont occupé suffisamment les terres en question pendant toute la période concernée pour établir l'existence d'un droit ancestral.

Il n'est pas nécessaire cependant d'examiner la nature précise du droit ancestral parce qu'il y a eu renonciation à ce droit, indépendamment de la situation au moment de la signature du traité, en raison des arrangements ultérieurs par lesquels les Indiens ont adhéré au traité en échange de rentes prévues dans le traité et d'une réserve. La Couronne a manqué à ses obligations fiduciaires envers les Indiens en ne respectant pas certaines de ses obligations en vertu de l'accord; ces questions sont actuellement le sujet de négociations entre les parties. Ces manquements ne changent rien au fait que le droit ancestral a été éteint.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 68 O.R. (2d) 394, 58 D.L.R. (4th) 117, [1989] 2 C.N.L.R. 73, 32 O.A.C. 66, 4 R.P.R. (2d) 252, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Steele (1984), 15 D.L.R. (4th) 321. Pourvoi rejeté.

*W. Ross Murray, c.r.*, et *Wendy J. Earle*, pour les appelants.

*J. T. S. McCabe* et *Lorna E. Boyd*, pour l'intimé.

*W. I. C. Binnie, c.r.*, *W. A. Hobson, c.r.*, et *Susan L. Reid*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*René Morin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*D. M. M. Goldie, c.r.*, et *Norman J. Prelypchan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Deborah J. Paquette*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

*William B. Henderson* and *Alan Pratt*, for the intervener Union of Ontario Indians.

*Brian A. Crane, Q.C.*, for the intervener Association of Iroquois and Allied Indians.

*Peter W. Hutchins, Diane H. Soroka* and *Franklin S. Gertler*, for the intervener National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations.

*Murray Klippenstein* and *Gary Stein*, for the interveners Mocrebec and Randy Kapashesit.

*David Paterson* and *Louise Mandell*, for the intervener Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, on his own behalf and on behalf of all members of the House of Delgamuukw, and others.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The respondent Attorney General for Ontario brought action against the appellant, the Bear Island Foundation, after the latter had registered cautions against tracts of unceded land north of Lake Nipissing, Ontario, on behalf of the Temagami Band of Indians. By this action, the respondent sought a declaration that the Crown in right of Ontario has clear title to the land in question and that the appellants have no interest therein, and further sought certain injunctive relief. The Foundation counterclaimed and sought a declaration of quiet title on the ground that the Temagami have a better right to possession of all the lands by virtue of their aboriginal rights in the land. Ontario claimed that the Temagami had no aboriginal right in relation to the land, or that any right they might have had has been extinguished, either by treaty or unilateral act of the sovereign.

*Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Deborah J. Paquette*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*William B. Henderson* et *Alan Pratt*, pour l'intervenante l'Union of Ontario Indians.

*Brian A. Crane, c.r.*, pour l'intervenante l'Association of Iroquois and Allied Indians.

*Peter W. Hutchins, Diane H. Soroka* et *Franklin S. Gertler*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations.

*Murray Klippenstein* et *Gary Stein*, pour les intervenants Mocrebec et Randy Kapashesit.

*David Paterson* et *Louise Mandell*, pour l'intervenant Delgamuukw, également connu sous le nom de Earl Muldoe, en son nom et au nom de tous les membres de la Maison Delgamuukw, et autres.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a intenté une action contre l'appelante, Bear Island Foundation, après que celle-ci eut enregistré des mises en garde contre des terres non cédées et situées au nord du lac Nipissing (Ontario), au nom de la bande indienne de Temagami. Au moyen de la présente action, l'intimé a tenté d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la Couronne du chef de l'Ontario possède un droit incontestable sur les terres en question et que les appelants n'ont aucun droit sur elles, et il a également tenté d'obtenir une certaine forme d'injonction. La Fondation a déposé une demande reconventionnelle et sollicité un jugement déclaratoire validant le titre pour le motif que la bande de Temagami est titulaire d'un meilleur droit de possession sur toutes les terres en vertu de ses droits ancestraux sur le territoire. L'Ontario soutenait que la bande indienne de Temagami n'avait aucun droit ancestral à l'égard des terres ou que tout droit qu'elle aurait pu avoir avait été éteint par traité ou par un acte unilatéral du souverain.

Steele J. ((1984), 49 O.R. (2d) 353) found that the appellants had no aboriginal right to the land, and that even if such a right had existed, it had been extinguished by the Robinson-Huron Treaty of 1850, to which the Temagami band was originally a party or to which it had subsequently adhered. These findings were essentially factual, and were drawn from the mass of historical documentary evidence adduced over the course of 130 days of trial. Steele J. also dismissed the counterclaim.

Reference may be made here to the reasons why Steele J. refused to find that the Indians had established an aboriginal right. The gist of these reasons may be found in the following passage from his reasons for judgment, at p. 373:

... I will deal with the entitlement of the defendants to aboriginal rights in the Land Claim Area. I find that the defendants have failed to prove that their ancestors were an organized band level of society in 1763; that, as an organized society, they had exclusive occupation of the Land Claim Area in 1763; or that, as an organized society, they continued to exclusively occupy and make aboriginal use of the Land Claim Area from 1763 or the time of coming of settlement to the date the action was commenced.

An appeal to the Ontario Court of Appeal ((1989), 68 O.R. (2d) 394) was dismissed. On the assumption that an aboriginal right existed, the court held that that right had been extinguished either by the Robinson-Huron Treaty or by the subsequent adherence to that treaty by the Indians, or because the treaty constituted a unilateral extinguishment by the sovereign.

This case, it must be underlined, raises for the most part essentially factual issues on which the courts below were in agreement. On such issues, the rule is that an appellate court should not reverse the trial judge in the absence of palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2. The rule is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below. We have undertaken a detailed examination of the facts on this basis. We do not take issue

Le juge Steele ((1984), 49 O.R. (2d) 353) a statué que les appelants ne possédaient aucun droit ancestral sur les terres et que, même si un tel droit avait existé, il aurait été éteint par le Traité Robinson du lac Huron de 1850, auquel la bande indienne de Temagami était partie à l'origine ou a adhéré ultérieurement. Il s'agissait essentiellement de conclusions de fait, qui étaient tirées de l'ensemble des preuves documentaires historiques présentées au cours d'un procès d'une durée de 130 jours. Le juge Steele a également rejeté la demande reconventionnelle.

On peut signaler ici les raisons pour lesquelles le juge Steele a refusé de conclure que les Indiens avaient prouvé l'existence d'un droit ancestral. L'essentiel de ces raisons apparaît dans le passage suivant des motifs de son jugement, à la p. 373:

[traduction]. . . je traiterai des droits ancestraux des défendeurs sur le territoire revendiqué. Je conclus que les défendeurs n'ont pas prouvé que leurs ancêtres constituaient en 1763 une bande organisée; que, en tant que société organisée, ils occupaient de façon exclusive en 1763 le territoire revendiqué; ou que, en tant que société organisée, ils ont continué d'occuper de façon exclusive et d'utiliser en tant qu'autochtones le territoire revendiqué, depuis 1763 ou le début de la colonie jusqu'au moment où l'action a été intentée.

L'appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario ((1989), 68 O.R. (2d) 394) a été rejeté. Partant de l'hypothèse que le droit ancestral existait, la cour a conclu que ce droit avait été éteint soit par le Traité Robinson du lac Huron et l'adhésion subséquente des Indiens à ce traité, soit parce que le traité constituait l'extinction unilatérale de ce droit par le souverain.

La présente affaire, il faut le souligner, soulève principalement des questions de fait sur lesquelles les cours d'instance inférieure étaient d'accord. En ce qui concerne les questions de ce genre, la règle veut qu'un tribunal d'appel n'infirme pas la décision du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et prépondérante qui ait influé sur son appréciation des faits: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2. La règle a d'autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d'instance infé-

with the numerous specific findings of fact in the courts below, and it is, therefore, not necessary to recapitulate them here.

It does not necessarily follow, however, that we agree with all the legal findings based on those facts. In particular, we find that on the facts found by the trial judge the Indians exercised sufficient occupation of the lands in question throughout the relevant period to establish an aboriginal right; see, in this context, *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In our view, the trial judge was misled by the considerations which appear in the passage from his reasons quoted earlier.

It is unnecessary, however, to examine the specific nature of the aboriginal right because, in our view, whatever may have been the situation upon the signing of the Robinson-Huron Treaty, that right was in any event surrendered by arrangements subsequent to that treaty by which the Indians adhered to the treaty in exchange for treaty annuities and a reserve. It is conceded that the Crown has failed to comply with some of its obligations under this agreement, and thereby breached its fiduciary obligations to the Indians. These matters currently form the subject of negotiations between the parties. It does not alter the fact, however, that the aboriginal right has been extinguished.

For these reasons, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Borden & Elliot, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: McCarthy, Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

rieure. Nous avons entrepris un examen approfondi des faits sur ce fondement. Nous ne contestons pas les nombreuses conclusions de fait précises tirées par les cours d'instance inférieure, et il n'est donc pas nécessaire de les récapituler ici.

Il ne s'ensuit pas nécessairement toutefois que nous soyons d'accord avec toutes les conclusions de droit fondées sur ces faits. Nous estimons en particulier que, compte tenu des faits retenus par le juge de première instance, les Indiens ont occupé suffisamment les terres en question pendant toute la période concernée pour établir l'existence d'un droit ancestral; voir, dans ce contexte, *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. À notre avis, le juge de première instance a été induit en erreur par les considérations mentionnées dans le passage précité de ses motifs.

Il n'est pas nécessaire cependant d'examiner la nature précise du droit ancestral parce que, selon nous, quelle qu'ait pu être la situation à la signature du Traité Robinson du lac Huron, il y a eu renonciation à ce droit, en raison des arrangements ultérieurs par lesquels les Indiens ont adhéré au traité en échange de rentes prévues par le traité et d'une réserve. Il est admis que la Couronne n'a pas satisfait à certaines de ses obligations en vertu de l'accord et a ainsi enfreint ses obligations fiduciaires envers les Indiens. Ces questions sont actuellement le sujet de négociations entre les parties. Cela ne change toutefois rien au fait que le droit ancestral a été éteint.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: Borden & Elliot, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: McCarthy, Tétrault, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.*

*Solicitors for the intervener Union of Ontario Indians: Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Union of Ontario Indians: Blaney, McMurtry, Stapells, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Association of Iroquois and Allied Indians: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association of Iroquois and Allied Indians: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Solicitors for the interveners Mocrebec and Randy Kapashesit: Iler, Campbell & Associates, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Mocrebec et Randy Kapashesit: Iler, Campbell & Associés, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, on his own behalf and on behalf of all members of the House of Delgamuukw, and others: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Delgamuukw, également connu sous le nom de Earl Muldoe, en son nom et au nom de tous les membres de la Maison Delgamuukw, et autres: Mandell Pinder, Vancouver.*



**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1991 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 2**

**Cited as [1991] 2 S.C.R. 577-777**

**Renvoi [1991] 2 R.C.S. 577-777**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
LYNE RENAUD  
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

## CONTENTS

### **R. v. Jobidon** ..... 714

Criminal law — Assault — Consent — Fist fights — Victim killed by accused in consensual fist fight — Court of Appeal setting aside accused's acquittal on charge of manslaughter — Whether absence of consent essential element of offence of assault — Whether there are common law limitations on consent applying to fist fights where bodily harm is intended and caused — Criminal negligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 222, 265.

### **R. v. Seaboyer; R. v. Gayme**..... 577

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

## SOMMAIRE

### **R. c. Jobidon** ..... 714

Droit criminel — Voies de fait — Consentement — Bagarres à coups de poing — Victime tuée par l'accusé dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants — Annulation par la Cour d'appel de l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — L'absence de consentement est-elle un élément essentiel de l'infraction de voies de fait? — Existe-t-il en common law des limites quant au consentement applicables aux bagarres à coups de poing lorsque des lésions corporelles sont voulues et causées? — Négligence criminelle — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 222, 265.

### **R. c. Seaboyer; R. c. Gayme**..... 577

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte? — Les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

Criminal law — Sexual offences — Evidence — "Rape-shield" provisions restricting right of defence to cross-examine and lead evidence of complainant's previous sexual conduct — Whether provisions infringe s. 7 or s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter or legislation saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Whether preliminary inquiry judge has jurisdiction to decide constitutionality of legislation relating to evidence.

## SOMMAIRE (Fin)

dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte? — Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Les dispositions sur la "protection des victimes de viol" restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter des preuves sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occasions — Les dispositions violent-elles l'art. 7 ou l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte, ou les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277.

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Le juge chargé de l'enquête préliminaire est-il compétent pour statuer sur la constitutionnalité des dispositions en matière de preuve?

**Steven Seaboyer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Civil Liberties Association and Women's Legal Education and Action Fund et al.** *Intervenors*

and between

**Nigel Gayme** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Civil Liberties Association and Women's Legal Education and Action Fund et al.** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SEABOYER; R. v. GAYME

File Nos.: 20666, 20835.

1991: March 26, 27; 1991: August 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legisla-*

**Steven Seaboyer** *Appellant*

c.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres** *Intervenants*

et entre

<sup>d</sup> **Nigel Gayme** *Appellant*

c.

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

et

<sup>f</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SEABOYER; R. c. GAYME

Nos du greffe: 20666, 20835.

<sup>h</sup> 1991: 26, 27 mars; 1991: 22 août.

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

<sup>i</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>j</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article*

tion can be saved by doctrine of constitutional exemption — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7.

*Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).

*Criminal law — Sexual offences — Evidence — “Rape-shield” provisions restricting right of defence to cross-examine and lead evidence of complainant’s previous sexual conduct — Whether provisions infringe s. 7 or s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter or legislation saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

*Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Whether preliminary inquiry judge has jurisdiction to decide constitutionality of legislation relating to evidence.*

At issue here was whether the *Criminal Code*’s “rape-shield” provisions (R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 and 277) infringe the principles of fundamental justice or the right to a fair trial found in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The “rape-shield” provisions restrict the right of the defence on a trial for a sexual offence to cross-examine and lead evidence of a complainant’s sexual conduct on other occasions.

Seaboyer was charged with sexual assault of a woman with whom he had been drinking in a bar. The judge at the preliminary inquiry refused to allow the accused to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions. The appellant contended that he should have been permitted to cross-examine as to other acts of sexual intercourse which may have caused bruises and other aspects of the complainant’s condition which the Crown had put in evidence. Such evidence might arguably be relevant to consent since it might provide other explanations for the physical evidence tendered by the

premier de la Charte? — *Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle? — Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l’art. 11d) de la Charte? — Dans l’affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l’article premier de la Charte? — Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle? — Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).

*Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Les dispositions sur la «protection des victimes de viol» restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter des preuves sur le comportement sexuel du plaignant à d’autres occasions — Les dispositions violent-elles l’art. 7 ou l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l’article premier de la Charte, ou les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle? — Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277.

*Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Le juge chargé de l’enquête préliminaire est-il compétent pour statuer sur la constitutionnalité des dispositions en matière de preuve?*

En l’espèce, il s’agit de savoir si les dispositions du *Code criminel* sur la «protection des victimes de viol» (L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 et 277) portent atteinte aux principes de justice fondamentale ou au droit à un procès équitable garantis par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces dispositions restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter une preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d’autres occasions.

Seaboyer doit répondre à une accusation d’agression sexuelle d’une femme rencontrée dans un bar. À l’enquête préliminaire, le juge a refusé de permettre à l’accusé de contre-interroger la plaignante relativement à son comportement sexuel à d’autres occasions. L’appellant prétend qu’il aurait dû être autorisé à contre-interroger la plaignante sur d’autres relations sexuelles, susceptibles d’expliquer l’origine des meurtrissures, et sur d’autres aspects de la condition de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve. On peut soutenir que cette preuve pourrait être pertinente en ce qui con-

Crown in support of the use of force against the complainant.

The *Gayme* case arose in different circumstances. The complainant was 15, the appellant 18. They were friends. The Crown alleged that the appellant sexually assaulted the complainant at his school. The defence, relying on the defences of consent and honest belief in consent, contended that there was no assault and that the complainant was the sexual aggressor. In pursuance of this defence, the appellant at the preliminary inquiry sought to cross-examine and present evidence on prior and subsequent sexual conduct of the complainant. Accordingly, he brought a motion that ss. 276 and 277 of the *Code* were unconstitutional. The judge rejected the motion, on the ground that he lacked jurisdiction to hear it, and committed the appellant for trial.

Both Seaboyer and Gayme applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing the committal for trial on the ground that the judge below had exceeded his jurisdiction and deprived the appellant of his right to make full answer and defence by enforcing the provisions of s. 276 of the *Criminal Code*. The orders were granted on the ground that ss. 276 and 277 violate the *Charter*, and the cases were remitted to the preliminary inquiry judges for a ruling on the evidentiary issues unhampered by the statutory provisions. An appeal to the Ontario Court of Appeal was allowed on the ground that the preliminary inquiry judges lacked the jurisdiction to determine the constitutional validity of the sections in question. They accordingly had not erred in applying the sections and the orders quashing the committal therefore had to be set aside. The court went on, however, to consider the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* and found that the sections were capable of contravening an accused's rights under the *Charter* in some circumstances. It held that while the provisions had a constitutionally valid purpose, they were not saved by s. 1. The court nevertheless found that the provisions would be operative except in those limited and rare circumstances where they would have an unconstitutional effect.

The constitutional questions stated in this Court queried whether ss. 276 and 277 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and, if so, whether they were saved by s. 1.

cerne le consentement puisqu'elle pourrait permettre d'expliquer autrement la preuve matérielle présentée par le ministère public à l'appui du recours à la force contre la plaignante.

<sup>a</sup> L'affaire *Gayme* se situe dans des circonstances différentes. La plaignante était âgée de 15 ans et l'appelant, de 18 ans. Ils étaient amis. Le ministère public prétend que la plaignante aurait été victime d'une agression sexuelle à l'école. Se fondant sur la défense de consentement et de croyance sincère au consentement, l'avocat de la défense prétend qu'il n'y a pas eu d'agression et que l'agresseur sexuel était la plaignante. À l'appui de sa thèse, l'appelant, lors de l'enquête préliminaire, a tenté de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur et postérieur et de présenter des éléments de preuve à l'appui. Il a présenté une requête visant à faire déclarer inconstitutionnels les art. 276 et 277 du *Code*. Le juge a rejeté la requête au motif qu'il n'avait pas compétence et a ordonné le renvoi de l'appelant à son procès.

Seaboyer et Gayme ont demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'ordonner l'annulation du renvoi à procès au motif que le tribunal d'instance inférieure avait excédé sa compétence et privé l'appelant de son droit de présenter une défense pleine et entière en appliquant l'art. 276 du *Code criminel*. Les ordonnances ont été accordées au motif que les art. 276 et 277 contrevenaient à la *Charte* et les affaires ont été renvoyées aux juges chargés de l'enquête préliminaire pour qu'ils statuent sur les questions relatives à la preuve sans tenir compte des dispositions en question. L'appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli au motif que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question. Ils n'avaient donc pas commis d'erreur dans l'application des articles en question et les ordonnances rejetant les renvois à procès devaient être annulées. La Cour d'appel a ensuite examiné la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel* et a conclu que ces articles pouvaient dans certains cas contrevir aux droits garantis à un inculpé par la *Charte*. La Cour d'appel a statué que, bien que ces dispositions aient un objectif valide du point de vue constitutionnel, elles n'étaient pas sauvegardées par l'article premier. La Cour d'appel a décidé que, puisque les cas où ces dispositions auraient un effet inconstitutionnel sont rares, elles continueraient de s'appliquer, sauf dans ces circonstances limitées.

<sup>j</sup> Les questions constitutionnelles formulées en notre Cour visent à déterminer si les art. 276 et 277 contreviennent à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte* et, dans

Also queried was whether the constitutional exemptions doctrine applied and, if the legislation was invalid, what was the law. With respect to the jurisdiction of the preliminary inquiry judge, the evidence sought to be tendered in the two cases was not at issue. In neither case did the preliminary inquiry judge consider whether the evidence would have been relevant or admissible in the absence of ss. 276 or 277 of the *Criminal Code*.

*Held* (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeals should be dismissed; however, s. 276 of the *Criminal Code* is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and that inconsistency is not justified under s. 1 of the *Charter*. Section 277 is not inconsistent with the *Charter*.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. Nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is thus probative should be received absent some other ground for its exclusion. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial. The trial judge must balance the value of the evidence against its potential prejudice. Virtually all common law jurisdictions recognize a power in the trial judge to exclude evidence on the basis that its probative value is outweighed by the prejudice which may flow from it. The prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law.

Sections 276 and 277 of the *Code* are to be measured against this yardstick. They have the capacity to deprive a person of his or her liberty and they violate the fundamental principles underlying our justice system if they exclude evidence whose probative value is not substantially outweighed by its potential prejudice.

l'affirmative, s'il sont sauvegardés par l'article premier, et à déterminer également si, advenant le cas où les dispositions seraient déclarées inconstitutionnelles, la doctrine des exemptions constitutionnelles s'appliquerait et quelles seraient alors les règles de droit applicables? En ce qui concerne la compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire, la preuve que l'on cherche à introduire n'est pas en litige en l'espèce. Dans ces deux affaires, le juge chargé de l'enquête préliminaire n'a pas examiné si la preuve en question aurait été pertinente ou admissible en l'absence des art. 276 ou 277 du *Code criminel*.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie): Les pourvois sont rejetés; toutefois, l'art. 276 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et cette incompatibilité n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 277 n'est pas incompatible avec la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. Rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable. Le juge du procès doit déterminer la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable possible. Presque tous les ressorts de common law permettent au juge du procès d'exclure une preuve si sa valeur probante a moins de poids que l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir. Le juge ne pourra donc écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante.

Les articles 276 et 277 du *Code* doivent être examinés en fonction de ce critère. Ces articles peuvent porter atteinte à la liberté d'une personne et ils violent les principes fondamentaux à la base de notre système de justice s'ils visent l'exclusion d'une preuve dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible.



Section 277 excludes evidence of sexual reputation for the purpose of challenging or supporting the credibility of the plaintiff. The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. Section 277 excludes evidence which can serve no legitimate purpose in the trial but does not touch evidence which may be tendered for valid purposes. It accordingly does not infringe the right to a fair trial.

Section 276 has the potential to exclude evidence which is relevant to the defence and whose probative value is not substantially outweighed by the potential prejudices to the trial process. It constitutes a blanket exclusion, subject to three exceptions—rebuttal evidence, evidence going to identity, and evidence relating to consent to sexual activity on the same occasion as the trial incident. The value of the excluded evidence will not always be trifling when compared with its potential to mislead the jury.

Two fundamental flaws mark s. 276. First, the different purposes for which evidence may be tendered are not distinguished. The legislation misdefines the evil to be addressed as evidence of sexual activity, when in fact the evil to be addressed is the narrower evil of the misuse of evidence of sexual activity for irrelevant and misleading purposes—the inference that the complainant consented to the act or that she is an unreliable witness. The result of this misdefinition of the problem is a blanket prohibition of evidence of sexual activity, regardless of whether the evidence is tendered for an illegitimate purpose or for a valid one. Secondly, a “pigeon-hole approach” is adopted which is incapable of dealing adequately with the fundamental evidentiary problem, that of determining whether or not the evidence is truly relevant, and not merely irrelevant and misleading. This amounts, in effect, to predicting relevancy on the basis of a series of categories.

Section 276 has the potential to exclude otherwise admissible evidence which may be highly relevant to the defence. Such evidence is excluded absolutely, without any means of evaluating whether in the circumstances of the case the integrity of the trial process would be better served by receiving it than by excluding it. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not be convicted, the right to present

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. L'article 277 exclut une preuve qui ne peut avoir aucune fin légitime dans le procès, mais il ne vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides. Il ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

L'article 276 peut entraîner l'exclusion de preuves pertinentes pour la défense et dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible sur le procès. Cet article est plutôt une interdiction générale assujettie à trois exceptions—la contre-preuve, la preuve relative à l'identité et la preuve relative au consentement à des rapports sexuels au moment des faits qui sont à l'origine de l'accusation. La valeur de la preuve exclue ne sera pas toujours insignifiante par rapport au risque d'induire le jury en erreur.

L'article 276 renferme deux lacunes fondamentales. Premièrement, il ne permet pas d'établir une distinction entre les divers objets pour lesquels la preuve peut être présentée. La disposition définit erronément le problème comme ayant trait à la présentation d'une preuve de comportement sexuel, alors qu'en réalité le problème touche seulement la mauvaise utilisation de ce genre de preuve à des fins non pertinentes et trompeuses, savoir l'inférence que la plaignante a consenti aux rapports sexuels ou qu'elle est un témoin peu fiable. Cette description erronée du problème aboutit à l'interdiction générale de présenter toute preuve de comportement sexuel, qu'elle soit présentée à une fin illégitime ou valide. Deuxièmement, ce genre de disposition adopte une démarche de «compartimentation» des éléments de preuve, qui ne permet pas de trancher de façon appropriée le problème de preuve fondamental en cause, c'est-à-dire déterminer si la preuve est réellement pertinente et non simplement sans objet et trompeuse. Cela équivaut à prédire la pertinence en fonction d'une série de catégories.

L'article 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve, par ailleurs admissible, susceptible d'être fort pertinente pour la défense. Il s'agit d'une interdiction absolue qui ne permet pas d'évaluer si, dans les circonstances de l'affaire, l'intégrité du procès ne serait pas mieux assurée par l'utilisation de cette preuve plutôt que par son exclusion. Étant donné que notre système de justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit

one's case should not be curtailed absent an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations.

The existence of other exclusionary rules of evidence does not support the contention that such rules are not contrary to the principles of fundamental justice or to our notions of what constitutes a fair trial. These rules are based on the justification that the evidence excluded is likely to do more harm than good to the trial process. They, moreover, admit of a great deal of flexibility, allowing considerable discretion to the trial judge to admit evidence in cases where the value of the evidence outweighs its potential prejudice.

Courts in other jurisdictions have found it necessary to curtail the effect of legislation similar to s. 276 of the *Criminal Code* so as to permit accused persons to present evidence relevant to their defence. This fact reinforces the conclusion that the legislation offends the principles of fundamental justice underlying a fair criminal trial.

The operation of s. 276 permits the infringement of the rights enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In achieving its purpose—the abolition of the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—it overshoots the mark and renders inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial. In exchange for the elimination of the possibility that the judge and jury may draw illegitimate inferences from the evidence, it exacts as a price the real risk that an innocent person may be convicted. The price is too great in relation to the benefit secured, and cannot be tolerated in a society that does not countenance in any form the conviction of the innocent.

Section 276 is not saved under s. 1 of the *Charter*. It addresses a pressing and substantial objective but the rights infringed are not proportionate to the pressing objective. Section 276 is rationally connected to the objective because it helps to exclude unhelpful and potentially misleading evidence of the complainant's prior sexual conduct. It does not, however, impair the right as little as possible. Even assuming that this case, which is criminal and therefore a contest between the state and the accused, might fall into the class where the state is given more latitude in fixing a balance between competing interests, the degree of impairment effected by s. 276 is still not appropriately restrained. The section excludes relevant defence evidence whose value is

pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes.

<sup>a</sup> L'existence d'autres règles d'exclusion de preuve n'appuie pas la prétention que ces règles ne sont pas contraires aux principes de justice fondamentale ni à notre conception du procès équitable. La justification de ces règles est que la preuve exclue est susceptible <sup>b</sup> d'avoir sur le procès un effet plus préjudiciable que salutaire. Par ailleurs, ces règles sont devenues très souples, de sorte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire important lorsqu'il s'agit d'admettre des éléments de preuve dont la valeur probante l'emporte <sup>c</sup> sur le préjudice possible.

Les tribunaux d'autres ressorts ont jugé nécessaire d'atténuer l'effet de dispositions semblables à l'art. 276 du *Code criminel* pour que l'accusé puisse présenter des <sup>d</sup> preuves pertinentes à l'appui de sa défense. Ce fait renforce la conclusion que les dispositions contreviennent aux principes de justice fondamentale qui sont à la base d'un procès criminel équitable.

L'article 276 permet de porter atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Pour atteindre son but, c'est-à-dire abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui <sup>f</sup> peuvent être essentiels à la présentation d'une défense légitime et, partant, à la tenue d'un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d'inférence illégitime à partir de la preuve, l'art. 276 exige que l'on <sup>g</sup> coure le risque réel de voir condamner un innocent. C'est payer trop chèrement l'avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n'approuve aucunement la condamnation d'un innocent.

L'article 276 n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais la violation des droits n'est pas proportionnée à l'objectif se rapportant à une préoccupation urgente. L'article 276 a un lien rationnel avec l'objectif car il permet d'exclure des éléments de preuve <sup>h</sup> inutiles, voire même trompeurs, concernant le comportement sexuel du plaignant. Toutefois, l'article n'est pas de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. À supposer que la présente affaire, bien que de nature criminelle et opposant comme telle le ministère public et l'accusé, puisse se classer dans la catégorie dans laquelle l'État bénéficie d'une plus grande marge de manœuvre pour trouver le point d'équilibre entre des

not clearly outweighed by the danger it presents and is therefore overbroad. Finally, there is no balance between the objective and the injurious effect of the legislation. A provision which rules out probative defence evidence which is not clearly outweighed by the prejudice it may cause to the trial strikes the wrong balance between the rights of complainants and the rights of the accused. The line must be drawn short of the point where it results in an unfair trial and the possible conviction of an innocent person.

The doctrine of constitutional exemption should not be applied here. The exemption, while perhaps saving the law in one sense, dramatically alters it in another. Applying this doctrine would not achieve the end of substantially upholding the law which Parliament enacted. It would import the discretion of the trial judge, which was an element that the legislature specifically chose to exclude from the provision. The will of the legislature would become even more obscured with the addition of a host of judge-made procedures which have been proposed to effect this judicial amendment to the legislation. The result, too, will set up a regime based on discretion and common law notions of relevancy, which is precisely what striking down would do. Finally, this solution would delegate to the trial judge the task of determining when the legislation should not be applied. This result has the effect of placing on the accused the burden of showing that the decision to exclude evidence is unconstitutional.

Striking down s. 276 does not revive the old common law rules of evidence which permitted evidence of sexual conduct and condoned invalid inferences from it. These rules, like other common law rules of evidence, must be adapted to conform to current reality. Evidence of sexual conduct and reputation in itself cannot be regarded as logically probative of either the complainant's credibility or consent. The twin myths which s. 276 sought to eradicate have no place in a rational and just system of law.

The inquiry as to what the law is, in the absence of s. 276 of the *Code*, must be considered in light of the fun-

intérêts opposés, le degré de violation que comporte l'art. 276 n'est pas suffisamment restreint. Cet article ne permet pas à la défense de présenter une preuve pertinente dont la valeur n'est pas clairement surpassée par son effet préjudiciable et a donc une portée trop large. Il n'existe pas d'équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable de la loi. Une disposition qui écarte une preuve de la défense, dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir sur le procès, ne permet pas d'accorder le même poids aux droits des plaignants et à ceux des accusés. Il faut fixer la limite de façon à empêcher la tenue d'un procès inéquitable et la condamnation possible d'une personne innocente.

La doctrine de l'exemption constitutionnelle ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. Bien que l'exemption permette peut-être de sauvegarder la loi dans un sens, elle la modifie sensiblement dans un autre. L'application de la doctrine ne permettrait pas d'atteindre le but visé, c'est-à-dire de confirmer en grande partie la disposition législative adoptée par le Parlement. Elle incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On perd encore davantage de vue l'intention du législateur si l'on ajoute à ceci les nombreuses procédures proposées par les tribunaux pour procéder à la modification du texte législatif. Le résultat serait l'établissement d'un régime fondé sur le pouvoir discrétionnaire et sur les notions de pertinence reconnues en common law, essentiellement le même résultat que si le tribunal déclarait la disposition inopérante. Enfin, cette solution déléguerait au juge du procès la tâche de déterminer quand la disposition en question ne devrait pas être appliquée. L'application de cette doctrine imposerait aussi à l'accusé le fardeau d'établir que la décision d'exclure une preuve est inconstitutionnelle.

L'annulation de l'art. 276 ne rétablit pas les anciennes règles de common law qui permettaient la preuve d'actes de conduite sexuelle et toléraient les inférences invalides susceptibles d'en être tirées. Ces règles, à l'instar des autres règles de preuve en common law, doivent être adaptées à la situation actuelle. La preuve concernant le comportement sexuel et la réputation du plaignant ne peut en soi être considérée comme une preuve logique de la crédibilité ou du consentement du plaignant. Les deux mythes que l'art. 276 cherche à éliminer ne sont vraiment que des mythes et ils ne sauraient exister à l'intérieur d'un système juridique rationnel et juste.

Pour déterminer quelle est la situation juridique en l'absence de l'art. 276 du *Code*, il faut examiner les

damental principles governing the trial process and the reception of evidence. Legitimate uses should be preserved and illegitimate uses abolished. The approach of a general exclusion supplemented by categories of exceptions is bound to fail because of the impossibility of predicting in advance what evidence may be relevant in a particular case. Trial judges are not free to act on whim.

The following principles apply:

1. On a trial for a sexual offence, evidence that the complainant has engaged in consensual sexual conduct on other occasions (including past sexual conduct with the accused) is not admissible solely to support the inference that the complainant is by reason of such conduct (a) more likely to have consented to the sexual conduct at issue in the trial; or (b) less worthy of belief as a witness.

2. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the complainant may be admissible for purposes other than an inference relating to the consent or credibility of the complainant where it possesses probative value on an issue in the trial and where that probative value is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence.

3. Before evidence of consensual sexual conduct on the part of a victim is received, it must be established on a *voir dire* (which may be held *in camera*) by affidavit or the testimony of the accused or third parties that the proposed use of the evidence of other sexual conduct is legitimate.

4. Where evidence that the complainant has engaged in sexual conduct on other occasions is admitted on a jury trial, the judge should warn the jury against inferring from the evidence of the conduct itself, either that the complainant might have consented to the act alleged, or that the complainant is less worthy of credit.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not confer jurisdiction on a tribunal to determine whether a law is constitutional. That jurisdiction must be found in the legislation which defines the powers of the body. The jurisdiction of a judge on a preliminary hearing is conferred exclusively by Part XVIII of the *Criminal Code*. A justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a "court of competent jurisdiction" under that section. The *Criminal Code* gives the magistrate no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or

principes fondamentaux régissant le procès et l'utilisation de la preuve. Les utilisations légitimes devraient être maintenues et les utilisations irrégulières abolies. Une interdiction générale assortie d'exceptions est vouée à l'échec à cause de l'impossibilité de prédire quelles seront les preuves pertinentes dans un cas donné. Les juges du procès ne peuvent agir à la légère.

Les principes suivants s'appliquent:

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait: a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès; b) moins digne de foi comme témoin.

2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un *voir-dire* (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.

4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve de ces rapports sexuels que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne confère pas à un tribunal le pouvoir de déterminer si une disposition législative est constitutionnelle. Cette compétence doit être attribuée dans la loi habilitante. C'est la partie XVIII du *Code criminel* qui précise la compétence du juge chargé d'une enquête préliminaire. Un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas «un tribunal compétent» au sens de l'art. 24 de la *Charte* et n'est donc pas habilité à accorder une réparation en vertu de cet article. Le *Code criminel* ne lui confère pas la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Les juges chargés de l'en-

denied. The preliminary inquiry judges therefore did not have power to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*.

It was unnecessary to consider whether the refusal of the preliminary inquiry judges to determine the constitutional question was an error of jurisdiction so as to be reviewable.

The right to appeal from the rulings of preliminary inquiry judges is restricted to questions of loss or excess of jurisdiction. *Charter* violations do not give rise to jurisdictional errors. In criminal cases, *Charter* review will generally take place at the trial stage. The only exception to this rule would appear to be cases where no other remedy, existing or prospective, lies for a wrong under the *Charter*.

Appeals from rulings on preliminary inquiries are to be discouraged. While the law must afford a remedy where one is needed, the remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises, namely the trial. Such restraint will prevent a plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them. It will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting in part): Sexual assault is not like any other crime. It is for the most part unreported and the prosecution and conviction rates are among the lowest for all violent crimes. These statistics indicate that prejudicial beliefs may distort our perception of what actually happens. Rape myths still present formidable obstacles for complainants in their dealings with the very system charged with discovering the truth. From the making of the initial complaint down to the determination of the issue at trial, stereotype and mythology are at work, lowering the number of reported cases, influencing police decisions to pursue the case, thereby decreasing the rates of arrest, and finally distorting the issues at trial and, necessarily, the results.

Parliament intervened on two notable occasions. First, it repealed s. 142 of the *Code* and enacted a provision designed to alleviate some of the problems caused by the virtually unrestricted inquiry into a complainant's previous sexual history allowed at common law. Judicial interpretation of the section thwarted any benefit

quête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'avaient pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*.

Il est inutile d'examiner si le refus par les juges chargés de l'enquête préliminaire de trancher la question constitutionnelle constituait une erreur de compétence donnant lieu à révision.

En ce qui concerne les décisions des juges chargés de l'enquête préliminaire, seules les questions de perte ou d'excès de compétence peuvent donner lieu à un appel. Les violations de la *Charte* ne suffisent pas en soi à faire naître une erreur de compétence. En règle générale, en matière criminelle, l'examen fondé sur la *Charte* se fera à l'étape du procès. La seule exception à cette règle semble être le cas où il n'y a aucune autre réparation, existante ou possible, applicable à la violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Il faut décourager les appels de décisions rendues à l'enquête préliminaire. Bien que la loi doive offrir une réparation quand il en faut une, cette réparation devrait en général être accordée dans le contexte de la procédure habituelle, savoir le procès. Cette restriction évitera qu'il y ait une pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement. Les tribunaux chargés de l'examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu'ils disposeront d'un tableau plus complet de la preuve et de l'affaire.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents en partie): L'agression sexuelle est différente d'un autre crime. Ces crimes sont en grande partie non rapportés et les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité sont parmi les moins élevés de tous les crimes violents. L'analyse révèle également quelque chose sur l'éclat que les préjugés peuvent jeter sur ce qui se passe réellement. Les mythes entourant le viol présentent encore des obstacles considérables pour les plaignantes dans leurs rapports avec le système même qui a pour mission de découvrir la vérité. Depuis le dépôt de la plainte initiale jusqu'au jugement rendu au procès, les stéréotypes et les mythes ont une grande influence en ce qu'ils contribuent à réduire le nombre de plaintes, à influencer la police dans ses décisions de donner suite à une plainte, diminuant ainsi le taux d'arrestation, et enfin à dénaturer les questions en litige et, forcément, les résultats.

Le législateur fédéral est intervenu à deux reprises de façon notable. Premièrement, il a abrogé l'art. 142 du *Code* et adopté une disposition destinée à atténuer certains des problèmes causés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel antérieur de la plaignante, autorisé par la common law. L'interprétation

that might have accrued to the complainant. In fact, the provision, as judicially interpreted, provided less protection to the complainant than that offered at common law. Second, a sweeping reform was introduced in 1982 for the protection of the integrity of the person, the protection of children and special groups, the safeguarding of public decency, and the elimination of sexual discrimination. Sections 246.6 and 246.7 (now ss. 276 and 277) under scrutiny here were enacted as part of that reform.

The concept of relevance has been imbued with stereotypical notions of female complainants and sexual assault. This is plain from the common law which held that evidence of "unchasteness" was relevant to both consent and credibility. Any connection between the evidence sought to be adduced and the fact or matter of which it was supposedly probative must be bridged by stereotype (that "unchaste" women lie and "unchaste" women consent indiscriminately) in order to make sense.

Any relevancy decision is particularly vulnerable to the application of private beliefs whether the test be one of experience, common sense or logic. Generally the determination of what is relevant will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. This area of the law has been particularly prone to the use of stereotype in determinations of relevance and again this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large extent, holds these beliefs. Recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law.

It is contradictory to conclude that "truth" has been found if only stereotype renders a determination of relevancy understandable. And it is perverse to suggest that an objective application of the law of evidence mandates the admission of evidence which exhibits "rank prejudice". The examination of, and responsibility for, individual decision making is excluded. The application of "logic" and "common sense" may, in any given case, show "rank prejudice".

The irrelevance of most evidence of prior sexual history is clear once the mythical basis of relevancy deter-

donnée à cet article par les tribunaux a contrecarré les avantages qu'il aurait pu entraîner pour les plaignantes. En fait, selon cette interprétation, cette disposition offrait à la plaignante moins de protection que la common law. Deuxièmement, une réforme importante a vu le jour en 1982 visant à assurer la protection de l'intégrité de la personne, la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes, la défense des bonnes mœurs et l'élimination de la discrimination sexuelle. Les articles 246.6 et 246.7 (maintenant les art. 276 et 277) analysés ici ont été adoptés dans le cadre de cette réforme.

Le concept de pertinence a été imprégné de notions stéréotypées concernant les plaignantes et l'agression sexuelle. Ce fait ressort clairement de la common law qui reconnaissait que la preuve des «mœurs faciles» était pertinente à la fois au consentement et à la crédibilité. Tout lien entre la preuve que l'on cherchait à présenter et le fait ou la question dont la preuve était supposée établir la véracité devait reposer sur un stéréotype (savoir que les femmes «de mœurs faciles» mentent et qu'elles consentent aveuglément aux rapports sexuels) pour avoir du sens.

Toute décision quant à la pertinence est particulièrement perméable aux préjugés, quelle qu'en soit la définition, qu'elle soit fondée sur l'expérience, le bon sens ou la logique. La détermination de la pertinence ne posera généralement pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. On a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. La reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit.

Il est contradictoire de conclure que la «vérité» a été découverte si la seule chose qui rend la détermination de la pertinence compréhensible est le stéréotype sous-jacent. Il est inopportun d'affirmer qu'une application objective du droit de la preuve exige l'admission de preuves qui démontrent l'existence d'un «préjudice lié au rang». On exclut l'examen et la responsabilité de la prise de décision individuelle. L'application de la «logique» et du «bon sens» peut, dans un cas donné, faire montre d'un «préjudice lié au rang».

La non-pertinence d'une grande partie de la preuve portant sur le comportement sexuel antérieur est évi-

minations in this area of the law is revealed. Nevertheless, Parliament has provided broad avenues for its admissibility in setting out exceptions to the general rule in s. 276. Moreover, all evidence of the complainant's previous sexual history with the accused is *prima facie* admissible under those provisions. Evidence that is excluded by these provisions is simply irrelevant in a decision-making context free of myth and stereotype.

The exclusion of "pattern" evidence and "habit" evidence is not unconstitutional; the mythical basis of these arguments denies their relevance. "Pattern of conduct evidence" usually occurs where the complainant has had consensual sexual relations in circumstances that look much like those supporting the assault allegation. Such evidence is almost invariably irrelevant. It is highly prejudicial to the integrity and fairness of the trial process and, in any event, is nothing more than a prohibited propensity argument. Arguments in its favour depend for their vitality on the notion that women consent to sex based upon such extraneous considerations as the location of the act, the race, age or profession of the alleged assaulter and/or considerations of the nature of the sexual act engaged in. Consent is to a person and not to a circumstance; the use of the words "pattern" and "similar fact" deny this reality. Such arguments are implicitly based upon the notion that women will, in the right circumstances, consent to anyone and, more fundamentally, that "unchaste" women have a propensity to consent.

Evidence characterized as habitual, as being more specific than character and as denoting one's regular response to a repeated situation, too, is inadmissible. Adopting such an argument here would lend support to the stereotypical proposition that "unchaste" women have a propensity to consent. No analogy can be drawn between this behaviour and volitional sexual conduct.

The relevance of evidence of mistaken belief in consent in some cases does not conclusively demonstrate the infirmity of the provision. No relevant evidence regarding the defence of honest but mistaken belief in consent is excluded by the legislation under attack here. Assuming that both the trier of fact and the trier of law

dente lorsque l'on a établi que la détermination de la pertinence dans ce domaine du droit est fondée sur des mythes. Néanmoins, le législateur a laissé ouvertes de larges avenues où cette preuve sera admissible en édictant à l'art. 276 des exceptions à la règle générale. Du reste, toute la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec l'accusé est *prima facie* admissible aux termes de ces dispositions. Les preuves qui sont exclues par ces dispositions sont simplement non pertinentes dans un contexte de prise de décision non fondée sur les mythes et les stéréotypes.

L'exclusion de la preuve sur le «mode de comportement» n'est pas inconstitutionnelle; puisque ces arguments reposent sur l'existence de mythes, ils ne sauraient être pertinents. La «preuve d'un mode de comportement» se présente habituellement lorsque la plaignante a consenti à des rapports sexuels dans des circonstances qui ressemblent beaucoup à celles entourant la perpétration de l'agression alléguée. Cette preuve est presque toujours non pertinente. Elle porte un préjudice considérable à l'intégrité et à l'équité du procès et, de toute façon, ne constitue rien de plus qu'un argument interdit quant à la propension d'une personne. La force de ces arguments est liée à la notion que les femmes consentent à avoir des rapports sexuels, selon des considérations accessoires comme l'endroit, la race, l'âge ou la profession du prétendu agresseur ou d'autres éléments comme la nature de l'acte sexuel. Le consentement se rattache à la personne et non à une circonstance; l'utilisation des expressions «mode de comportement» ou «faits similaires» ne tient pas compte de cette réalité. Ces arguments se fondent implicitement sur la notion que des femmes, dans les circonstances appropriées, donneront leur consentement à quiconque et, plus fondamentalement, que les femmes de «mœurs faciles» auront une propension à consentir.

La preuve caractérisée comme un comportement habituel, étant plus spécifique que la moralité et dénotant une réponse habituelle à une situation répétée, est également inadmissible. L'adoption de cet argument dans le présent contexte viendrait appuyer la proposition fondée sur le stéréotype que les femmes de «mœurs faciles» ont une propension à consentir. Il est impossible d'établir une analogie entre ce comportement et un comportement sexuel dépendant de la volonté.

La preuve d'une croyance erronée au consentement ne démontre pas de façon concluante la faiblesse de cette disposition. La disposition contestée en l'espèce n'entraîne pas l'exclusion d'une preuve pertinente relative à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. En supposant que le juge des faits et le

are operating in an intellectual environment that is free of rape myth and stereotype about women, any evidence excluded by this subsection would not satisfy the "air of reality" that must accompany this defence nor would it provide reasonable grounds for the jury to consider in assessing whether the belief was honestly held. The structure of the exception set out in s. 276(1)(c) is thus not offensive to the defence of honest belief.

Evidence of prior acts of prostitution or allegations of prostitution are properly excluded by the provision. This evidence is never relevant and, moreover, is highly prejudicial. A prostitute is not generally more willing to consent to sexual intercourse and is no less credible as a witness because of that mode of life. There is no understandable reason for asking complainants in sexual assault cases if they are prostitutes.

Refutation of stereotype strikes at the heart of the argument that s. 276 does not allow evidence going to show motive to fabricate or bias. Clearly, most such alleged motives or bias will not be grounded in the complainant's past sexual history. Moreover, much of this evidence depends for its relevance on certain stereotypical visions of women—that women lie about sexual assault and that women who allege sexual assault often do so in order to get back in the good graces of those who may have their sexual conduct under scrutiny. Evidence that a complainant has made prior false allegations of sexual assault is admissible under the existing provision, however, because this evidence does not involve the admission of her previous sexual history.

The evidence excluded by s. 276 is simply irrelevant because it is based upon discriminatory beliefs about women and sexual assault. This provision provides wide avenues for the introduction of sexual history evidence that is relevant. Paradoxically, some of the exceptions may be cast overly broadly with the unfortunate result that a large body of evidence may still be improperly admitted on the basis of specious relevancy claims. Even if relevant sexual history evidence is excluded, such exclusion is proper because of its extremely prejudicial effect on the trial of the legal issues. The trial judge has a long-recognized discretion to exclude otherwise relevant evidence. Hence, a determination that something is relevant does not answer the further question whether, regardless of its relevance, there exists

le juge du droit œuvrent à l'intérieur d'un environnement intellectuel libre de tout mythe entourant le viol et de tout stéréotype sur les femmes, les éléments de preuve exclus par ce paragraphe ne satisferaient pas au critère de l'«apparence de vraisemblance» qui doit accompagner cette défense et ne seraient pas assortis de motifs raisonnables que le jury pourrait prendre en considération dans la détermination de la sincérité de la croyance. La structure de l'exception prévue à l'al. 276(1)c) n'écarte donc pas la possibilité d'invoquer cette défense.

La disposition exclut avec raison toute preuve d'actes antérieurs de prostitution ou d'allégations de prostitution. Cette preuve n'est jamais pertinente et, en plus, est très préjudiciable. Une prostituée ne consent pas plus facilement à avoir des rapports sexuels et n'est pas un témoin moins digne de foi à cause de son mode de vie. Il n'existe aucun motif compréhensible pour lequel on demande aux plaignantes, dans les affaires d'agression sexuelle, si elles sont des prostituées.

La réfutation des stéréotypes porte atteinte au fond même de l'argument que l'art. 276 ne permet pas de présenter des preuves établissant l'existence d'un motif de fabrication ou d'un préjugé. De toute évidence, la plupart de ces prétendus motifs ou préjugés ne trouveront pas leur fondement dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Par ailleurs, la pertinence de la plupart de ces éléments de preuve repose sur certaines visions stéréotypées des femmes, savoir qu'elles mentent au sujet d'une agression sexuelle et qu'elles allèguent souvent la perpétration d'une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel. Toutefois, la preuve qu'une plaignante a déjà fait de fausses allégations d'agression sexuelle est admissible en vertu de la disposition existante car elle ne comporte pas l'admission de son comportement sexuel antérieur.

La preuve qui est exclue par la disposition est simplement non pertinente parce qu'elle est fondée sur des croyances discriminatoires sur les femmes et l'agression sexuelle. Cette disposition offre de grandes possibilités de présenter une preuve de comportement sexuel qui soit pertinente. Paradoxalement, certaines des exceptions peuvent être libellées en termes trop larges, ce qui entraîne le résultat malheureux qu'un grand nombre de preuves pourraient bien être admises à tort sur la base d'allégations spécieuses de pertinence. Même si une preuve pertinente sur le comportement sexuel est exclue, cette exclusion est appropriée compte tenu de l'effet extrêmement préjudiciable de cette preuve sur le déroulement du procès concernant les questions juridiques. Le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire



some rule or policy consideration that nevertheless mandates exclusion of the proffered evidence.

Relevant evidence may be excluded for many reasons and such exclusions play a significant and important role in the traditional law of evidence. Some evidence is excluded in order to protect values that our society holds dear. Other evidence may be excluded because of its inherent unreliability. As well, evidence will be excluded if it distorts rather than enhances the search for truth. The exclusion of evidence of sexual history, rather than negatively affecting decisions of guilt and innocence, rationalizes such determinations. Evidence of sexual history transforms the guilt or innocence determination into an assessment of whether or not the complainant should be protected by the law of sexual assault.

Neither "fairness" nor "the principles of fundamental justice" mandate the constitutional invalidity of s. 276. Rather, in order to achieve fairness and to conduct trials in accordance with fundamental tenets of criminal law, this provision must be upheld in all of its vigour.

An accused does not have a constitutional right to adduce irrelevant evidence. Accordingly, to the extent that much, if not all, of the evidence excluded by s. 276 is irrelevant, there is no constitutional issue. An accused, furthermore, does not have the right under the *Charter*, whether under the rubric of a right to a fair trial or the right to make full answer and defence, to adduce evidence that prejudices and distorts the fact-finding process at trial. Notions of a "fair trial" and "full answer and defence" do not recognize a right in the accused to adduce any evidence that may lead to an acquittal. Such propositions cast ss. 7 and 11(d) in an extremely narrow fashion and deny meaningful content to notions of "fairness" and "principles of fundamental justice".

Because it excludes only irrelevant or prejudicial evidence, s. 276 passes constitutional muster. The accused, on any meaningful and purposive interpretation of the rights involved, has no right to adduce such evidence. Rather than making the ordinary rules of evidence inap-

reconnu depuis longtemps d'exclure une preuve normalement pertinente. Par conséquent, la détermination qu'une preuve est pertinente ne permet pas de répondre à l'autre question, soit s'il existe, quelle que soit la pertinence de la preuve, une règle ou une considération de principe qui, néanmoins, exige l'exclusion de la preuve présentée.

Il existe de nombreux motifs pour lesquels une preuve pertinente peut être exclue, et ces exclusions jouent un rôle significatif et important dans l'application des règles traditionnelles en matière de preuve. Certaines preuves sont exclues pour la protection de valeurs qui sont chères à notre société. D'autres peuvent l'être parce qu'elles sont peu fiables en soi. D'autres enfin le seront si elles dénaturent la recherche de la vérité au lieu de la favoriser. Plutôt que d'avoir une incidence négative sur la culpabilité et l'innocence, l'exclusion de la preuve d'un comportement sexuel rationalise ce genre de détermination. La détermination de la culpabilité ou de l'innocence est transformée en une évaluation visant à déterminer si la plaignante devrait bénéficier de la protection des dispositions relatives à l'agression sexuelle.

Ni la notion d'«équité» ni les «principes de justice fondamentale» ne justifient de déclarer inconstitutionnel l'art. 276. Il faut plutôt confirmer cette disposition dans toute sa vigueur pour réaliser l'équité et assurer le déroulement des procès conformément aux préceptes fondamentaux du droit pénal.

L'accusé n'a pas le droit constitutionnel de présenter une preuve non pertinente et dans la mesure où la majeure partie, sinon la totalité, de la preuve exclue par la disposition contestée en l'espèce n'est pas pertinente, il n'y a pas de question constitutionnelle. Par ailleurs, un accusé n'a pas non plus le droit en vertu de la *Charte*, que ce soit en invoquant le droit à un procès équitable ou le droit à une défense pleine et entière, de présenter une preuve qui entrave et dénature l'appréciation des faits au procès. Les notions de «procès équitable» ou de «défense pleine et entière» ne reconnaissent pas non plus à l'accusé un droit de présenter toute preuve qui pourrait donner lieu à un acquittement. De telles propositions confèrent à l'art. 7 et à l'al. 11(d) une interprétation très restrictive et enlèvent un contenu significatif aux notions d'«équité» et de «principes de justice fondamentale».

Puisque l'art. 276 exclut seulement la preuve non pertinente ou préjudiciable, il est acceptable du point de vue constitutionnel. Dans le cadre de toute interprétation significative et fondée sur l'objet des droits en question, l'accusé n'a pas le droit de présenter cette preuve. Plutôt

plicable and putting an accused charged with sexual assault in a separate and worse position than persons charged with other serious crimes, the provision ensures that the ordinary rules of evidence are applied. Parliament has excluded no evidence that is not properly excluded both at common law and under the *Charter*.

Sections 7 and 11(d) of the *Charter* protect not only the accused but other interests as well. The exact nature of the other interests involved depends upon the nature and aspect of the right considered. The complainant, and indeed the community at large, have an interest in the reporting and prosecution of sexual offences. They also have a legitimate interest in ensuring that trials of such matters are conducted in a fashion that does not subordinate the fact-finding process to myth and stereotype. However, a discussion of the community or group interests involved is not strictly necessary as the competing interest in this case, that of ensuring that trials and thus verdicts are based on fact and not on stereotype and myth, is not one belonging solely to any group or community but rather is an interest which adheres to the system itself; it maintains the integrity and legitimacy of the trial process. This interest is so closely intertwined with the interests of complainants and of the community that the distinction may be unimportant in reality.

The recognition of the accused's unfettered right to adduce all relevant evidence seriously misconstrues the phrase "principles of fundamental justice". Clearly, these principles have developed with an eye to values and interests beyond those of the accused, and thus such values and interests are pertinent in constitutional inquiries. The argument that an accused is prevented from adducing all relevant evidence going to innocence has little weight in this inquiry and must give way to other considerations. Sexual history evidence excluded by the provision is either irrelevant or so prejudicial that its minimal probative value is overwhelmed by its distorting effect on the trial process. It operates as a catalyst for the invocation of stereotype about women and about rape.

The *Code* provision, even if found to be unconstitutional in its effect, is justified under s. 1 of the *Charter*.

que de rendre inapplicables les règles de preuve ordinaires et de mettre la personne inculpée d'une agression sexuelle dans une situation distincte et pire que celle d'une personne accusée d'autres crimes graves, l'article vise à assurer l'application des règles de preuve ordinaires. Le législateur n'a écarté aucune preuve qui ne l'avait pas déjà été à juste titre par la common law et la *Charte*.

L'article 7 et l'al. 11d) protègent non seulement l'intérêt de l'accusé mais aussi d'autres intérêts. La nature exacte des autres intérêts concernés dépend de la nature et de l'aspect du droit visé. Les plaignantes, d'ailleurs l'ensemble de la collectivité, ont un intérêt dans le dépôt des plaintes et dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel. Elles ont également un intérêt légitime à ce que les procès dans ce domaine se déroulent d'une façon qui ne subordonne pas l'appréciation des faits à des mythes et à des stéréotypes. Toutefois, il n'est pas strictement nécessaire de procéder à un examen des intérêts ici en jeu de la collectivité ou de groupes puisqu'il est clair que l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que les procès et donc les verdicts soient fondés sur des faits et non sur des stéréotypes et des mythes, n'appartient pas seulement à un groupe ou à une collectivité, mais qu'il constitue un intérêt inhérent au système; il maintient l'intégrité et la légitimité du déroulement des procès. Cet intérêt se rapproche si étroitement des intérêts des plaignants et de la collectivité que la distinction pourrait bien ne pas être importante en réalité.

La reconnaissance d'un droit absolu de l'accusé de présenter tout élément de preuve pertinent, constitue une interprétation sérieusement défectueuse de l'expression «principes de justice fondamentale». Il est évident que l'évolution de ces principes s'est faite en fonction de valeurs et d'intérêts qui vont au-delà de ceux de l'accusé et ces valeurs et intérêts sont donc pertinents dans le cadre de toute analyse constitutionnelle. L'argument selon lequel un accusé ne peut présenter toutes les preuves pertinentes servant à établir son innocence n'a que peu de valeur dans la présente analyse et doit céder le pas à d'autres considérations. La preuve sur le comportement sexuel antérieur exclue par la disposition est soit non pertinente soit tellement préjudiciable que son effet dénaturant l'emporte sur sa valeur probante minimale sur le déroulement du procès. Cette preuve sert de catalyseur pour invoquer des stéréotypes au sujet des femmes et du viol.

La disposition du *Code*, même si elle est déclarée inconstitutionnelle de par son effet, est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

By enacting this provision, Parliament sought to minimize sexual discrimination in the trials of sexual offences through the elimination of irrelevant and/or prejudicial sexual history evidence. A further legislative goal, intimately linked to the first, was to encourage women to report their victimization. The importance of Parliament's objectives in the reform of the law of sexual assault is amplified by the nature of the harm done and by the fact that its legislative effort gives voice to values that are paramount in a free and democratic society.

The measures were proportional. The effort on the part of Parliament to exclude sexual history evidence at trial, evidence which is largely irrelevant and biased, is rationally connected to the stated objectives of ridding the law in this area of discriminatory beliefs and of encouraging increased reporting of such offences.

The measures impair the rights of the accused as little as possible. Parliament weighed the claims of different groups and attempted to balance their concerns. The courts are not better situated than or even as well situated as Parliament to determine whether the "least drastic means" have been chosen. The appropriate standard of review at this stage of the proportionality inquiry is one of reasonableness—whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislative solution they chose impaired rights as little as possible given the government's pressing and substantial objective. The legislative choice was, at a minimum, reasonable.

The nature of the problem facing Parliament did not admit of a solution through the exercise of discretion of trial judges. That discretion saturated the law in this area with stereotype and society is still not rid of such beliefs. Discretionary decision making in this area is absolutely antithetical to the achievement of government's pressing and substantial objectives.

Lastly, the effects of the measures were not so deleterious as to outweigh the importance of the objective. The exclusion of largely irrelevant and highly prejudicial sexual history evidence does not significantly trench upon an accused's right to a fair trial or an

Le législateur visait à supprimer la discrimination sexuelle dans les procès pour infraction d'ordre sexuel par l'élimination des preuves non pertinentes ou préjudiciables, ou les deux, concernant le comportement sexuel antérieur. Un autre objectif législatif, étroitement lié au premier, est d'inciter les femmes à signaler les agressions dont elles sont victimes. L'importance des objectifs du Parlement dans le cadre de la réforme des dispositions législatives en matière d'agression sexuelle est amplifiée par la nature du préjudice causé et par le fait que les efforts du législateur ont permis de faire ressortir les valeurs qui sont importantes à l'intérieur d'une société libre et démocratique.

Les mesures sont proportionnées. Les efforts déployés par le Parlement pour exclure, lors du procès, la preuve sur le comportement sexuel, preuve qui est en grande partie non pertinente et néanmoins partielle, ont un lien rationnel avec les objectifs mentionnés visant à faire disparaître du droit dans ce domaine les croyances discriminatoires et à inciter au dépôt de plaintes relativement à ces infractions.

Les mesures portent atteinte le moins possible aux droits de l'accusé. Le législateur a tenu compte des revendications de divers groupes et il a tenté d'établir un équilibre qui correspondait le mieux aux divers intérêts en jeu. Les tribunaux ne sont pas en meilleure position ni même dans une position aussi avantageuse que le Parlement pour déterminer si les «moyens les moins radicaux» ont été choisis. Le critère approprié d'examen à cette étape de l'analyse de la proportionnalité doit donc être celui du caractère raisonnable, savoir si le gouvernement avait un fondement raisonnable pour conclure que la solution législative choisie portait le moins possible atteinte au droit en question compte tenu d'un besoin urgent et réel. Le choix retenu par le législateur se situe, tout au moins, dans les limites du raisonnable.

La nature du problème avec lequel se trouvait aux prises le législateur fédéral ne permettait pas une solution prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du procès. C'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement.

Enfin, les effets préjudiciables de la mesure ne sont pas trop importants par rapport à l'objectif. L'exclusion d'une preuve sur le comportement sexuel qui est en grande partie non pertinente et qui est hautement préjudiciable n'empiète pas de manière importante sur le

accused's right to make full answer and defence. The provision still permits the accused wide avenues of admissibility to adduce evidence of sexual history which is relevant and sufficiently probative that its admission is not outweighed by its discriminatory effect.

Although it is not necessary to consider the doctrine of constitutional exception, the same rationales which make the doctrine inapplicable highlight the infirmity of the guidelines suggested by the majority.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Followed:** *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; **referred to:** *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931); *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976); *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (1989); *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (1983); *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (1978); *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (1976); *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119; *State v. Pulizzano*, 456 N.W.2d 325 (1990); *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (1985); *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (1990); *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (1985); *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (1983); *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (1983); *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (1988); *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (1983); *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Doug-*

droit de l'accusé à un procès équitable ou sur son droit à une défense pleine et entière. La disposition en question permet de bien d'autres façons à l'accusé de présenter des preuves sur le comportement sexuel qui sont pertinentes et suffisamment probantes pour que leur effet discriminatoire n'en écarte pas l'admission.

Il est inutile d'examiner l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle; toutefois, les mêmes justifications qui rendent la doctrine inapplicable font ressortir les lacunes des lignes directrices proposées par la Cour à la majorité.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt suivi:** *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; **arrêts mentionnés:** *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931); *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976); *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (1989); *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (1983); *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (1978); *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (1976); *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119; *State v. Pulizzano*, 456 N.W.2d 325 (1990); *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (1985); *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (1990); *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (1985); *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (1983); *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (1983); *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (1988); *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (1983); *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Mills c. La Reine*, [1986]

*las College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268.

1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

<sup>a</sup> Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 S.C.R. 117; *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687; *R. v. Konkin*, [1983] 1 S.C.R. 388; *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511; *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1977] 2 S.C.R. vii; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 R.C.S. 117; *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687; *R. c. Konkin*, [1983] 1 R.C.S. 388; *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511; *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227, autorisation de pourvoi refusée, [1977] 2 R.C.S. vii; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), 15, 24(1), 28.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.

### Lois et règlements cités

<sup>i</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), 15, 24(1), 28.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], art. 139(1), 142, 246.4, 246.5, 246.6, 246.7, 246.8.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], ss. 139(1), 142, 246.4, 246.5, 246.6, 246.7, 246.8.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

*Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8.

*Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

### Authors Cited

Adler, Zsuzsanna. "The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation", [1985] *Crim. L.R.* 769.

Backhouse, Constance and Lorna Schoenroth, "A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law" (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48.

Berger, Vivian. "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1.

Borgida, Eugene and Phyllis White. "Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform" (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339.

Boyle, Christine. "Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253.

Boyle, Christine, L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.

Brickman, Julie and John Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195.

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1984.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 77, April 22, 1982.

Canada. Law Reform Commission. *Corroboration: A Study Paper Prepared by the Law of Evidence Project*. Ottawa, 1975.

Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime*, 1985.

Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes*, 1984.

Catton, Katherine. "Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused" (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165.

Check, James V. P. and Neil M. Malamuth. "Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape" (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344.

Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. *Rape: The Price of Coercive Sexuality*. Toronto: Women's Press, 1977.

### Doctrine citée

Adler, Zsuzsanna. «The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation», [1985] *Crim. L.R.* 769.

Backhouse, Constance and Lorna Schoenroth, «A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law» (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48.

Berger, Vivian. «Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom» (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1.

Borgida, Eugene and Phyllis White. «Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform» (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339.

Boyle, Christine. «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253.

Boyle, Christine, L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.

Brickman, Julie and John Briere, «Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population» (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule n° 77, le 22 avril 1982.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. *Corroboration: Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve*. Ottawa, 1975.

Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et crimes non signalés*, 1984.

Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Les femmes victimes d'actes criminels*, 1985.

Catton, Katherine. «Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused» (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165.

Check, James V. P. and Neil M. Malamuth. «Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape» (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344.

- Clark, Lorene M. G. and Debra J. Lewis. *A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished).
- Cross, Rupert, Sir and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Dawson, T. Brettel. "Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance" (1988), 2 *C.J.W.L.* 310.
- Doherty, David H. "Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984), 40 *C.R.* (3d) 55.
- Elliott, D. W. "Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties", [1984] *Crim. L. Rev.* 4.
- Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswells, 1982.
- Feild, Hubert S. and Leigh B. Bienen. *Jurors and Rape*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.
- Galvin, Harriett R. "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763.
- Gordon, Margaret T. and Stephanie Riger. *The Female Fear*. New York: The Free Press, 1989.
- Grant, Yola Althea. "The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal" (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592.
- Haxton, David. "Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence", [1985] *Wis. L. Rev.* 1219.
- Holmstrom, Lynda Lytle and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Hoskins, Jeffrey G. "The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 30th Parl.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: The Law Book Co., 1977.
- Informa Inc. "Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign". Report prepared for the Ontario Women's Directorate, August 1988.
- La Free, Gary D. "Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing" (1980), 58 *Soc. Forces* 833.
- La Free, Gary D., Barbara F. Reskin and Christy A. Visher. "Jurors' Responses to Victims' Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials" (1985), 32 *Soc. Prob.* 389.
- LeGrand, Camille E. "Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law" (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919.
- Clark, Lorene M. G. and Debra J. Lewis. *Rape: The Price of Coercive Sexuality*. Toronto: Women's Press, 1977.
- Clark, Lorene and Debra J. Lewis. *A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished).
- Constitution des États-Unis, Cinquième, Sixième, Quatorzièmement amendements.
- Cross, Rupert, Sir and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Dawson, T. Brettel. «Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance» (1988), 2 *C.J.W.L.* 310.
- Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> Lég.
- Débat de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> Lég.
- Doherty, David H. «Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial» (1984), 40 *C.R.* (3d) 55.
- Elliott, D. W. «Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties», [1984] *Crim. L. Rev.* 4.
- Feild, Hubert S. and Leigh B. Bienen. *Jurors and Rape*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.
- Galvin, Harriett R. «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763.
- Gordon, Margaret T. and Stephanie Riger. *The Female Fear*. New York: The Free Press, 1989.
- Grant, Yola Althea. «The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal» (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592.
- Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *Rapport*. Toronto: Carswells, 1983.
- Haxton, David. «Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence», [1985] *Wis. L. Rev.* 1219.
- Holmstrom, Lynda Lytle and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Hoskins, Jeffrey G. «The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases» (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: The Law Book Co., 1977.
- Informa Inc. «Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign». Report prepared for the Ontario Women's Directorate, August 1988.
- La Free, Gary D. «Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing» (1980), 58 *Soc. Forces* 833.
- La Free, Gary D., Barbara F. Reskin and Christy A. Visher. «Jurors' Responses to Victims' Behavior and

- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By E. W. Cleary. St. Paul: West Pub. Co., 1972.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Ordovery, Abraham P. "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity" (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90.
- Paciocco, David M. "The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119.
- Renner, K. Edward and Suresh Sahjpal, "The New Sexual Assault Law: What Has been Its Effect" (1986), 28 *Can. J. Crim.* 407.
- Schiff, S. *Evidence in the Litigation Process*, 3rd ed., vol. 2. Toronto: Carswells, 1988.
- Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.
- Stanley, Marilyn G. *The Experience of the Rape Victim with the Criminal Justice System Prior to Bill C-127*. Ottawa: Department of Justice, 1985.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Law of Evidence*, 12th ed. By Sir Harry Lushington Stephen and Lewis Frederick Sturge. London: MacMillan and Co., 1946.
- Tanford, J. Alexander and Anthony J. Bocchino. "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544.
- United States Constitution, Fifth, Sixth, Fourteenth Amendments.
- Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 *C.J.W.L.* 233.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Williams, Kristen M. *The Prosecution of Sexual Assaults*. Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.
- Legal Issues in Sexual Assault Trials» (1985), 32 *Soc. Prob.* 389.
- LeGrand, Camille E. «Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law» (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- Marshall, Patricia. «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By E. W. Cleary. St. Paul: West Pub. Co., 1972.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Ordovery, Abraham P. «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90.
- Paciocco, David M. «The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 119.
- Renner, K. Edward and Suresh Sahjpal, «The New Sexual Assault Law: What Has been Its Effect» (1986), 28 *Can. J. Crim.* 407.
- Schiff, S. *Evidence in the Litigation Process*, 3rd ed., vol. 2. Toronto: Carswells, 1988.
- Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 741.
- Stanley, Marilyn G. *Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1985.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Law of Evidence*, 12th ed. By Sir Harry Lushington Stephen and Lewis Frederick Sturge. London: MacMillan and Co., 1946.
- Tanford, J. Alexander and Anthony J. Bocchino. «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544.
- Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987), 2 *C.J.W.L.* 233.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Williams, Kristen M. *The Prosecution of Sexual Assaults*. Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.



APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 61 O.R. (2d) 290, 20 O.A.C. 345, 37 C.C.C. (3d) 53, 58 C.R. (3d) 289, 35 C.R.R. 300, allowing the Crown's appeal from a judgment of Galligan J. quashing appellants' committals for trial on charges of sexual assault. Appeals dismissed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

*Marc Rosenberg and Keith E. Wright*, for the appellant Seaboyer.

*Jan-Paul Waldin and Allan Herman*, for the appellant Gayme.

*Jeff Casey and Rosella Cornaviera*, for the respondent.

*J. E. Thompson, Q.C.*, and *Adelyn L. Bowland*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Ross MacNab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Daniel V. MacDonald*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Elizabeth Shilton and Anne Derrick*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund et al.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—These cases raise the issue of the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly ss. 246.6 and 246.7), commonly known as the "rape-shield" provisions. The provisions restrict the right of the defence on a trial for a sexual offence to cross-examine and lead evidence of a complainant's sexual conduct on other occasions. The question is whether these restrictions offend the guarantees accorded to an

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 61 O.R. (2d) 290, 20 O.A.C. 345, 37 C.C.C. (3d) 53, 58 C.R. (3d) 289, 35 C.R.R. 300, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Galligan qui avait annulé les renvois à procès des appelants relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvois rejetés, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

*Marc Rosenberg et Keith E. Wright*, pour l'appellant Seaboyer.

*Jan-Paul Waldin et Allan Herman*, pour l'appellant Gayme.

*Jeff Casey et Rosella Cornaviera*, pour l'intimée.

*J. E. Thompson, c.r.*, et *Adelyn L. Bowland*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Ross MacNab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Daniel V. MacDonald*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Elizabeth Shilton et Anne Derrick*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ces affaires soulèvent la question de la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant art. 246.6 et 246.7) appelés communément dispositions sur la «protection des victimes de viol». Ces dispositions restreignent, dans un procès pour une infraction d'ordre sexuel, le droit de la défense de contre-interroger et de présenter une preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occa-

accused person by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My conclusion is that one of the sections in issue, s. 276, offends the *Charter*. While its purpose—the abolition of outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—is laudable, its effect goes beyond what is required or justified by that purpose. At the same time, striking down s. 276 does not imply reversion to the old common law rules, which permitted evidence of the complainant’s sexual conduct even though it might have no probative value to the issues on the case and, on the contrary, might mislead the jury. Instead, relying on the basic principles that actuate our law of evidence, the courts must seek a middle way that offers the maximum protection to the complainant compatible with the maintenance of the accused’s fundamental right to a fair trial.

A second issue arises as to the procedure to be followed where a constitutional question is raised on a preliminary inquiry to determine if there is sufficient evidence to commit the accused for trial. On this issue I conclude that the preliminary inquiry judges correctly declined to consider the constitutionality of the legislation and that the cases should be remitted for trial in accordance with the principles of evidence as canvassed in these reasons.

### The Background

I deal first with *Seaboyer*. The accused was charged with sexual assault of a woman with whom he had been drinking in a bar. On the preliminary inquiry the judge refused to allow the accused to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions. The appellant contends that he should have been permitted to cross-examine as to other acts of sexual intercourse which may have caused bruises and other aspects of the complainant’s condition which the Crown had put in evidence. While the theory of the defence has not been detailed at this early stage, such evidence might arguably be relevant to consent, since it might provide other explanations for the physical evidence tendered by

sions. Il s’agit de déterminer si ces restrictions contreviennent aux garanties accordées à l’inculpé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J’arrive à la conclusion que l’un de ces articles, l’art. 276, contrevient à la *Charte*. Si louable que soit son objet, abolir l’utilisation sexiste et dépassée de la preuve sur le comportement sexuel, son effet va au-delà de ce qui est nécessaire ou justifié à cette fin. Par ailleurs, l’annulation de cet article ne suppose pas un retour aux anciennes règles de common law, qui permettaient la présentation d’une preuve sur le comportement sexuel du plaignant même dans les cas où cette preuve avait peu de valeur probante et risquait, au contraire, d’induire le jury en erreur. Se fondant sur les principes fondamentaux de notre droit de la preuve, les tribunaux doivent plutôt chercher un moyen terme qui offre au plaignant le maximum de protection tout en garantissant à l’accusé le respect de son droit fondamental à un procès équitable.

Ces affaires soulèvent aussi la question de la procédure à suivre lorsqu’une question constitutionnelle est soulevée à l’enquête préliminaire dont l’objet est de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier le renvoi à procès de l’accusé. J’arrive à la conclusion que les juges chargés de l’enquête préliminaire ont eu raison de s’abstenir d’examiner la constitutionnalité des dispositions en question et que les affaires doivent être renvoyées à procès conformément aux principes relatifs à la preuve examinés dans les présents motifs.

### Historique

J’examinerai tout d’abord l’affaire *Seaboyer*. L’accusé doit répondre à une accusation d’agression sexuelle d’une femme rencontrée dans un bar. À l’enquête préliminaire, le juge a refusé de permettre à l’accusé de contre-interroger la plaignante relativement à son comportement sexuel à d’autres occasions. L’appelant prétend que le tribunal aurait dû lui permettre de contre-interroger la plaignante sur d’autres relations sexuelles, susceptibles d’expliquer l’origine des meurtrissures, et sur d’autres aspects de l’état de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve. Bien que la théorie de la défense n’ait pas été exposée en détail à cette étape initiale, on peut soutenir que cette preuve pourrait être perti-

the Crown in support of the use of force against the complainant.

The *Gayme* case arose in different circumstances. The complainant was 15, the appellant 18. They were friends. The Crown alleges that the appellant sexually assaulted her at his school. The defence, relying on the defences of consent and honest belief in consent, contends that there was no assault and that the complainant was the sexual aggressor. In pursuance of this defence, the appellant at the preliminary inquiry sought to cross-examine and present evidence on prior and subsequent sexual conduct of the complainant. Accordingly, he brought a motion for an order declaring that ss. 276 and 277 of the *Code* were unconstitutional. The judge rejected the motion, on the ground that he lacked jurisdiction to hear it, and committed the appellant for trial.

In neither *Seaboyer* nor *Gayme* did the preliminary inquiry judge consider the questions individually; they ruled that the blanket exclusion in the *Criminal Code* prevented them from considering whether the questions were otherwise relevant and admissible.

Both *Seaboyer* and *Gayme* applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing the committal for trial on the ground that the judge below had exceeded his jurisdiction and deprived the appellant of his right to make full answer and defence by enforcing the provisions of s. 276 of the *Criminal Code*. Galligan J. granted the orders on the ground that ss. 276 and 277 violate the *Charter*, and remitted the cases to the preliminary inquiry judge for a ruling on the evidentiary issues unhampered by the statutory provisions.

The Ontario Court of Appeal unanimously reversed the orders of Galligan J. on the ground that the preliminary inquiry judges lacked the jurisdiction to determine the constitutional validity of the sections in question: (1987), 61 O.R. (2d) 290. That being the case, they had not erred in applying the sections, and the orders quashing the committal must be set aside.

nente à l'égard du consentement puisqu'elle pourrait permettre d'expliquer autrement la preuve matérielle présentée par le ministère public concernant le recours à la force contre la plaignante.

L'affaire *Gayme* se situe dans des circonstances différentes. La plaignante était âgée de 15 ans et l'appelant, de 18 ans. Ils étaient amis. Le ministère public prétend que la plaignante a été victime d'une agression sexuelle à l'école. Se fondant sur la défense de consentement et de croyance sincère au consentement, l'avocat de la défense prétend qu'il n'y a pas eu agression de la part de l'appelant et que l'agresseur sexuel était la plaignante. À l'appui de sa thèse, l'appelant a tenté, à l'enquête préliminaire, de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur et postérieur et de présenter des éléments de preuve à l'appui. Il a donc présenté une requête visant à faire déclarer inconstitutionnels les art. 276 et 277 du *Code*. Le juge a rejeté la requête pour motif d'incompétence et a ordonné le renvoi de l'appelant à son procès.

Les juges chargés des enquêtes préliminaires dans *Seaboyer* et *Gayme* n'ont pas étudié les questions proposées séparément. Les deux ont conclu que l'exclusion générale du *Code criminel* leur interdisait de déterminer si les questions étaient par ailleurs pertinentes et admissibles.

*Seaboyer* et *Gayme* ont demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'ordonner l'annulation du renvoi à procès au motif que le tribunal d'instance inférieure avait excédé sa compétence et privé l'appelant de son droit de présenter une défense pleine et entière en appliquant l'art. 276 du *Code criminel*. Le juge Galligan jugeant que les art. 276 et 277 violaient la *Charte* a accordé les ordonnances et a demandé au juge chargé de l'enquête préliminaire de statuer sur les questions relatives à la preuve sans tenir compte des dispositions en question.

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé les ordonnances rendues par le juge Galligan au motif que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question: (1987), 61 O.R. (2d) 290. Ils n'avaient donc pas commis d'erreur dans l'application des articles en

The court went on, however, to consider the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*. All five judges found that s. 276 was capable of contravening an accused's rights under the *Charter* in some circumstances. They differed, however, on what the consequences of that finding should be. The majority, *per* Grange J.A., held that the section should not be struck down, but that the appropriate course was for a trial judge to decline to apply it where it would lead to a *Charter* breach. The minority, *per* Brooke J.A., would have struck the section down on the ground that it was of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

On appeal to this Court, constitutional questions were stated putting in issue the validity of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*.

#### The Issues

##### I. *The Constitutional Validity of ss. 276 and 277 of the Criminal Code*

1. Do ss. 276 and 277 infringe ss. 7 and 11(d) of the *Charter*?
2. If so, are they saved by s. 1?
3. Does the Constitutional Exemptions Doctrine Apply?
4. If the legislation is invalid, what is the law?

##### II. *Jurisdiction of the Preliminary Inquiry Judge*

It should be noted that the admissibility of the evidence sought to be tendered in the two cases is not at issue. In neither case did the preliminary inquiry judge consider whether the evidence would have been relevant or admissible in the absence of ss. 276 or 277 of the *Criminal Code*.

#### Relevant Legislation

*Criminal Code*, s. 276:

question et les ordonnances rejetant les renvois à procès devaient être annulées. Toutefois, la cour a examiné ensuite la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*. Les cinq juges ont conclu que l'art. 276 pouvait dans certains cas contrevenir aux droits garantis à un inculpé par la *Charte*. Ils n'étaient cependant pas du même avis quant aux conséquences de cette conclusion. Le juge Grange, au nom de la majorité, a statué que l'article ne devrait pas être abrogé, mais que le juge du procès devrait refuser de l'appliquer si son application devait porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Le juge Brooke, pour la minorité, aurait annulé l'article qu'il estimait inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans le présent pourvoi, les questions constitutionnelles concernent la validité des art. 276 et 277 du *Code criminel*.

#### Les questions en litige

##### I. *La validité constitutionnelle des art. 276 et 277 du Code criminel*

1. Les articles 276 et 277 contreviennent-ils à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*?
2. Dans l'affirmative, ces articles sont-ils sauvegardés par l'article premier?
3. La doctrine des exemptions constitutionnelles est-elle applicable?
4. Si ces dispositions ne sont pas valides, quelles sont les règles de droit applicables?

##### II. *La compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire*

Il faut souligner que l'admissibilité de la preuve que l'on cherche à introduire n'est pas en litige. Dans ces deux affaires, le juge chargé de l'enquête préliminaire n'a pas examiné si la preuve en question aurait été pertinente ou admissible en l'absence des art. 276 ou 277 du *Code criminel*.

#### Les dispositions législatives

L'article 276 du *Code criminel*:

276. (1) In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused concerning the sexual activity of the complainant with any person other than the accused unless

(a) it is evidence that rebuts evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution;

(b) it is evidence of specific instances of the complainant's sexual activity tending to establish the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge; or

(c) it is evidence of sexual activity that took place on the same occasion as the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, where that evidence relates to the consent that the accused alleges he believed was given by the complainant.

(2) No evidence is admissible under paragraph (1)(c) unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to adduce the evidence together with particulars of the evidence sought to be adduced; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

(3) No evidence is admissible under subsection (1) unless the judge, provincial court judge or justice, after holding a hearing in which the jury and the members of the public are excluded and in which the complainant is not a compellable witness, is satisfied that the requirements of this section are met.

*Criminal Code*, s. 277:

277. In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, evidence of sexual reputation, whether general or specific, is not admissible for the purpose of challenging or supporting the credibility of the complainant.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 and s. 11(d):

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.

276. (1) Dans des procédures à l'égard d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, l'accusé ou son représentant ne peuvent présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec qui que ce soit d'autre que l'accusé à moins qu'il ne s'agisse:

a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;

b) de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation;

c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

(2) Aucune preuve n'est admissible en vertu de l'alinéa (1)c) à moins:

a) d'une part, qu'un avis raisonnable n'ait été donné par écrit au poursuivant par l'accusé ou en son nom, de son intention de produire cette preuve, et faisant état des détails qui s'y rapportent;

b) d'autre part, qu'une copie de cet avis n'ait été déposée auprès du greffier du tribunal.

(3) Aucune preuve n'est admissible en vertu du paragraphe (1) à moins que le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contraignable, ne soit convaincu que les exigences énumérées au présent article ont été respectées.

L'article 277 du *Code criminel*:

277. Dans des procédures portant sur une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant est inadmissible.

L'article 7 et l'al. 11d) 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.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

*Constitution Act, 1982, s. 52:*

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.

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

(3) Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada.

#### Discussion

1. *Do ss. 276 and 277 of the Criminal Code Infringe ss. 7 and 11(d) of the Charter?*

(a) The Approach to ss. 7 and 11(d) of the Charter

Everyone, under s. 7 of the *Charter*, has the right to life, liberty and security of person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The first branch of s. 7 need not detain us. It is not disputed that ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* have the capacity to deprive a person of his or her liberty. A person convicted of sexual assault may be sentenced to life imprisonment. In so far as ss. 276 and 277 may affect conviction, they may deprive a person of his or her liberty.

The real issue under s. 7 is whether the potential for deprivation of liberty flowing from ss. 276 and

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend:

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

#### Analyse

1. *Les articles 276 et 277 du Code criminel contreviennent-ils à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la Charte?*

a) L'étude de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la Charte

Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, 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.

Nous n'avons pas à nous attarder à l'examen de la première partie de l'art. 7. On ne conteste pas que les art. 276 et 277 du *Code criminel* peuvent porter atteinte à la liberté d'une personne. Quiconque est déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel peut être condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Or, dans la mesure où les art. 276 et 277 peuvent avoir une incidence sur la déclaration de culpabilité d'une personne, ils peuvent porter atteinte à sa liberté.

La véritable question que soulève l'art. 7 est de savoir si l'atteinte possible à la liberté, par l'applica-

277 takes place in a manner that conforms to the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are the fundamental tenets upon which our legal system is based. We find them in the legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. The sections which follow s. 7, like the right to a fair trial enshrined in s. 11(d), reflect particular principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Thus the discussion of s. 7 and s. 11(d) is inextricably intertwined.

The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns. Section 7 must be construed having regard to those interests and “against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field” (*Beare, supra*, at pp. 402-3 *per* La Forest J.). The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

One way of putting this question is to ask whether the challenged legislation infringes the *Charter* guarantee in purpose or effect: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Purpose, on this test, must be defined generously in terms of the ultimate aim of the legislation. Effect refers to the actual consequences of the legislation. Where the *Charter* guarantee relates to individual rights, as does s. 7, the inquiry as to effect will necessarily concern not only the overall effect of the measure as it operates in the justice system, but will extend to consideration of its impact on the individuals whose rights the *Charter* protects, typically the person charged with an offence.

A final point must be made on the ambit of s. 7 of the *Charter*. It has been suggested that s. 7 should be viewed as concerned with the interest of complainants as a class to security of person and to equal benefit of the law as guaranteed by ss. 15 and 28 of the *Charter*: Yola Althea Grant, “The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal” (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592, at p. 600. Such an approach is consistent with

tion des art. 276 et 277, survient en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes sont les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils font partie depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d’autres États semblables: *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Les articles qui suivent l’art. 7 renferment des principes particuliers de justice fondamentale, comme le droit à un procès équitable consacré à l’al. 11d): *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Il s’ensuit que l’examen de l’art. 7 et celui de l’al. 11d) sont inextricablement liés.

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d’intérêts qui vont des droits de l’accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l’art. 7 en tenant compte de ces intérêts et «en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (*Beare, précité*, le juge La Forest, à la p. 403). Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l’objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

Une façon de présenter cette question est de se demander si, par son objet ou son effet, la loi contestée viole le droit garanti par la *Charte*: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Selon ce critère, l’objet doit recevoir une définition large en fonction du but ultime de la loi. L’effet vise les véritables conséquences de la loi. Lorsque le droit garanti par la *Charte* est un droit de l’individu, comme dans le cas de l’art. 7, l’examen de l’effet portera nécessairement sur l’effet global de la mesure à l’intérieur du système de justice et englobera en outre l’étude de son incidence sur les individus dont les droits sont protégés par la *Charte*, notamment un inculpé.

Il reste un point à mentionner quant à la portée de l’art. 7 de la *Charte*. On prétend que l’art. 7 vise à protéger le droit des plaignants, en tant que catégorie de personnes, à la sécurité de leur personne et au même bénéfice de la loi aux termes des art. 15 et 28 de la *Charte*: Yola Althea Grant, «The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal» (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592, à la p. 600. Cette perspective est com-

the view that s. 7 reflects a variety of societal and individual interests. However, all proponents in this case concede that a measure which denies the accused the right to present a full and fair defence would violate s. 7 in any event.

(b) The Positions of the Parties

(i) *The Arguments in Favour of the Legislation*

The supporters of the legislation submit that it conforms to, and indeed furthers, the principles of fundamental justice, both in purpose and effect.

The main purpose of the legislation is to abolish the old common law rules which permitted evidence of the complainant's sexual conduct which was of little probative value and calculated to mislead the jury. The common law permitted questioning on the prior sexual conduct of a complainant without proof of relevance to a specific issue in the trial. Evidence that the complainant had relations with the accused and others was routinely presented (and accepted by judges and juries) as tending to make it more likely that the complainant had consented to the alleged assault and as undermining her credibility generally. These inferences were based not on facts, but on the myths that unchaste women were more likely to consent to intercourse and in any event, were less worthy of belief. These twin myths are now discredited. The fact that a woman has had intercourse on other occasions does not in itself increase the logical probability that she consented to intercourse with the accused. Nor does it make her a liar. In an effort to rid the criminal law of these outmoded and illegitimate notions, legislatures throughout the United States and in England, Australia and Canada passed "rape-shield" laws. (I note that the term "rape shield" is less than fortunate; the legislation offers protection not against rape, but against the questioning of complainants in trials for sexual offences.)

patible avec le point de vue selon lequel l'art. 7 vise à protéger toute une gamme d'intérêts sociaux et individuels. Cependant, toutes les parties en l'espèce concèdent qu'une mesure privant l'accusé du droit de présenter une défense pleine et équitable viole de toute façon l'art. 7.

b) La position des parties

(i) *Les arguments en faveur des dispositions législatives*

Les défenseurs des dispositions contestées prétendent qu'elles sont conformes aux principes de justice fondamentale, tant par leur objet que par leur effet, et qu'elles en favorisent même l'application.

L'objet principal de la loi est d'abolir les anciennes règles de common law qui autorisaient la présentation de preuves sur le comportement sexuel du plaignant qui avaient peu de valeur probante et visaient à induire le jury en erreur. En vertu des règles de common law, on pouvait interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur, sans avoir à établir la pertinence de cette preuve à l'égard d'un point en litige. En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de mœurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi. Ce mythe double est maintenant disparu. Le fait qu'une femme ait eu des rapports sexuels à d'autres occasions n'accroît pas en soi la probabilité logique qu'elle ait consenti aux rapports sexuels avec l'accusé. Il ne s'ensuit pas non plus qu'elle ment. Pour tenter d'éliminer du droit criminel ces notions dépassées et erronées, diverses législatures aux États-Unis, en Angleterre, en Australie et au Canada ont adopté des lois sur la protection des victimes de viol. (Je tiens à souligner que l'expression est malheureuse puisque la loi n'offre pas de protection contre le viol mais contre l'interrogation des plaignants dans le cadre de procès relatifs aux agressions sexuelles.)



Three subsidiary purposes of such legislation may be discerned. The first, and the one most pressed before us, was the preservation of the integrity of the trial by eliminating evidence which has little or no probative force but which unduly prejudices the judge or jury against the complainant. If we accept, as we must, that the purpose of the criminal trial is to get at the truth in order to convict the guilty and acquit the innocent, then it follows that irrelevant evidence which may mislead the jury should be eliminated in so far as possible. There is no doubt that evidence of the complainant's sexual activities has often had this effect. Empirical studies in the United States suggest that juries often misused evidence of unchastity and improperly considered "victim-precipitating" conduct, such as going to a bar or getting into a car with the defendant, to "penalize" those complainants who did not fit the stereotype of the "good woman" either by convicting the defendant of a lesser charge or by acquitting the defendant: H. Galvin, "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, at p. 796. It follows that society has a legitimate interest in attempting to eliminate such evidence.

The second rationale cited in support of rape-shield legislation is that it encourages the reporting of crime. Despite the fact that the statistics do not demonstrate with any certainty that reporting of sexual offences has increased in Canada as a consequence of rape-shield provisions, I accept that it is a legitimate legislative goal to attempt to encourage such reporting by eliminating to the greatest extent possible those elements of the trial which cause embarrassment or discomfort to the complainant. As time passes and the existence of such provisions becomes better known, they may well have some effect in promoting reporting. Certainly failure to consider the position of the complainant in the trial process may have the opposite effect.

A third and related reason sometimes offered for rape-shield legislation is protection of the witness's privacy. This is really the private aspect upon which

On peut distinguer trois raisons subsidiaires à ce genre de dispositions législatives. La première, celle sur laquelle on a le plus insisté devant nous, est la préservation de l'intégrité du procès par l'élimination d'éléments de preuve qui ont peu de valeur probante ou n'en ont aucune, mais qui préviennent indûment le juge ou le jury contre le plaignant. Si nous acceptons, comme nous devons le faire, que l'objet du procès criminel est de faire connaître la vérité afin que le coupable soit condamné et l'innocent acquitté, il s'ensuit que la preuve non pertinente susceptible d'induire le jury en erreur devrait être éliminée dans toute la mesure du possible. Il n'y a pas de doute que les preuves concernant le comportement sexuel du plaignant ont souvent eu cet effet. Selon des études empiriques réalisées aux États-Unis, les jurys ont souvent mal employé les preuves de mœurs faciles ou utilisé à tort la conduite de la «victime prédisposée», notamment le fait de se rendre dans un bar ou de monter en voiture avec le défendeur, pour «pénaliser» les plaignantes dont la conduite ne correspondait pas au stéréotype de la «femme chaste», soit en déclarant le défendeur coupable d'une infraction moindre soit en l'acquittant: H. Galvin, «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, à la p. 796. Il s'ensuit que la société a un intérêt légitime à tenter d'éliminer ce type de preuve.

La deuxième raison tient à ce que ce genre de dispositions encourage le dépôt de plaintes. Bien que les statistiques n'établissent pas avec certitude qu'il y ait eu au Canada un accroissement du nombre de plaintes d'infractions d'ordre sexuel depuis l'adoption de ces dispositions, je reconnais que c'est un objectif législatif légitime que de tenter d'inciter au dépôt de plaintes en éliminant le plus possible les éléments du procès susceptibles de troubler ou de gêner le plaignant. Avec le temps, l'existence de ces dispositions étant mieux connue, il pourrait y avoir un accroissement des plaintes. Il est certain que l'omission de tenir compte de la situation du plaignant au cours du procès pourrait avoir l'effet contraire.

Enfin, une troisième raison connexe, parfois invoquée à l'appui de ce genre de dispositions, touche la protection de la vie privée du témoin. Il s'agit en réa-

the social interest in encouraging the reporting of sexual offences is based. In addition to furthering reporting, our system of justice has an interest in preventing unnecessary invasion of witnesses' privacy.

The goals of the legislation—the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses—conform to our fundamental conceptions of justice. The concern with the legislation is not as to its purpose, which is laudable, but with its effect. The reasons for these concerns emerge from a consideration of the appellants' position, to which I now turn.

(i) *The Arguments Against the Legislation*

The appellants contend that the legislation, however laudable its goals, in fact infringes their right to present evidence relevant to their defence and hence violates their right to a fair trial, one of the most important of the principles of fundamental justice.

The precept that the innocent must not be convicted is basic to our concept of justice. One has only to think of the public revulsion felt at the improper conviction of Donald Marshall in this country or the Birmingham Six in the United Kingdom to appreciate how deeply held is this tenet of justice. Lamer J. (as he then was) put it this way in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

Dickson J. (as he then was) expressed the same view in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, when he stated at p. 1310: "there is a generally held

lité de l'aspect privé sur lequel se fonde l'intérêt social à l'incitation au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel. En plus de favoriser le dépôt de plaintes, notre système de justice doit aussi veiller à empêcher toute atteinte inutile à la vie privée d'un témoin.

Les objets visés par ces dispositions législatives—l'élimination d'éléments de preuve trompeurs ou à faible valeur probante, l'incitation au dépôt de plaintes et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins—sont conformes à notre conception fondamentale de la justice. Ce n'est pas l'objet, louable, de ces dispositions législatives qui nous préoccupe, mais bien leur effet. J'examinerai maintenant la thèse des appelants, dont découlent ces préoccupations.

(ii) *Les arguments contre les dispositions législatives*

Selon les appelants, si l'objet des dispositions législatives attaquées est louable, il n'en demeure pas moins qu'elles portent atteinte à leur droit de présenter une preuve à l'appui de leur défense et violent donc leur droit à un procès équitable, l'un des plus importants des principes de justice fondamentale.

Notre système de justice repose sur le précepte selon lequel l'innocent ne doit pas être déclaré coupable. Qu'il nous suffise de mentionner la réprobation du public à l'égard de la déclaration de culpabilité injustifiée de Donald Marshall au Canada et de celle du groupe des six de Birmingham au Royaume-Uni pour voir l'attachement profond à ce principe de justice. Voici ce que dit le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a exprimé le même point de vue dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1310: «on

revulsion against punishment of the morally innocent.”

It is this fundamental principle—that the innocent not be punished—that is urged in support of the contention that ss. 276 and 277 violate the *Charter*. The interest is both individual, in that it affects the accused, and societal, for no just society can tolerate the conviction and punishment of the innocent.

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society’s fundamental commitment to a fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the “opportunity adequately to state [one’s] case”: *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 923, dealing with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence: David H. Doherty, “‘Sparing’ the Complainant ‘Spoils’ the Trial” (1984), 40 C.R. (3d) 55, at p. 58, citing *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). For the same reason, our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused’s right to defend himself on a criminal charge: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

In other jurisdictions too the right to defend oneself of a criminal charge is regarded as a principle of fundamental importance. The Constitution of the United States enshrines the right in the due process guarantees of the Fifth and Fourteenth Amendments and the express right to confront one’s accuser embodied in the Sixth Amendment. The jurisprudence of the United States Supreme Court affirms the right’s fundamental importance: see *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent».

C’est ce principe fondamental que l’innocent ne doit pas être puni que l’on invoque pour affirmer que les art. 276 et 277 violent la *Charte*. L’intérêt à protéger concerne à la fois l’individu, puisqu’il a des répercussions sur l’accusé, et la société, puisqu’une société juste ne saurait tolérer qu’un innocent soit déclaré coupable et puni.

À l’appui du droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d’un inculpé à un procès équitable, qui est expressément consacré à l’al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu’un aspect essentiel d’un procès équitable est de donner à l’accusé «l’occasion d’exposer adéquatement sa cause»: *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, qui portait sur l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L’application de ce principe est particulièrement importante pour l’accusé qui n’a pas à sa disposition les ressources de l’État. Nos tribunaux ont donc traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si ténus soient-ils: David H. Doherty, «‘Sparing’ the Complainant ‘Spoils’ the Trial» (1984), 40 C.R. (3d) 55, à la p. 58, relativement à *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272 et à *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). C’est pourquoi nos tribunaux ont statué que le droit de l’accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l’emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l’avocat: *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

Dans d’autres pays, le droit de répondre à une accusation criminelle est aussi considéré comme un principe d’importance fondamentale. La Constitution américaine reconnaît le droit à l’application régulière de la loi dans les Cinquième et Quatorzième amendements et le droit de quiconque de faire face à son accusateur, dans le Sixième amendement. La Cour suprême des États-Unis reconnaît l’importance fondamentale de ce droit: voir *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. As one writer has put it:

If the evidentiary bricks needed to build a defence are denied the accused, then for that accused the defence has been abrogated as surely as it would be if the defence itself was held to be unavailable to him.

(Doherty, *supra*, at p. 67).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. The defence which the law gives with one hand, may be taken away with the other. Procedural limitations make possible the conviction of persons who the criminal law says are innocent.

(iii) *The Issue Between the Parties*

All the parties agree that the right to a fair trial—one which permits the trier of fact to get at the truth and properly and fairly dispose of the case—is a principle of fundamental justice. Nor is there any dispute that encouraging reporting of sexual offences and protection of the complainant's privacy are legitimate goals provided they do not interfere with the primary objective of a fair trial. Where the parties part company is on the issue of whether ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* in fact infringe the right to a fair trial. The supporters of the legislation urge that it furthers the right to a fair trial by eliminating evidence of little or no worth and considerable prejudice. The appellants, on the other hand, say that the legislation goes too far and in fact eliminates relevant evidence which should be admitted notwithstanding the possibility of prejudice.

This raises two questions. First, what are the fundamental principles governing the right to introduce relevant defence evidence which may also be prejudi-

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. Selon un auteur:

[TRADUCTION] Si on empêche l'accusé de présenter les éléments de preuve nécessaires à la constitution de sa défense, cette défense lui est déniée tout aussi sûrement que si on statuait qu'il n'a pas le droit d'invoquer cette défense.

(Doherty, précité, à la p. 67).

Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes.

(iii) *Les questions en litige*

Toutes les parties reconnaissent que le droit à un procès équitable—celui qui permet au juge des faits de découvrir la vérité et de rendre une décision équitable—est un principe de justice fondamentale. Les parties ne contestent pas non plus que l'incitation au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel et la protection de la vie privée de la plaignante constituent des objectifs légitimes à condition qu'ils ne portent pas atteinte à l'objectif principal qu'est le droit à un procès équitable. Toutefois, les parties ne s'entendent pas quant à savoir si les art. 276 et 277 du *Code criminel* violent le droit à un procès équitable. Les défenseurs de ces dispositions soutiennent qu'elles favorisent le droit à un procès équitable en éliminant les éléments de preuve qui ont peu de valeur ou n'en ont aucune et qui ont un effet préjudiciable important. Par contre, les appelants disent que ces dispositions vont trop loin et éliminent en fait des preuves pertinentes qui devraient être admises, nonobstant leur effet préjudiciable possible.

Cette situation soulève deux questions. Premièrement, quels principes fondamentaux régissent le droit de présenter une preuve pertinente pour la défense,

cial? Second, does the legislation infringe these principles?

(c) The Principles Governing the Right to Call Defence Evidence <sup>a</sup>

It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. This goal is reflected in the basic tenet of relevance which underlies all our rules of evidence: see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, and *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670. In general, nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial.

The problem which arises is that a trial is a complex affair, raising many different issues. Relevance must be determined not in a vacuum, but in relation to some issue in the trial. Evidence which may be relevant to one issue may be irrelevant to another issue. What is worse, it may actually mislead the trier of fact on the second issue. Thus the same piece of evidence may have value to the trial process but bring with it the danger that it may prejudice the fact-finding process on another issue.

The law of evidence deals with this problem by giving the trial judge the task of balancing the value of the evidence against its potential prejudice. Virtually all common law jurisdictions recognize a power in the trial judge to exclude evidence on the basis that its probative value is outweighed by the prejudice which may flow from it.

Professor McCormick, in *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972), put this prin-

mais pouvant aussi s'avérer préjudiciable? Deuxièmement, les dispositions attaquées violent-elles ces principes?

c) Les principes régissant le droit de présenter une preuve en défense

C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. Cet objectif ressort du principe fondamental de la pertinence qui est à la base de toutes nos règles de preuve: voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, et *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670. En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable.

Le problème est qu'un procès est une affaire complexe qui soulève des questions très diverses. Il ne faut pas examiner la question de la pertinence en vase clos, mais plutôt par rapport à certaines des questions en litige. Une preuve peut être pertinente à l'égard d'une question, mais ne pas l'être à l'égard d'une autre et, qui pis est, elle peut induire en erreur le juge des faits sur la seconde. Ainsi, une preuve peut avoir une valeur probante à l'intérieur du procès, mais risquer de porter atteinte à l'appréciation des faits sur une autre question.

Face à ce problème, le droit de la preuve confie au juge du procès le soin de déterminer la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable possible. Presque tous les ressorts de common law permettent au juge du procès d'exclure une preuve si sa valeur probante a moins de poids que l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

Le professeur McCormick, dans *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2<sup>e</sup> éd. 1972),

ciple, sometimes referred to as the concept of “legal relevancy”, as follows at pp. 438-40:

Relevant evidence, then, is evidence that in some degree advances the inquiry, and thus has probative value, and is prima facie admissible. But relevance is not always enough. There may remain the question, is its value worth what it costs? There are several counterbalancing factors which may move the court to exclude relevant evidence if they outweigh its probative value. In order of their importance, they are these. First, the danger that the facts offered may unduly arouse the jury’s emotions of prejudice, hostility or sympathy. Second, the probability that the proof and the answering evidence that it provokes may create a side issue that will unduly distract the jury from the main issues. Third, the likelihood that the evidence offered and the counter proof will consume an undue amount of time. Fourth, the danger of unfair surprise to the opponent when, having no reasonable ground to anticipate this development of the proof, he would be unprepared to meet it. Often, of course, several of these dangers such as distraction and time consumption, or prejudice and surprise, emerge from a particular offer of evidence. This balancing of intangibles—probative values against probative dangers—is so much a matter where wise judges in particular situations may differ that a leeway of discretion is generally recognized.

This Court has affirmed the trial judges’ power to exclude Crown evidence the prejudicial effect of which outweighs its probative value in a criminal case, but a narrower formula than that articulated by McCormick has emerged. In *Wray, supra*, at p. 293, the Court stated that the judge may exclude only “evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling”. More recently, in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953, an appeal involving a particularly difficult brand of circumstantial evidence offered by the Crown, the Court said that “admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission”. In *Morris, supra*, at p. 193, the Court without mentioning *Sweitzer* cited the narrower *Wray* formula. But in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) affirmed in general terms “the rule

énonce ce principe, parfois appelé concept de la «pertinence juridique», aux pp. 438 à 440:

[TRADUCTION] Par conséquent, une preuve pertinente est une preuve susceptible de faire avancer l’enquête, c’est donc une preuve qui a une valeur probante et qui est de prime abord admissible. Toutefois, la pertinence ne suffit pas toujours. On peut se demander si la valeur probante l’emporte sur l’effet préjudiciable. Plusieurs facteurs peuvent amener le tribunal à exclure une preuve pertinente s’ils ont plus de poids que sa valeur probante. Voici quels sont ces facteurs par ordre d’importance. Premièrement, le danger que les faits présentés soulèvent indûment chez le jury des sentiments de préjudice, d’hostilité ou de sympathie. Deuxièmement, la possibilité que la preuve et la contre-preuve soulèvent une question accessoire susceptible de détourner l’attention du jury des principales questions en litige. Troisièmement, le risque que la présentation de la preuve et de la contre-preuve occupe trop de temps. Quatrièmement, le danger que la preuve présentée surprenne l’adversaire qui, n’ayant aucun motif raisonnable de la prévoir, ne serait pas en mesure de la réfuter. Certes, plusieurs de ces dangers, notamment le fait de distraire l’attention et le temps requis ou le préjudice ou l’élément de surprise, sont souvent présents. L’établissement d’un équilibre entre ces impondérables—la valeur probante par rapport aux dangers—est tellement une question où les juges saisis d’un problème particulier peuvent différer que l’on reconnaît généralement une certaine latitude . . .

Notre Cour a confirmé le pouvoir du juge du procès d’exclure la preuve du ministère public dont l’effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante dans une affaire criminelle, mais il en est ressorti une interprétation plus restrictive que celle formulée par McCormick. Dans l’arrêt *Wray*, précité, à la p. 293, notre Cour a déclaré que le juge peut écarter seulement «une preuve fortement préjudiciable à l’accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l’égard de la question fondamentale en litige est insignifiante». Plus récemment, dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 953, le ministère public avait présenté des preuves indirectes dont la recevabilité était particulièrement difficile à trancher; la Cour a affirmé que «la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice causé à l’accusé par suite de son acceptation». Dans l’arrêt *Morris*, précité, à la p. 193, notre Cour, sans mentionner l’arrêt *Sweitzer*, a cité l’interprétation plus étroite adoptée

that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value" (p. 531).

I am of the view that the more appropriate description of the general power of a judge to exclude relevant evidence on the ground of prejudice is that articulated in *Sweitzer* and generally accepted throughout the common law world. It may be noted that the English case from which the *Wray* formula was adopted has been superseded by more expansive formulae substantially in the language of *Sweitzer*.

The Canadian cases cited above all pertain to evidence tendered by the Crown against the accused. The question arises whether the same power to exclude exists with respect to defence evidence. Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted. It follows from this that the prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law.

These principles and procedures are familiar to all who practise in our criminal courts. They are common sense rules based on basic notions of fairness, and as such properly lie at the heart of our trial process. In short, they form part of the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*. They may be circumscribed in some cases by other rules of evidence, but as will be discussed in more detail below, the circumstances where truly relevant and reliable evidence is excluded are few, particularly where the evidence goes to the defence. In most cases, the exclusion of relevant evidence can be justified on the ground that the potential prejudice to the

dans *Wray*. Mais dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, le juge La Forest, avec l'appui du juge en chef Dickson, a confirmé en termes généraux «la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante» (p. 531).

Je suis d'avis que l'interprétation la plus appropriée du pouvoir que le juge a d'écarter une preuve pertinente à cause de son caractère préjudiciable est celle adoptée dans l'arrêt *Sweitzer* et reconnue généralement dans les pays de common law. Il importe de signaler que l'arrêt anglais d'où provient la formule de l'arrêt *Wray* a été remplacé par des interprétations plus détaillées, correspondant à la formulation de l'arrêt *Sweitzer*.

La jurisprudence canadienne susmentionnée porte dans tous les cas sur des preuves présentées par le ministère public contre l'accusé. Il faut maintenant déterminer si le juge a aussi le pouvoir d'écarter une preuve présentée par la défense. Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable. Le juge ne pourra donc écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante.

Ces principes et procédures sont bien connus de tous ceux qui exercent devant nos tribunaux. Ces règles élémentaires fondées sur des notions fondamentales d'équité sont, à juste titre, au cœur même de notre procédure régissant les procès. Bref, elles font partie des principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*. Dans certains cas, leur application peut être limitée par d'autres règles de preuve; toutefois, comme nous le verrons plus en détail, rares sont les cas d'exclusion de preuves vraiment pertinentes et fiables, particulièrement lorsque ces preuves sont présentées à l'appui d'un moyen de défense. Dans la plupart des cas, on pourra justifier

trial process of admitting the evidence clearly outweighs its value.

This then is the yardstick by which ss. 276 and 277 of the *Code* are to be measured. Do they exclude evidence the probative value of which is not substantially outweighed by its potential prejudice? If so, they violate the fundamental principles upon which our justice system is predicated and infringe s. 7 of the *Charter*.

The parties, as I understand their positions, agree on this view of the principles of fundamental justice. The Attorney General for Ontario, for the respondent, does not assert that the *Charter* permits exclusion of evidence of real value to an accused's defence. Rather, he contends that any evidence which might be excluded by ss. 276 and 277 of the *Code* would be of such trifling value in relation to the prejudice that might flow from its reception that its exclusion would enhance rather than detract from the fairness of the trial. Others who defend the legislation, do so on the ground that it does not exclude evidence relevant to the defence, that the exceptions contained in the provisions "encompass all potential situations where evidence of a complainant's sexual history with men other than the accused would be relevant to support a legitimate defence" (emphasis in original): see Grant, *supra*, at p. 601. It is to this issue, which I see as the crux of the case, which I now turn.

(d) The Effect of the Legislation—What Evidence is Excluded?

Section 277 excludes evidence of sexual reputation for the purpose of challenging or supporting the credibility of the plaintiff. The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. It follows that the evidence excluded by s. 277 can serve no legitimate purpose in the trial. Section 277, by limiting the exclusion to a purpose which is clearly illegitimate, does not touch evidence

l'exclusion d'une preuve pertinente si l'effet préjudiciable que son utilisation peut avoir sur le procès l'emporte clairement sur sa valeur probante.

C'est donc en fonction de ce critère que l'on doit examiner les art. 276 et 277 du *Code*. Visent-ils l'exclusion d'une preuve dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible? Dans l'affirmative, ils violent les principes fondamentaux qui forment la base de notre système de justice et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*.

Si je comprends bien leurs thèses, les parties sont d'accord avec cette interprétation des principes de justice fondamentale. Le procureur général de l'Ontario, pour l'intimée, ne prétend pas que la *Charte* permet d'écarter une preuve présentant une valeur réelle pour la défense de l'accusé, mais plutôt que la valeur probante de la preuve susceptible d'être écartée par les art. 276 et 277 du *Code* est si insignifiante par rapport au préjudice pouvant résulter de son utilisation que son exclusion a pour effet d'augmenter plutôt que de réduire l'équité du procès. Les autres défenseurs de ces dispositions législatives sont d'avis qu'elles ne visent pas l'exclusion de preuves pertinentes pour la défense et que les exceptions qu'elles renferment, [TRADUCTION] «englobent tous les cas possibles où la preuve concernant le comportement sexuel de la plaignante avec d'autres hommes que l'accusé seraient pertinentes relativement à une défense légitime» (en italiques dans l'original): voir Grant, précité, à la p. 601. J'examinerai maintenant ce point qui est, à mon avis, au cœur du litige.

d) L'effet des dispositions législatives—La preuve exclue

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. La preuve exclue en vertu de l'art. 277 ne peut donc avoir aucune fin légitime au procès. En limitant l'exclusion d'une preuve à une fin qui est clairement illégitime, l'art. 277 ne



which may be tendered for valid purposes, and hence does not infringe the right to a fair trial.

I turn then to s. 276. Section 276, unlike s. 277, does not condition exclusion on use of the evidence for an illegitimate purpose. Rather, it constitutes a blanket exclusion, subject to three exceptions—rebuttal evidence, evidence going to identity, and evidence relating to consent to sexual activity on the same occasion as the trial incident. The question is whether this may exclude evidence which is relevant to the defence and the probative value of which is not substantially outweighed by the potential prejudice to the trial process. To put the matter another way, can it be said *a priori*, as the Attorney General for Ontario contends, that any and all evidence excluded by s. 276 will necessarily be of such trifling weight in relation to the prejudicial effect of the evidence that it may fairly be excluded?

In my view, the answer to this question must be negative. The Canadian and American jurisprudence affords numerous examples of evidence of sexual conduct which would be excluded by s. 276 but which clearly should be received in the interests of a fair trial, notwithstanding the possibility that it may divert a jury by tempting it to improperly infer consent or lack of credibility in the complainant.

Consider the defence of honest belief. It rests on the concept that the accused may honestly but mistakenly (and not necessarily reasonably) have believed that the complainant was consenting to the sexual act. If the accused can raise a reasonable doubt as to his intention on the basis that he honestly held such a belief, he is not guilty under our law and is entitled to an acquittal. The basis of the accused's honest belief in the complainant's consent may be sexual acts performed by the complainant at some other time or place. Yet section 276 would preclude the accused leading such evidence.

Another category of evidence eliminated by s. 276 relates to the right of the defence to attack the credi-

viser pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides et ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

J'examinerai maintenant l'art. 276. Contrairement à l'art. 277, l'art. 276 ne fait pas reposer l'exclusion sur l'utilisation d'une preuve à une fin illégitime. Cet article est plutôt une interdiction générale assujettie à trois exceptions—la contre-preuve, la preuve relative à l'identité et la preuve relative au consentement à des rapports sexuels au moment des faits qui sont à l'origine de l'accusation. La question est de savoir si cet article peut entraîner l'exclusion d'une preuve pertinente à la défense et dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible sur le procès. En d'autres termes, peut-on affirmer *a priori*, comme le prétend le procureur général de l'Ontario, que les preuves écartées par l'art. 276 auront nécessairement une valeur à ce point insignifiante par rapport à leur effet préjudiciable qu'elles peuvent être écartées en toute équité?

Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question. La jurisprudence canadienne et américaine offre de nombreux exemples de preuve de conduite sexuelle qui serait écartée par l'art. 276, mais qui devrait clairement être utilisée dans le cadre d'un procès équitable, nonobstant la possibilité que le jury soit amené à conclure, à tort, à l'existence d'un consentement ou au manque de crédibilité de la plaignante.

Prenons par exemple la défense de croyance sincère. Ce moyen repose sur le concept que l'accusé peut sincèrement, mais par erreur (il ne s'agit pas nécessairement d'une croyance raisonnable), avoir cru que la plaignante consentait à l'acte sexuel. Si l'accusé peut soulever un doute raisonnable quant à son intention en se fondant sur cette croyance sincère, il n'est pas coupable en vertu de notre droit et il a droit à un acquittement. La croyance sincère de l'accusé au consentement de la plaignante peut reposer sur des actes sexuels de la plaignante accomplis à un autre moment ou à un autre endroit. L'article 276 empêcherait pourtant l'accusé de présenter ce genre de preuve.

L'article 276 permet aussi d'écartier une autre catégorie de preuve ayant trait au droit de la défense d'at-

bility of the complainant on the ground that the complainant was biased or had motive to fabricate the evidence. In *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (Or. Ct. App. 1976), a father accused of sexual acts with his young daughter sought to present evidence that the source of the accusation was his earlier discovery of the fact that the girl and her brother were engaged in intimate relations. The defence contended that when the father stopped the relationship, the daughter, out of animus toward him, accused him of the act. The father sought to lead this evidence in support of his defence that the charges were a concoction motivated by animus. Notwithstanding its clear relevance, this evidence would be excluded by s. 276. The respondent submits that the damage caused by its exclusion would not be great, because all that would be forbidden would be evidence of the sexual activities of the children, and the father could still testify that his daughter was angry with him. But surely the father's chance of convincing the jury of the validity of his defence would be greatly diminished if he were reduced to saying, in effect, "My daughter was angry with me, but I can't say why or produce any corroborating evidence." As noted above, to deny a defendant the building blocks of his defence is often to deny him the defence itself.

Other examples abound. Evidence of sexual activity excluded by s. 276 may be relevant to explain the physical conditions on which the Crown relies to establish intercourse or the use of force, such as semen, pregnancy, injury or disease—evidence which may go to consent: see Galvin, *supra*, at pp. 818-23; J. A. Tanford and A. J. Bocchino, "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, at pp. 584-85; D. W. Elliott, "Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties", [1984] *Crim. L. Rev.* 4, at p. 7; *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (Minn. Ct. App. 1989), at pp. 440-42; *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (Pa. 1983), at pp. 84-85; *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (Mich. Ct. App. 1978), at pp. 198-99; *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (Ariz. 1976), at p. 953. In the case of young complainants where there may be a tendency to believe their story on the ground that the detail of their account must have come from the alleged encounter, it may be relevant to show other activity which pro-

taquer la crédibilité du plaignant au motif que celui-ci avait un parti pris ou avait des raisons de fabriquer une preuve. Dans l'arrêt *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (C.A. Or. 1976), le père d'une fillette, accusé d'avoir eu avec elle des rapports sexuels, a cherché à présenter une preuve quant à l'origine des accusations portées, savoir le fait qu'il avait découvert que la fillette et son frère avaient des relations intimes. Selon la thèse de la défense, la fille aurait, par vengeance, porté les accusations contre son père lorsque celui-ci a mis fin à ces relations. Le père a tenté de présenter cette preuve à l'appui de sa défense. Nonobstant la très grande pertinence de cette preuve, elle serait écartée en vertu de l'art. 276. L'intimée prétend que le préjudice entraîné par l'exclusion de cette preuve ne serait pas important parce que seule la preuve des activités sexuelles des enfants serait interdite et que le père pourrait toujours établir que sa fille était fâchée contre lui. Toutefois, le père aurait beaucoup moins de chances de convaincre le jury de la validité de sa défense s'il était réduit à dire: «Ma fille était fâchée contre moi, mais je ne peux vous dire pourquoi ni produire de preuve corroborante.» Comme je l'ai déjà dit, ne pas permettre au défendeur de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa défense équivaut souvent à lui refuser cette défense.

Les exemples abondent. Les preuves de comportement sexuel exclues par l'art. 276 peuvent servir à expliquer les faits matériels sur lesquels le ministère public se fonde pour établir l'existence de rapports sexuels ou l'usage de la force, notamment le sperme, la grossesse, les blessures ou les maladies—preuves susceptibles de toucher la question même du consentement: voir Galvin, précité, aux pp. 818 à 823; J. A. Tanford et A. J. Bocchino, «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, aux pp. 584 et 585; D. W. Elliott, «Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties», [1984] *Crim. L. Rev.* 4, à la p. 7; *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (C.A. Minn. 1989), aux pp. 440 à 442; *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (Pa. 1983), aux pp. 84 et 85; *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (C.A. Mich. 1978), aux pp. 198 et 199; *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (Ariz. 1976), à la p. 953. Dans le cas où le tribunal peut avoir tendance à croire la version d'un jeune plaignant au motif que les détails donnés

vides an explanation for the knowledge: see *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170 (B.C.S.C.), at pp. 175-76; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119 (Ont. Dist. Ct.), at p. 122; *State v. Pulizzano*, 456 N.W. 2d 325 (Wis. 1990), at pp. 333-35; *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (Pa. Super. Ct. 1985), at p. 400, fn. 10; *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (R.I. 1990), at pp. 113-14; *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (Wash. Ct. App. 1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (N.H. 1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (N.D. 1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d. 1374 (Nev. 1985).

Even evidence as to pattern of conduct may on occasion be relevant. Since this use of evidence of prior sexual conduct draws upon the inference that prior conduct infers similar subsequent conduct, it closely resembles the prohibited use of the evidence and must be carefully scrutinized: *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (Alta. C.A.), at pp. 339-40; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. 290 (C.A.), at p. 300; Tanford and Bocchino, *supra*, at pp. 586-89; Galvin, *supra*, at pp. 831-48; Elliott, *supra*, at pp. 7-8; A. P. Ordovery, "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity" (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, at pp. 112-19; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (Va. 1983), at pp. 19-21; *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (N.C. Ct. App. 1983), at pp. 832-33; *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (Wash. 1988), at pp. 929-31; *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (Wash. 1983), at p. 520. Yet such evidence might be admissible in non-sexual cases under the similar fact rule. Is it fair then to deny it to an accused, merely because the trial relates to a sexual offence? Consider the example offered by Tanford and Bocchino, *supra*, at p. 588, commenting on the situation in the United States:

A woman alleges that she was raped. The man she has accused of the act claims that she is a prostitute who agreed to sexual relations for a fee of twenty dollars,

doivent certainement se rapporter au prétendu incident, il peut s'avérer pertinent de faire la preuve d'autres activités qui expliquent comment ce jeune plaignant aurait pu acquérir cette connaissance: voir *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170 (C.S.C.-B.), aux pp. 175 et 176; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119 (C. dist. Ont.), à la p. 122; *State v. Pulizzano*, 456 N.W. 2d 325 (Wis. 1990), aux pp. 333 à 335; *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (Pa. Super. Ct. 1985), à la p. 400, n. 10; *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (R.I. 1990), aux pp. 113 et 114; *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (C.A.Wash. 1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (N.H. 1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (N.D. 1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (Nev. 1985).

Il peut parfois être fort pertinent de présenter une preuve concernant un mode de comportement habituel. Puisque l'utilisation de cette preuve sur le comportement sexuel antérieur se fonde sur l'inférence que le comportement antérieur suppose un comportement postérieur similaire, elle ressemble beaucoup à l'utilisation interdite de la preuve et doit être examinée soigneusement, *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (C.A. Alb.), aux pp. 339 et 340; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. 290 (C.A.), à la p. 300; Tanford et Bocchino, précité, aux pp. 586 à 589; Galvin, précité, aux pp. 831 à 848; Elliott, précité, aux pp. 7 et 8; A. P. Ordovery, «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, aux pp. 112 à 119; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (Va. 1983), aux pp. 19 à 21; *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (C.A. C.N. 1983), aux pp. 832 et 833; *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (Wash. 1988), aux pp. 929 à 931; *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (Wash. 1983), à la p. 520. Toutefois, ce genre de preuve peut être admissible dans des affaires à caractère non sexuel en vertu de la règle des faits similaires. Est-il juste alors de refuser à un accusé le droit de présenter ce genre de preuve simplement parce que le procès porte sur une infraction d'ordre sexuel? Examinons l'exemple donné par Tanford et Bocchino, précité, à la p. 588, qui commentent la situation aux États-Unis:

[TRADUCTION] Une femme prétend qu'elle a été violée. L'homme qu'elle accuse soutient qu'elle est une prostituée qui, pour 20 \$, a consenti aux rapports sexuels; elle

and afterwards, threatening to accuse him of rape, she demanded an additional one hundred dollars. The man refused to pay the extra amount. She had him arrested for rape, and he had her arrested for extortion. In the extortion trial, the state would be permitted to introduce evidence of the woman's previous sexual conduct—the testimony of other men that, using the same method, she had extorted money from them. When the woman is the complaining witness in the rape prosecution, however, evidence of this *modus operandi* would be excluded in most states. The facts are the same in both cases, as is the essential issue whether the woman is a rape victim or a would-be extortionist. Surely the relevance of the testimony should also be identical. If the woman's sexual history is relevant enough to be admitted against her when she is a defendant, entitled to the protections of the Constitution, then certainly it is relevant enough to be admitted in a trial at which she is merely a witness, entitled to no constitutional protection. Relevance depends on the issues that must be resolved at trial, not on the particular crime charged.

These examples leave little doubt that s. 276 has the potential to exclude evidence of critical relevance to the defence. Can it honestly be said, as the Attorney General for Ontario contends, that the value of such evidence will always be trifling when compared with its potential to mislead the jury? I think not. The examples show that the evidence may well be of great importance to getting at the truth and determining whether the accused is guilty or innocent under the law—the ultimate aim of the trial process. They demonstrate that s. 276, enacted for the purpose of helping judges and juries arrive at the proper and just verdict in the particular case, overshoots the mark, with the result that it may have the opposite effect of impeding them in discovering the truth.

The conclusion that s. 276 overreaches is supported by consideration of how it impacts on the justifications for s. 276 set out above. The first and most important justification for s. 276 is that it prevents the judge or jury from being diverted by irrelevant evidence of other sexual conduct of the complainant which will unfairly prejudice them against the complainant and thus lead to an improper verdict. Accepting that evidence that diverts the trier of fact

l'aurait ensuite menacé de l'accuser de viol s'il ne lui remettait pas 100 \$ de plus. L'homme a refusé de payer cette somme additionnelle. La femme le fait arrêter pour viol et il la fait arrêter pour extorsion. Dans le procès pour extorsion, le ministère public aurait le droit de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la femme—d'autres hommes pourraient témoigner qu'elle leur a extorqué de l'argent de la même façon. Toutefois, dans le procès pour viol où la femme se trouve témoin et plaignante, la preuve de ce *modus operandi* serait écartée dans la plupart des États. Les faits sont les mêmes dans les deux cas, de même que la question en litige, que la femme se trouve victime d'un viol ou auteur d'une prétendue extorsion. La pertinence des témoignages devrait également être la même dans les deux cas. Si le comportement sexuel antérieur de la femme est suffisamment pertinent pour être admis contre elle au cours du procès où elle est défenderesse, ayant alors droit de bénéficier des protections offertes par la Constitution, cette preuve devrait certainement être suffisamment pertinente pour être admise au cours du procès où elle est simplement un témoin, n'ayant droit à aucune protection constitutionnelle. La pertinence dépend des questions à trancher au cours du procès et non pas du crime dont la personne est accusée.

Ces exemples font clairement ressortir que l'art. 276 risque d'écartier une preuve fort pertinente pour la défense. Peut-on honnêtement affirmer, comme le procureur général de l'Ontario, que la valeur de cette preuve sera toujours insignifiante par rapport au risque d'induire le jury en erreur? Je ne le crois pas. Ces exemples indiquent que cette preuve peut être très importante pour découvrir la vérité et déterminer si l'accusé est coupable ou innocent en vertu de la loi—l'objectif ultime du procès. En outre, ils montrent que l'art. 276, dont l'adoption visait à aider le juge et le jury à arriver au verdict juste, outrepassa le but visé puisqu'il peut avoir l'effet contraire et les empêcher de découvrir la vérité.

L'examen des répercussions de l'art. 276 sur les justifications mentionnées plus haut permet aussi de conclure que cet article va trop loin. La première et la plus importante de ces justifications est que l'art. 276 vise à empêcher le juge et le jury d'être influencés par des preuves non pertinentes d'autres activités sexuelles de la plaignante, qui les préviendront contre elle et conduiront à un verdict incorrect. On peut accepter que des preuves qui détournent l'attention

from the real issue and prejudices the chance of a true verdict can properly be excluded even if it possesses some relevance, the fact remains that a provision which categorically excludes evidence without permitting the trial judge to engage in the exercise of whether the possible prejudicial effect of the evidence outweighs its value to the truth-finding process runs the risk of overbreadth: see Doherty, *supra*, at p. 65.

The argument based on the reporting of sexual offences similarly fails to justify the wide reach of s. 276. As Doherty points out at p. 65, it is counter-productive to encourage reporting by a rule which impairs the ability of the trier of fact to arrive at a just result and determine the truth of the report. Reporting is but the first step in the judicial process, not an end in itself. But even if it is assumed that increased reporting will result in increased convictions, the argument is unpersuasive. Elliott, at p. 14, discounts this justification for prohibitions of relevant evidence on the ground that it "cross[es] a hitherto uncrossed line" to rule out legitimate tactics which may help an innocent man escape conviction. To accept that persuasive evidence for the defence can be categorically excluded on the ground that it may encourage reporting and convictions is, Elliott points out, to say either (a) that we assume the defendant's guilt; or (b) that the defendant must be hampered in his defence so that genuine rapists can be put down. Neither alternative conforms to our notions of fundamental justice.

Finally, the justification of maintaining the privacy of the witness fails to support the rigid exclusionary rule embodied in s. 276 of the *Code*. First, it can be argued that important as it is to take all measures possible to ease the plight of the witness, the constitutional right to a fair trial must take precedence in case of conflict. As Doherty puts it (at p. 66):

du juge des faits de la véritable question en litige et diminuent les chances d'un verdict correct puissent être écartées à bon droit même si elles ont une certaine pertinence, mais le fait demeure qu'une disposition qui exclut catégoriquement une preuve sans permettre au juge du procès de déterminer si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur dans le processus de découverte de la vérité risque d'avoir une trop grande portée: voir Doherty, précité, à la p. 65.

L'argument selon lequel l'art. 276 vise à inciter au dépôt de plaintes en matière d'infractions d'ordre sexuel ne permet pas non plus d'en justifier la large portée. Comme l'indique Doherty à la p. 65, il ne sert à rien d'inciter au dépôt d'une plainte au moyen d'une règle qui empêche le juge des faits d'arriver à un résultat équitable et d'établir la véracité de la plainte. Le dépôt d'une plainte n'est que la première étape du processus judiciaire, non une fin en soi. Toutefois, même si l'on suppose qu'un accroissement du nombre de plaintes puisse donner lieu à un accroissement du nombre de déclarations de culpabilité, cet argument n'est pas convaincant. Elliott, à la p. 14, écarte ce moyen de justifier l'interdiction de preuves pertinentes au motif que [TRADUCTION] «l'on franchit ainsi une ligne jamais franchie jusqu'ici» pour écarter des tactiques légitimes susceptibles d'aider une personne innocente à échapper à la condamnation. Accepter que des preuves convaincantes à l'appui de la défense puissent être catégoriquement exclues parce que cette exclusion peut inciter au dépôt de plaintes et accroître le nombre de déclarations de culpabilité, c'est soutenir, comme l'indique Elliott, a) que l'on suppose que le défendeur est coupable ou b) que le défendeur doit être gêné dans sa défense pour que les véritables agresseurs sexuels puissent être condamnés. Ni l'une ni l'autre de ces affirmations n'est compatible avec nos notions de justice fondamentale.

Enfin, la protection de la vie privée du témoin ne permet pas non plus de justifier la règle stricte d'inadmissibilité prévue à l'art. 276 du *Code*. Premièrement, on peut soutenir que s'il est important de prendre toutes les mesures possibles pour protéger le témoin, il faut, en cas de conflit, que le droit constitutionnel à un procès équitable l'emporte. Voici ce que dit Doherty (à la p. 66):

Every possible procedural step should be taken to minimize the encroachment on the witness's privacy, but in the end if evidence has sufficient cogency the witness must endure a degree of embarrassment and perhaps psychological trauma. This harsh reality must be accepted as part of the price to be paid to ensure that only the guilty are convicted.

Secondly, s. 276 goes further than required to protect privacy because it fails to permit an assessment of the effect on the witness of the evidence—an effect which may be great in some cases and small in others—in relation to the cogency of the evidence.

The failings of s. 276 are inherent in its concept. Commentators have identified two fundamental flaws in rape-shield provisions similar to s. 276. The first is that such provisions fail to distinguish between the different purposes for which evidence may be tendered. The legislation may misdefine the evil to be addressed as evidence of sexual activity, when in fact the evil to be addressed is the narrower evil of the misuse of evidence of sexual activity for irrelevant and misleading purposes, namely the inference that the complainant consented to the act or that she is an unreliable witness. The result of this misdefinition of the problem is a blanket prohibition of evidence of sexual activity, regardless of whether the evidence is tendered for an illegitimate purpose or for a valid one. This defect is noted by Professor Galvin in her analysis of the various statutes in force in the United States (at p. 812):

The basic problem with existing rape-shield legislation is its failure to distinguish between benign and invidious uses of sexual conduct evidence. This failure stems from a misperception by the drafters of the precise wrong to be redressed by reform legislation. The result is not merely bad evidence law; in many instances, the result is constitutional problems that stem from unnecessarily broad enactments. These various problems could have been avoided . . . if the legislators had clearly understood the underlying evidentiary concepts and had properly incorporated those concepts in the rape-shield statutes.

[TRADUCTION] On doit veiller à ce que soient prises toutes les mesures procédurales possibles permettant de minimiser l'atteinte à la vie privée du témoin; toutefois, si la preuve est suffisamment forte, le témoin doit supporter un certain degré d'embarras, voire un traumatisme psychologique. Cette dure réalité doit être acceptée comme une partie du prix à payer pour que seuls les coupables soient condamnés.

Deuxièmement, l'art. 276 va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la vie privée puisqu'il ne permet pas une évaluation des répercussions de la preuve sur le témoin—importantes dans certains cas et minimes dans d'autres—par rapport à la force de la preuve.

Les lacunes de l'art. 276 sont propres au concept qu'il renferme. Les commentateurs ont conclu que les dispositions semblables à l'art. 276 comportent deux lacunes fondamentales. Premièrement, ces dispositions ne permettent pas d'établir une distinction entre les divers objets pour lesquels la preuve peut être présentée. La disposition peut définir erronément le problème comme ayant trait à la présentation d'une preuve de comportement sexuel, alors qu'en réalité le problème touche seulement la mauvaise utilisation de ce genre de preuve à des fins non pertinentes et trompeuses, savoir l'inférence que la plaignante a consenti aux rapports sexuels ou qu'elle est un témoin peu fiable. Cette description erronée du problème aboutit à l'interdiction générale de toute preuve de comportement sexuel, qu'elle soit présentée à une fin illégitime ou valide. Ce problème est relevé par le professeur Galvin dans son analyse des diverses lois en vigueur aux États-Unis (à la p. 812):

[TRADUCTION] Le problème fondamental des textes législatifs visant la protection des victimes de viol est qu'ils n'établissent pas de distinction entre l'utilisation inoffensive et préjudiciable de la preuve sur le comportement sexuel. Cette lacune découle du fait que les rédacteurs ont mal perçu le problème précis que devait régler la disposition corrective. Non seulement on se retrouve avec de mauvaises règles de preuve, mais, dans de nombreux cas, surviennent des problèmes constitutionnels découlant de textes législatifs d'une portée inutilement large. Ces différents problèmes auraient pu être évités . . . si le législateur avait bien compris les concepts de preuve fondamentaux et les avait bien incorporés dans les textes législatifs visant la protection des victimes de viol.

Section 276 takes the form of a basic prohibition of evidence of other sexual activity, regardless of the purpose for which it is tendered. It then stipulates three exceptions—evidence to rebut prosecution evidence of sexual activity; evidence tending to establish the identity of the person who committed the act; and evidence of sexual activity on the same occasion relating to consent. While there is some concession to the need to permit evidence of sexual activity for legitimate purposes, the exceptions exclude other purposes where the evidence would not be merely misleading, but truly relevant and helpful. In so far as they do so, the legislation falls into the trap identified by Professor Galvin.

A second and related criticism of provisions such as s. 276 is that they adopt a “pigeon-hole” approach which is incapable of dealing adequately with the fundamental evidentiary problem at stake, that of determining whether or not the evidence is truly relevant, and not merely irrelevant and misleading. This amounts, in effect, to predicting relevancy on the basis of a series of categories. Courts and scholars frequently have alluded to the impossibility of predicting relevance in advance by a series of rules or categories. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at pp. 370-71, Sopinka J., speaking for the majority of this Court, stated:

It is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence. Relevance is very much a function of the other evidence and issues in a case. Attempts in the past to define the criteria for the admission of similar facts have not met with much success . . . . The test must be sufficiently flexible to accommodate the varying circumstances in which it must be applied.

Scholars have criticized rape-shield legislation adopting the format of a blanket exclusion supplemented by exceptions on the ground that this approach is inherently incapable of permitting the Court sufficient latitude to properly determine relevance in the individual case. Professor Galvin says of

L'article 276 interdit fondamentalement la présentation de preuve sur d'autres comportements sexuels, quelle que soit la fin ainsi recherchée. Cette interdiction est ensuite assujettie à trois exceptions: la preuve qui repousse une preuve de comportement sexuel présentée par la poursuite, la preuve présentée dans le but d'établir l'identité de l'auteur de l'acte et la preuve de comportement sexuel survenu à la même occasion, relativement au consentement. Bien que l'on reconnaisse la nécessité de permettre la présentation à des fins légitimes d'une preuve concernant le comportement sexuel, les exceptions excluent d'autres fins où la preuve ne serait pas simplement trompeuse, mais fort pertinente et utile. Dans ce cas, la disposition tombe dans le piège mentionné par le professeur Galvin.

Une deuxième critique, connexe, formulée à l'endroit de dispositions comme l'art. 276 est qu'elles préconisent une «compartimentation» des éléments de preuve, qui ne permet pas de trancher de façon appropriée le problème de preuve fondamental en cause, c'est-à-dire déterminer si la preuve est réellement pertinente et non simplement sans objet et trompeuse. Cela équivaut à prédire la pertinence en fonction d'une série de catégories. Les tribunaux et les commentateurs ont fréquemment parlé de l'impossibilité de prédire la pertinence au moyen d'une série de règles ou de catégories. Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, aux pp. 370 et 371, le juge Sopinka, au nom de la majorité, dit:

Il est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve. La pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire. Les tentatives pour définir par le passé les critères d'admission de faits similaires n'ont pas connu beaucoup de succès. [. . .] Le critère doit présenter suffisamment de souplesse pour s'adapter aux circonstances diverses dans lesquelles il doit être appliqué.

Des commentateurs ont critiqué les dispositions législatives sur la protection des victimes de viol qui comportent une interdiction générale assortie d'exceptions parce que, selon eux, cette méthode n'offre pas au tribunal suffisamment de latitude pour déterminer correctement la pertinence dans un cas donné.

this type of provision (the “Michigan” model), at p. 814:

... many of the statutes fail to afford the accused the opportunity to present sexual conduct evidence which is indisputably relevant and necessary to the presentation of a legitimate defense theory. On one level, the problem is simply a failure to codify a sufficient number of exceptions; the case law amply demonstrates the need to amend many of these statutes by providing more bases for admitting sexual conduct evidence. More significant, however, is the fact that the common element linking each of these relevant uses of sexual conduct evidence seems to have escaped the notice of the drafters—none requires reliance on the invidious common-law notions that a woman’s consent to sexual relations with one man implies either consent to relations with others or a lack of credibility.

In short, the problem with legislation like s. 276, as Professor Galvin sees it, is its failure to rely on the governing concept of whether the evidence is being tendered for an irrelevant, illegitimate purpose, and its reliance instead on categories of admissible evidence which can never anticipate the multitude of circumstances which may arise in trials for sexual offences. The failing is summed up succinctly by Doherty, *supra*, at p. 57, where he characterizes s. 276 as calling for “a mechanical ‘pigeon-holing’ approach to the question of admissibility based on criteria which may in a given case have little to do with the potential value of the evidence.”

To summarize, s. 276 has the potential to exclude otherwise admissible evidence which may in certain cases be relevant to the defence. Such evidence is excluded absolutely, without any means of evaluating whether in the circumstances of the case the integrity of the trial process would be better served by receiving it than by excluding it. Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section—finding the truth and arriving at the correct verdict—suggests the evidence should be received. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not

Voici ce que dit le professeur Galvin à la p. 814, au sujet du modèle «Michigan»:

[TRADUCTION] ... un grand nombre de ces lois ne permettent pas à l'accusé de présenter de preuve sur le comportement sexuel, qui est sans conteste pertinente et nécessaire à l'appui d'une défense légitime. D'une part, le problème est tout simplement une omission de codifier un nombre suffisant d'exceptions; la jurisprudence illustre amplement la nécessité de modifier un grand nombre de ces lois pour que puisse être admise plus souvent la preuve sur le comportement sexuel. Toutefois, il est encore plus important de signaler que les rédacteurs ne semblent pas avoir vu le lien commun entre chacune de ces utilisations pertinentes de la preuve portant sur le comportement sexuel—c'est-à-dire qu'il n'est jamais fait mention de la notion désobligeante de common law selon laquelle le consentement d'une femme à des rapports sexuels avec un homme laisse supposer qu'elle a consenti à des rapports avec d'autres ou qu'elle manque de crédibilité.

Bref, selon le professeur Galvin, le problème que présente une disposition comme l'art. 276 est qu'elle ne s'appuie pas sur la notion primordiale de pertinence et de validité de la fin visée mais plutôt sur des catégories de preuves admissibles qui ne peuvent jamais prévoir la multitude de situations pouvant se présenter dans des procès pour des infractions d'ordre sexuel. Doherty, précité, décrit succinctement cette lacune à la p. 57, où il dit que l'art. 276 exige [TRADUCTION] «une démarche de «compartimentation» mécanique face à la question de l'admissibilité fondée sur des critères qui, dans un cas donné, peuvent avoir peu de rapport avec la valeur potentielle de la preuve.»

En résumé, l'art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve, par ailleurs admissible, susceptible dans certains cas d'être pertinente pour la défense. Il s'agit d'une interdiction absolue qui ne permet pas d'évaluer si, dans les circonstances de l'affaire, l'intégrité du procès ne serait pas mieux assurée par la réception de cette preuve que par son exclusion. Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition—découvrir la vérité et arriver au bon verdict—indiquerait que cette preuve devrait être admise. Étant donné que notre système de



be convicted, the right to present one's case should not be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations. What is required is a law which protects the fundamental right to a fair trial while avoiding the illegitimate inferences from other sexual conduct that the complainant is more likely to have consented to the act or less likely to be telling the truth.

#### (e) Other Rules of Evidence

It was suggested that s. 276 is only one of many rules of evidence which limit the right to present relevant defence evidence. The rules against hearsay, opinion, and character evidence, as well as the rules of privilege, undeniably limit the right to call evidence. The presence of such rules, it is argued, suggests that rules categorically prohibiting evidence that may be relevant to the defence are not contrary to the principles of fundamental justice nor to our notions of what constitutes a fair trial.

This argument rests on the assumption that rules of evidence commonly exclude evidence relevant to the defence, the value of which is not substantially outweighed by its prejudice. A closer examination of the rules, however, casts doubt on this proposition. In fact, the exclusionary rules of evidence are based on the justification that the evidence excluded is likely to do more harm than good to the trial process. Moreover, these rules, as they have developed in recent years, admit of a great deal of flexibility, allowing considerable discretion to the trial judge to admit evidence in cases where the value of the evidence outweighs its potential prejudice.

Consider the hearsay rule. At one time it was seen as an absolute prohibition subject to a number of limited, rigidly defined exceptions. In this respect, it resembled s. 276 of the *Criminal Code*. But in more recent times, this inflexible approach has been replaced by an approach which allows more discretion to the trial judge. Thus this Court in *Ares v. Ven-*

justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes. Il faut une règle qui protège le droit fondamental à un procès équitable, mais qui ne permet pas de déduire sans motif légitime que la plaignante, à cause d'un comportement sexuel antérieur, est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte ou moins susceptible de dire la vérité.

#### e) Les autres règles de preuve

On prétend que l'art. 276 n'est qu'une des nombreuses règles de preuve qui restreignent le droit de présenter une preuve pertinente en défense. Par exemple, les règles contre le oui-dire, le témoignage d'opinion et la preuve de moralité ainsi que les règles ayant trait au privilège restreignent incontestablement le droit de présenter une preuve. On allègue que l'existence même de ces règles indique qu'il n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale ni à notre conception du procès équitable, d'interdire catégoriquement la présentation d'une preuve susceptible d'être pertinente pour la défense.

Cet argument repose sur l'hypothèse que des règles de preuve excluent fréquemment des éléments de preuve pertinents pour la défense, dont la valeur probante ne l'emporte pas sensiblement sur leur effet préjudiciable. Un examen plus attentif de ces règles permet toutefois de douter de cette proposition. En fait, la justification des règles d'exclusion de preuve est que la preuve exclue est susceptible d'avoir sur le procès un effet plus préjudiciable que salutaire. Par ailleurs, au cours des dernières années, ces règles sont devenues très souples, de sorte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire important lorsqu'il s'agit d'admettre des éléments de preuve dont la valeur probante l'emporte sur le préjudice possible.

Prenons par exemple la règle du oui-dire. À une certaine époque, la preuve par oui-dire était absolument interdite, sous réserve d'un certain nombre de catégories d'exceptions strictement définies. Cette règle ressemblait à cet égard à l'art. 276 du *Code criminel*. Toutefois, au cours des dernières années, cette rigidité a été remplacée par une plus grande latitude

ner, [1970] S.C.R. 608, held that old categories are no longer exclusive and that hearsay evidence which does not fall within one of the traditional exceptions may be received if it is (a) necessary, and (b) reliable. This approach was recently affirmed by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. The reason for the change was simple. The judges perceived that the rules of evidence were unfairly restricting the right to bring relevant and helpful evidence before the court, thereby undermining the ability of the court to find the truth and do justice. So the courts broadened the rule to conform to their sense of justice by permitting judges convinced of the reliability and trustworthiness of the evidence to admit it despite its failure to conform to the traditional exceptions to the hearsay rule.

The same is true of privilege. Courts have held that informer and solicitor and client privilege do not apply where the effect would be to prevent the defendant on a criminal charge from bringing forward relevant evidence: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, *supra*; *R. v. Dunbar and Logan*, *supra*.

The law relating to opinion evidence similarly stops far short of absolute exclusion. The opinion evidence rule is less a rule of exclusion than a means of setting certain conditions for the reception of evidence which might otherwise be unreliable—evidence which, moreover, is usually collateral to the issues of fact involved in the case and which may arguably infringe on the role of the trier of fact of drawing inferences from the facts as found. Provided the witness can be shown to be qualified to give the opinion and provided the opinion is relevant and does not trench unduly on the judge's or jury's ultimate task, it may be received. Again, in practice considerable discretion rests with the trial judge in weighing the proper considerations in the particular case.

Similarly, character evidence may be received on a criminal trial where its relevance outweighs its

laissée au juge de première instance. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, notre Cour a statué que les anciennes catégories de preuve ne sont plus absolues et que la preuve par ouï-dire, qui ne relève pas des exceptions traditionnelles, pouvait être admise une fois établie a) sa nécessité et b) sa fiabilité. Cette attitude a récemment été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. La raison de ce changement est simple. Les juges se sont rendu compte que les règles de preuve restreignaient injustement le droit de produire des éléments de preuve pertinents et utiles et portaient ainsi atteinte à la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice. Les tribunaux ont donc élargi la règle pour répondre à leur sens de la justice en permettant aux juges convaincus de la fiabilité et de l'exactitude d'une preuve de l'admettre même si elle ne relève pas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

Il en est de même du privilège. Les tribunaux ont statué que le privilège à l'égard des indicateurs de police et celui du secret professionnel de l'avocat ne jouent pas lorsque leur application empêcherait la défense, dans un procès criminel, de présenter des éléments de preuve pertinents: *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, précité; *R. v. Dunbar and Logan*, précité.

Le témoignage d'opinion est lui aussi loin d'être interdit de façon absolue. La règle à cet égard constitue moins une règle d'exclusion qu'un moyen d'établir certaines conditions de recevabilité d'une preuve qui par ailleurs pourrait ne pas être fiable—le témoignage d'opinion est habituellement incident aux questions de fait et on peut soutenir que le témoin usurpe ainsi le rôle du juge des faits de tirer des conclusions à partir des faits constatés. Si le témoin a les qualités requises pour donner une opinion et si l'opinion est pertinente et n'empiète pas indûment sur le rôle ultime du juge ou du jury, elle peut être recevable. En pratique, le juge du procès jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire dans la pondération des considérations pertinentes dans chaque cas.

De même, la preuve de moralité peut être admise dans un procès criminel quand sa pertinence l'em-

prejudice. The effect of s. 276 may be to exclude such evidence. Consider evidence as to the conduct of the accused on other occasions, sometimes called evidence of similar acts. The law has abandoned the former category approach to similar fact evidence and now permits evidence of similar prior acts, notwithstanding the inference of disposition or character which may be drawn from them, provided their relevance to a specific feature of the case outweighs their prejudicial value. The determination is made by the trial judge on the facts of the particular case. Section 276, on the other hand, excludes evidence of similar sexual acts categorically, without any consideration of the probative value of the evidence in relation to its potential for prejudice.

The common law rules of evidence may not be perfect. Certainly, the rules relating to evidence of sexual conduct which s. 276 abolished often operated unfairly. At the same time, the more flexible approach which the courts of late have taken in decisions on the rules of evidence reflects a keen sensitivity to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations. The problem with s. 276 is that it may operate to exclude relevant evidence where there are no countervailing considerations capable of outweighing the value of the evidence.

For these reasons, I cannot accept the argument that the common law approach to the rules of evidence supports the constitutionality of s. 276 of the *Criminal Code*.

(f) Other Jurisdictions

In support of the contention that s. 276 of the *Code* does not infringe the principles of fundamental justice or the right to a fair trial, it is argued that provisions similar to s. 276 have been upheld in other jurisdictions.

The first point to note is that s. 276 is among the most draconian approaches to the problem of eradicating improper inferences as to consent and credibility from the evidence of the sexual activities of the

porte sur le préjudice qu'elle peut causer. L'article 276 peut avoir pour effet d'exclure une telle preuve. Mentionnons la preuve relative à la conduite de l'accusé en d'autres occasions, que l'on appelle parfois la preuve de faits similaires. L'ancienne approche catégorielle à l'égard de la preuve de faits similaires a été abandonnée en droit et il est maintenant possible de présenter une preuve d'actes similaires, malgré la conclusion de prédisposition ou de moralité qu'on peut en tirer, pourvu que la pertinence de cette preuve à l'égard d'un élément particulier de l'affaire l'emporte sur son effet préjudiciable. Le juge du procès décide à cet égard suivant les faits de l'espèce. Par contre, l'art. 276 exclut catégoriquement toute preuve d'actes similaires de comportement sexuel, quelle que soit la valeur probante de cette preuve par rapport à son effet préjudiciable possible.

Les règles de common law en matière de preuve peuvent ne pas être parfaites. L'application des règles de preuve sur le comportement sexuel, que l'art. 276 a abolies, avait souvent des conséquences inéquitables. Par ailleurs, l'attitude plus souple que les tribunaux ont récemment adoptée dans des décisions en matière de preuve indique qu'ils sont particulièrement sensibles à la nécessité de recevoir une preuve d'une valeur probante réelle en l'absence d'autres considérations dominantes. Le problème de l'art. 276 est qu'il peut entraîner l'exclusion d'une preuve pertinente en l'absence d'autres considérations susceptibles de l'emporter sur sa valeur probante.

Pour ces motifs, je ne peux accepter l'argument que la démarche de la common law en matière de règles de preuve appuie la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code criminel*.

h) Les autres ressorts

À l'appui de la prétention que l'art. 276 du *Code* ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale ou au droit à un procès équitable, on allègue que des dispositions analogues à l'art. 276 ont été confirmées dans d'autres ressorts.

Le premier point à signaler est que l'art. 276 constitue la réponse la plus draconienne au problème de l'élimination d'inférences inappropriées quant au consentement et à la crédibilité tirées de la preuve

complainant. Section 276 follows the so-called "Michigan" model, which consists in a general prohibition followed by a series of exceptions. The Michigan model is generally regarded as the most invasive of the rape-shield laws in so far as it admits of no judicial discretion to receive relevant evidence which may not fall into the enumerated exceptions. Provisions in England, Australia and many of the United States generally allow for some measure of judicial discretion to deal with the impossibility of foreseeing all eventualities and avoiding the unfairness of excluding evidence which may be highly relevant to the defence. Professor Galvin, at pp. 876-902, identifies three other types of rape-shield provisions found in the United States and elsewhere—the "Texas", "federal", and "California" models—which all provide for some judicial discretion.

It is a misleading oversimplification to say that statutes following the Michigan model have been widely upheld. While the courts have avoided striking them down in their entirety, they have used two techniques to permit the reception of relevant evidence which does not fall within the exceptions, thereby circumventing them. The techniques are "reading down" and "constitutional exemption". Professor Galvin comments on these statutes and the judicial response to them as follows at pp. 773-74:

In effect, these statutes have stripped courts of their discretion to determine the relevancy of sexual conduct evidence on a case-by-case basis. Although these statutes are highly protective of the interests of the complainant and the state, they do not accommodate sufficiently the needs of the accused to present relevant evidence in his behalf.

Indeed, a pattern of judicial response to restrictive Michigan-type statutes has developed. In a significant number of cases, appellate courts have strained to uphold the validity of these statutes while at the same time ordering the introduction of relevant sexual conduct evidence. This result has been achieved by circumventing the explicit statutory prohibitions and by relying

concernant le comportement sexuel du plaignant. Le libellé de l'art. 276 suit le modèle dit «Michigan», c'est-à-dire qu'il comprend une interdiction générale assortie d'une série d'exceptions. Une disposition établie suivant ce modèle est généralement considérée comme la plus restrictive des dispositions sur la protection des victimes de viol en ce qu'elle ne laisse aux juges aucune latitude quant à l'utilisation d'une preuve pertinente qui pourrait ne pas faire partie des exceptions énumérées. En Angleterre, en Australie et dans de nombreux États américains, les tribunaux disposent généralement d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant de se prononcer relativement à un cas non prévu; ils peuvent de ce fait éviter que l'exclusion d'une preuve fort pertinente pour la défense n'entraîne une situation inéquitable. Le professeur Galvin, aux pp. 876 à 902, présente trois autres types de dispositions sur la protection des victimes de viol en vigueur aux États-Unis et ailleurs—le modèle «Texas», le modèle «fédéral» et le modèle «Californie»—qui accordent toutes aux tribunaux un certain pouvoir discrétionnaire.

C'est simplifier trop et à tort que d'affirmer que les textes législatifs rédigés selon le modèle «Michigan» ont été en grande partie maintenus. Bien que les tribunaux aient évité de les déclarer inopérants en entier, ils les ont contournés en utilisant deux techniques pour permettre la recevabilité de preuves pertinentes non visées par les exceptions. Ces techniques sont celles de «l'interprétation atténuée» et de «l'exemption constitutionnelle». Voici les commentaires du professeur Galvin à ce sujet aux pp. 773 et 774:

[TRADUCTION] En effet, ces textes législatifs ont dépouillé les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire de déterminer selon chaque cas la pertinence des preuves concernant le comportement sexuel. Bien que ces textes protègent fort bien les intérêts du plaignant et de l'État, ils ne permettent pas de répondre adéquatement aux besoins de l'accusé de présenter une preuve pertinente.

En fait, les tribunaux ont établi un type de réponse aux textes législatifs restrictifs de type «Michigan». Dans un nombre important de cas, les tribunaux d'appel se sont efforcés de confirmer la validité de ces lois, tout en ordonnant en même temps la présentation de preuves pertinentes concernant le comportement sexuel. Les tribunaux y sont arrivés en contournant les interdictions

instead on legislative history and underlying policy considerations. In a smaller number of cases, courts have held the Michigan-style statutes unconstitutional as applied in particular factual settings. Some of the statutes have been amended in response to cases that demonstrated the need for additional exceptions.

The fact that courts in other jurisdictions have found it necessary to curtail the effect of legislation similar to s. 276 of the *Criminal Code* so as to permit accused persons to present evidence relevant to their defence reinforces the conclusion that the legislation offends the principles of fundamental justice underlying a fair criminal trial.

(g) Summary

I conclude that the operation of s. 276 of the *Criminal Code* permits the infringement of the rights enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In achieving its purpose—the abolition of the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—it overshoots the mark and renders inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial. In exchange for the elimination of the possibility that the judge and jury may draw illegitimate inferences from the evidence, it exacts as a price the real risk that an innocent person may be convicted. The price is too great in relation to the benefit secured, and cannot be tolerated in a society that does not countenance in any form the conviction of the innocent. Support for this conclusion is found in other rules of evidence which have adapted to meet the dangers of arbitrarily excluding valuable evidence, as well as the law in other jurisdictions, which by one means or another rejects the idea that rape-shield legislation, however legitimate its aims, should be cast so widely as to deprive the accused of the tools with which to build a legitimate defence.

Section 277 does not, by contrast, offend the *Charter*.

législatives expresses et en invoquant plutôt l'historique des dispositions et les considérations de principe sous-jacentes. Dans quelques cas, les tribunaux ont déclaré inconstitutionnels les textes législatifs de type Michigan, en fonction des circonstances particulières de l'affaire. Certains de ces textes ont été modifiés en réaction aux décisions qui ont démontré la nécessité d'exceptions additionnelles.

Le fait que les tribunaux d'autres ressorts aient jugé nécessaire d'atténuer l'effet de dispositions semblables à l'art. 276 du *Code criminel* pour que l'accusé puisse présenter des preuves pertinentes à l'appui de sa défense renforce la conclusion que les dispositions contreviennent aux principes de justice fondamentale qui sont à la base d'un procès criminel équitable.

d g) Résumé

Je conclus que l'art. 276 du *Code criminel* permet la violation de droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Pour atteindre son but, c'est-à-dire abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d'une défense légitime et, partant, à la tenue d'un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d'inférence illégitime à partir de la preuve, l'art. 276 exige que l'on coure le risque réel de voir condamner un innocent. C'est payer trop chèrement l'avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n'approuve aucunement la condamnation d'un innocent. Cette conclusion est appuyée par d'autres règles de preuve qui ont été adaptées face au risque d'exclusion arbitraire de preuves utiles, de même que par des règles de droit dans d'autres ressorts qui d'une façon ou d'une autre rejettent l'idée que les textes législatifs sur la protection des victimes de viol, aussi légitimes que soient leurs buts, soient rédigés en termes larges au point de priver l'accusé des moyens d'établir une défense légitime.

Par contre, l'art. 277 ne contrevient pas à la *Charte*.

2. *Is s. 276 Saved by s. 1 of the Charter?*

Is s. 276 of the *Criminal Code* justified in a free and democratic society, notwithstanding the fact that it may lead to infringements of the *Charter*?

The first step under s. 1 is to consider whether the legislation addresses a pressing and substantial objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As already discussed, it does.

The second requirement under s. 1 is that the infringement of rights be proportionate to the pressing objective. This inquiry involves three considerations. The first—whether there exists a rational connection between the legislative measure and the objective—is arguably met; s. 276 does help to exclude unhelpful and potentially misleading evidence of the complainant's prior sexual conduct. The second consideration under proportionality is whether the legislation impairs the right as little as possible. It has been suggested that legislatures must be given some room to manoeuvre, particularly where the legislation is attempting to fix a balance between competing groups in society: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Assuming that this case, although criminal and as such a contest between the state and the accused, might fall into this class, it still cannot be said that the degree of impairment effected by s. 276 is appropriately restrained. In creating exceptions to the exclusion of evidence of the sexual activity of the complainant on other occasions, Parliament correctly recognized that justice requires a measured approach, one which admits evidence which is truly relevant to the defence notwithstanding potential prejudicial effect. Yet Parliament at the same time excluded other evidence of sexual conduct which might be equally relevant to a legitimate defence and which appears to pose no greater danger of prejudice than the exceptions it recognizes. To the extent the section excludes relevant defence evidence whose value is not clearly outweighed by the danger it presents, the section is overbroad.

2. *L'article 276 est-il sauvegardé par l'article premier de la Charte?*

L'article 276 du *Code criminel* est-il justifié dans une société libre et démocratique, bien qu'il puisse donner lieu à une violation de la *Charte*?

La première étape de l'examen consiste à se demander si l'objectif que cherche à atteindre la loi se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Suivant l'analyse déjà faite, il faut répondre affirmativement à cette question.

En deuxième lieu, la violation des droits doit être proportionnée à l'objectif se rapportant à une préoccupation urgente. Cet examen comporte trois volets. Premièrement, on peut dire que les mesures législatives ont un lien rationnel avec l'objectif en question car l'art. 276 permet d'exclure des éléments de preuve inutiles, voire même trompeurs, concernant le comportement sexuel du plaignant. Deuxièmement, il faut se demander si la mesure législative est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. On prétend que le législateur doit bénéficier d'une certaine marge de manoeuvre, notamment lorsqu'il tente de trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents dans la société: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. À supposer que la présente affaire, bien que de nature criminelle et opposant comme telle le ministère public et l'accusé, puisse se classer dans cette catégorie, on ne saurait quand même dire que le degré de violation que comporte l'art. 276 est suffisamment restreint. En créant des exceptions à l'exclusion de la preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occasions, le législateur a correctement reconnu la nécessité d'une approche modérée, qui autorise la présentation d'une preuve vraiment pertinente pour la défense, quel qu'en soit l'effet préjudiciable possible. Toutefois, le législateur exclut en même temps d'autres éléments de preuve sur le comportement sexuel qui pourraient être aussi pertinents pour la défense et qui ne semblent pas avoir un effet préjudiciable plus important que celui des exceptions prévues. Dans la mesure où cet article ne permet pas à la défense de présenter une preuve pertinente dont la valeur n'est pas clairement surpassée par son effet préjudiciable, il a une portée trop large.

I turn finally to the third aspect of the proportionality requirement—the balance between the importance of the objective and the injurious effect of the legislation. The objective of the legislation, as discussed above, is to eradicate the erroneous inferences from evidence of other sexual encounters that the complainant is more likely to have consented to the sexual act in issue or less likely to be telling the truth. The subsidiary aims are to promote fairer trials and increased reporting of sexual offences and to minimize the invasion of the complainant's privacy. In this way the personal security of women and their right to equal benefit and protection of the law are enhanced. The effect of the legislation, on the other hand, is to exclude relevant defence evidence, the value of which outweighs its potential prejudice. As indicated in the discussion of s. 7, all parties agree that a provision which rules out probative defence evidence which is not clearly outweighed by the prejudice it may cause to the trial strikes the wrong balance between the rights of complainants and the rights of the accused. The line must be drawn short of the point where it results in an unfair trial and the possible conviction of an innocent person. Section 276 fails this test.

I conclude that s. 276 is not saved by s. 1 of the *Charter*.

3. *Can the Legislation be Saved by Application of the Doctrine of Constitutional Exemption?*

The majority of the court below, having concluded that s. 276 in some of its applications violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, declined to strike the section down on the ground that the appropriate remedy was for the trial judge to decline to apply the section in the cases where a constitutional violation would occur, which the majority predicted would be rare.

I leave aside the question of whether, having found the legislation suffers from overbreadth which is not cured by s. 1 of the *Charter*, it is open to the Court to declare it valid in part by techniques such as reading down and constitutional exemption. Assuming, with-

Enfin, je passe à l'examen du troisième aspect du critère de proportionnalité, savoir l'existence d'un équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable de la loi. En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, l'objectif de la loi est d'empêcher que les preuves d'autres actes de comportement sexuel permettent de déduire à tort que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte sexuel en question ou moins susceptible de dire la vérité. Subsidiativement, les dispositions attaquées visent à favoriser l'équité des procès, à inciter au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel et enfin à réduire le plus possible l'atteinte à la vie privée de la plaignante. On améliore ainsi la sécurité personnelle des femmes et leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Par contre, ces dispositions ont pour effet d'exclure des preuves pertinentes pour la défense, dont la valeur l'emporte sur leur effet préjudiciable possible. Comme je l'ai indiqué dans l'analyse de l'art. 7, toutes les parties reconnaissent qu'une disposition qui écarte une preuve de la défense, dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir sur le procès, ne permet pas d'accorder le même poids aux droits des plaignants et à ceux des accusés. Il faut fixer la limite de façon à empêcher la tenue d'un procès inéquitable et la condamnation possible d'une personne innocente. L'article 276 ne satisfait pas à ce critère.

Je conclus que l'art. 276 n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

3. *La disposition législative est-elle sauvegardée par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle?*

La Cour d'appel à la majorité, ayant conclu que l'art. 276 violait à certains égards l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, s'est abstenue de déclarer inopérant l'article en question au motif qu'il appartenait au juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où son application entraînerait une violation de la Constitution, ce qui, selon la majorité, serait rare.

Ayant conclu que la disposition a une portée trop large et n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, je n'examinerai pas si la Cour peut déclarer une loi valide en partie au moyen de techniques comme celles de l'interprétation atténuée et de

out deciding, that this course is open, the question is whether the doctrine of constitutional exemption could appropriately apply in this case. In my opinion, it could not.

The first reason this case is not an appropriate one for application of the doctrine is that it would not achieve the end of substantially upholding the law which Parliament enacted. It would import into the provision an element which the legislature specifically chose to exclude—the discretion of the trial judge. Add to this the host of judge-made procedures which have been proposed to effect this judicial amendment to the legislation, and the will of the legislature becomes increasingly obscured. The exemption, while perhaps saving the law in one sense, dramatically alters it in another. Where the effect is to change the law so substantially, one may question whether it is useful or appropriate to apply the doctrine of constitutional exemption.

The second objectionable feature of this solution is that the result will accomplish, in essence, precisely what striking down would do—set up a regime based on common law notions of relevancy. As Professor Paciocco points out in “The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119, at p. 146:

It would contribute nothing to the resolution of issues of admissibility. The constitutional limit would require that evidence excluded by the provision be admitted where it is relevant and potentially probative enough to cause a reasonable trier of fact to have a reasonable doubt in all of the circumstances of the case. Thus, the only evidence that section 276 would be allowed to exclude would be either irrelevant or non-probative information. According to the ordinary rules of evidence, information that is not relevant is already inadmissible.

A third problem with this solution is the difficulty of application. The doctrine, as applied in this case, delegates to the trial judge the task of determining when the legislation should not be applied. This

l'exemption constitutionnelle. À supposer, sans en décider, que c'est là une avenue possible, il faut alors déterminer si la doctrine de l'exemption constitutionnelle peut s'appliquer dans un tel cas. À mon avis, elle ne le peut pas.

Premièrement, le présent pourvoi ne se prête pas à l'application de la doctrine parce qu'elle ne permettrait pas d'atteindre le but visé, c'est-à-dire de confirmer en grande partie la disposition législative adoptée par le Parlement. Elle incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Si l'on ajoute à ceci les nombreuses procédures proposées par les tribunaux pour procéder à la modification du texte législatif, on perd de vue l'intention du législateur. Bien que l'exemption permette peut-être de sauvegarder la loi dans un sens, elle la modifie sensiblement dans un autre. Lorsqu'elle a pour effet de modifier la loi d'une manière aussi importante, on peut se demander s'il est utile ou approprié d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

Deuxièmement, on peut s'opposer à l'application de la doctrine pour le motif qu'on arriverait essentiellement au même résultat que si le tribunal déclarait la disposition inopérante, c'est-à-dire l'établissement d'un régime fondé sur les notions de pertinence reconnues en common law. Comme l'indique le professeur Paciocco dans «The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine» (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119, à la p. 146:

[TRADUCTION] La doctrine ne servirait aucunement à résoudre les questions d'admissibilité. De par la restriction constitutionnelle, la preuve exclue par la disposition devrait être admise dans les cas où elle est pertinente et suffisamment probante pour soulever chez le juge des faits un doute raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Par conséquent, l'art. 276 ne permettrait d'exclure que les preuves non pertinentes ou non probantes. Selon les règles de preuve ordinaires, les renseignements non pertinents sont déjà écartés.

Troisièmement, cette solution est difficile d'application. En l'espèce, la doctrine déléguerait au juge du procès la tâche de déterminer quand la disposition en question ne devrait pas être appliquée. Ce qui équi-



amounts to saying that it should not be applied when it should not be applied, unless some criterion outside the *Charter* is found. On this reasoning, no law would be required to be struck down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; the matter could always be resolved by the simple means of instructing trial judges not to apply laws when their effect would be violative.

This result has the effect of placing on the accused the burden of showing that the decision to exclude evidence, for example, is unconstitutional, a burden the accused would not bear if the section were struck out.

It is significant that this Court, in leaving open the “possibility that in certain circumstances a ‘constitutional exemption’ might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 315; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 783-85), did so in the context of arguments that certain groups (e.g. those which close their businesses for religious reasons on days other than Sunday) should be exempted from the operation of the legislation. Such a classification would provide a criterion external to the *Charter* whereby applicability could be determined, and thus satisfy the requirements of the law for certainty and predictability. Conversely, this Court has declined to read constitutional standards into legislation: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and has rejected the notion that the constitutional validity of a statute which has the potential to violate constitutional rights may be upheld on the basis that the prosecution may, by exercising its discretion, avoid breaching the constitutional rights of the accused. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority, at p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is

vaut à dire qu’elle ne devrait pas être appliquée quand elle ne devrait pas l’être à moins qu’il n’existe un critère étranger à la *Charte*. Si l’on se fonde sur ce raisonnement, le tribunal n’aurait jamais à déclarer une loi inopérante en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; on pourrait toujours trancher la question en demandant aux juges de première instance de ne pas appliquer les lois lorsqu’elles ont pour effet de violer la *Charte*.

Cela aurait pour effet d’imposer à l’accusé le fardeau d’établir que la décision d’exclure une preuve, par exemple, est inconstitutionnelle, fardeau que l’accusé n’aurait pas si l’article était déclaré inopérant.

Il importe de signaler que notre Cour, en ne niant pas «la possibilité d’accorder à certaines personnes, dans certains cas, une «exemption constitutionnelle» de l’application d’une loi par ailleurs valide» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 315; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 783 à 785), l’a fait dans le contexte d’arguments voulant que certains groupes (p. ex., des entreprises qui, pour des motifs d’ordre religieux, observent un jour de repos autre que le dimanche) devraient être exemptés de l’application d’une loi. Cette classification établirait un critère étranger à la *Charte*, qui servirait à déterminer l’applicabilité et à satisfaire aux exigences de certitude et de prévisibilité de la loi. Par contre, notre Cour s’est abstenue de donner une interprétation large à une disposition législative de manière à lui prêter des critères constitutionnels: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et a rejeté la notion que la constitutionnalité d’une loi susceptible de violer des droits constitutionnels puisse être maintenue au motif que le ministère public peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, éviter l’atteinte aux droits constitutionnels de l’accusé. Dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dit au nom de la majorité, à la p. 1078:

À mon avis, l’article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu’a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution

inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. [Emphasis added.]

For these reasons I conclude that it is inappropriate to apply the doctrine of constitutional exemption in the case at bar. Section 276 must be struck down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In so holding, I should not be taken as foreclosing the possibility that the solution of constitutional exemption may be appropriate in some other case.

#### 4. *What Follows From Striking Down s. 276?*

The first question is whether the striking down of s. 276 revives the old common law rules of evidence permitting liberal and often inappropriate reception of evidence of the complainant's sexual conduct. Some inappropriate uses of such evidence are precluded by s. 277, which I have found to be valid. But other common law rules fall outside s. 277. Does striking s. 276 revive them?

The answer to this question is no. The rules in question are common law rules. Like other common law rules of evidence, they must be adapted to conform to current reality. As all counsel on these appeals accepted, the reality in 1991 is that evidence of sexual conduct and reputation in itself cannot be regarded as logically probative of either the complainant's credibility or consent. Although they still may inform the thinking of many, the twin myths which s. 276 sought to eradicate are just that—myths—and have no place in a rational and just system of law. It follows that the old rules which permitted evidence of sexual conduct and condoned invalid inferences from it solely for these purposes have no place in our law.

The inquiry as to what the law is in the absence of s. 276 of the *Code* is thus remitted to consideration of the fundamental principles governing the trial process and the reception of evidence. Harking back to

rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je conclus qu'il ne convient pas d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle aux faits de l'espèce. L'article 276 doit être déclaré inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je n'écarte pas de ce fait la possibilité d'appliquer dans d'autres situations la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

#### 4. *Les effets de l'annulation de l'art. 276*

Il faut d'abord se demander si l'annulation de l'art. 276 rétablit les anciennes règles de common law, qui permettaient la réception libérale et souvent inappropriée de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant. Certaines utilisations inappropriées de ce genre de preuve sont interdites par l'art. 277, que je tiens pour valide. D'autres règles de common law ne sont cependant pas couvertes par l'art. 277. L'annulation de l'art. 276 les rétablit-elle?

Il faut répondre par la négative. Les règles en question sont des règles de common law et, à l'instar des autres règles de preuve en common law, elles doivent être adaptées à la situation actuelle. Comme l'ont reconnu tous les avocats dans les présents pourvois, la réalité en 1991 est que la preuve concernant le comportement sexuel et la réputation du plaignant ne peut en soi être considérée comme une preuve logique de la crédibilité ou du consentement du plaignant. Bien qu'ils puissent encore orienter la pensée d'un grand nombre, les deux mythes que l'art. 276 cherche à éliminer ne sont vraiment que des mythes et ils ne sauraient exister à l'intérieur d'un système juridique rationnel et juste. Il s'ensuit que les anciennes règles qui permettaient la preuve concernant le comportement sexuel et toléraient les inférences invalides pouvant en être tirées seulement à ces fins n'ont pas leur place dans notre droit.

Pour déterminer quelle est la situation juridique en l'absence de l'art. 276 du *Code*, il faut examiner les principes fondamentaux régissant le procès et l'utilisation de la preuve. Si l'on revient à la maxime de

Thayer's maxim, relevant evidence should be admitted, and irrelevant evidence excluded, subject to the qualification that the value of the evidence must outweigh its potential prejudice to the conduct of a fair trial. Moreover, the focus must be not on the evidence itself, but on the use to which it is put. As Professor Galvin puts it, our aim is "to abolish the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence while permitting other uses of such evidence to remain": *supra*, at p. 809.

This definition of the problem suggests an approach which abolishes illegitimate uses and inferences, while preserving legitimate uses. There is wide agreement that the approach of a general exclusion supplemented by categories of exceptions is bound to fail because of the impossibility of predicting in advance what evidence may be relevant in a particular case: see Galvin, *supra*, Doherty, *supra*, and Elliott, *supra*. On the other hand, judges are not free to act on whim. As Professor Vivian Berger puts it in her article "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1, at p. 69:

The problem is to chart a course between inflexible legislative rules and wholly untrammelled judicial discretion: The former threatens the rights of defendants; the latter may ignore the needs of complainants.

Professor Galvin, after a comprehensive review of the various approaches to rape-shield legislation which have been adopted in different jurisdictions, proposes a prohibition on illegitimate uses of the evidence, combined with case by case judgment exercised with the aid of guidelines. Her proposal is as follows (at pp. 903-4):

*Sexual conduct of victim of rape. In a prosecution for rape, evidence that the victim has engaged in consensual sexual conduct with persons other than the accused is not admissible to support the inference that a person who has previously engaged in consensual sexual conduct is for that reason more likely to consent to the sexual conduct with respect to which rape is alleged. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the victim may, however, be admissible for other purposes.*

Thayer, les preuves pertinentes devraient être admises (et les preuves non pertinentes ne pas l'être) pourvu que leur valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable qu'elles peuvent avoir sur le déroulement d'un procès équitable. Par ailleurs, l'accent ne doit pas être mis sur la preuve en soi, mais sur l'utilisation que l'on veut en faire. Comme l'indique le professeur Galvin, nous cherchons à [TRADUCTION] «abolir l'utilisation dépassée et sexiste des preuves concernant le comportement sexuel, tout en permettant que soient conservées les autres utilisations de ce genre de preuve»: précité, à la p. 809.

Cette définition du problème laisse supposer une méthode qui abolit les utilisations et les inférences irrégulières, tout en préservant les utilisations légitimes de ces preuves. On est généralement d'accord sur le fait qu'une interdiction générale assortie d'exceptions est vouée à l'échec à cause de l'impossibilité de prédire quelles seront les preuves pertinentes dans un cas donné: voir Galvin, Doherty et Elliott, précités. Par ailleurs, les juges ne peuvent agir par caprice. Comme le fait remarquer le professeur Vivian Berger dans son article intitulé: «Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom» (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1, à la p. 69:

[TRADUCTION] Le problème est d'arriver à une attitude se situant entre des règles législatives rigides et un pouvoir judiciaire absolu: on risque, dans le premier cas, de porter atteinte aux droits des défendeurs, dans le second, d'ignorer les besoins des plaignants.

Après un examen approfondi des diverses démarches adoptées dans les différents pays à l'égard de la protection des victimes de viol, le professeur Galvin propose l'interdiction des utilisations illégitimes de la preuve et une décision du tribunal dans chaque cas qui serait prise avec l'aide de lignes directrices. Voici ce qu'elle propose (aux pp. 903 et 904):

[TRADUCTION] *Comportement sexuel de la victime de viol. Dans une poursuite pour viol, la preuve que la victime a consenti à avoir des rapports sexuels avec qui que ce soit d'autre que l'accusé n'est pas admissible à l'appui de l'inférence qu'une personne qui a déjà donné un tel consentement est de ce fait plus susceptible d'avoir consenti aux rapports sexuels à l'origine de la poursuite. Toutefois, la preuve du consentement à des rapports sexuels de la part de la victime peut être admissible à d'autres fins.*

(1) *By way of illustration only, and not by way of limitation, the following are examples of evidence admissible under this section:*

(A) *Evidence of specific instances of sexual conduct tending to prove that a person other than the accused caused the physical consequences of the rape alleged by the prosecution;* <sup>a</sup>

(B) *Evidence of sexual conduct tending to prove bias or motive to fabricate on the part of the victim;* <sup>b</sup>

(C) *Evidence of a pattern of sexual conduct so distinctive and so closely resembling the accused's version of the alleged encounter with the victim as to tend to prove that the victim consented to the act charged or behaved in such a manner as to lead the accused reasonably to believe that the victim consented;* <sup>c</sup>

(D) *Evidence of prior sexual conduct, known to the accused at the time of the act charged, tending to prove that the accused reasonably believed that the victim was consenting to the act charged;* <sup>d</sup>

(E) *Evidence tending to rebut proof introduced by the prosecution regarding the victim's sexual conduct;* <sup>e</sup>

(F) *Evidence that the victim has made false allegations of rape;*

Galvin's proposal, with some modification, reflects <sup>f</sup> an appropriate response to the problem of avoiding illegitimate inferences from evidence of the complainant's sexual conduct, while preserving the general right to a fair trial. It is, moreover, a response <sup>g</sup> which is open to trial judges in the absence of legislation. It reflects, in essence, an application of the fundamental common law notions which govern the reception of evidence on trials. The general prohibition on improper use of evidence of sexual conduct <sup>h</sup> reflects the fact that it is always open to a judge to warn against using a particular piece of evidence for an inference on an issue for which that evidence has no probative force. Similarly, the mandate to the judge to determine when the evidence may be properly <sup>i</sup> receivable is a reflection of the basic function of the trial judge of determining the relevance of evidence and whether it should be received bearing in <sup>j</sup>

(1) *À titre d'illustration seulement, voici des exemples de preuve admissible en vertu de cette disposition:*

(A) *La preuve d'actes sexuels précis tendant à établir qu'une personne autre que l'accusé aurait infligé les blessures subies lors du viol allégué par la poursuivante;*

(B) *La preuve d'actes sexuels tendant à établir l'existence d'un préjugé ou d'un motif de fabrication d'une preuve par la victime;*

(C) *La preuve d'un comportement sexuel à ce point caractéristique et ressemblant tellement à la version de l'incident en question donnée par l'accusé qu'elle tend à établir que la victime aurait pu consentir à l'acte ou s'être comportée d'une façon portant l'accusé à croire raisonnablement au consentement;*

(D) *La preuve d'un comportement sexuel antérieur, connu de l'accusé au moment de l'acte reproché, tendant à établir que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire que la victime consentait à l'acte reproché;*

(E) *La preuve tendant à repousser une preuve préalablement présentée par la poursuivante portant sur le comportement sexuel de la victime;*

(F) *La preuve que la victime a présenté de fausses allégations de viol;*

La proposition de Galvin, à quelques modifications près, constitue une réponse appropriée au problème des inférences illégitimes tirées de la preuve sur le comportement sexuel de la plaignante, tout en préservant le droit de l'inculpé à un procès équitable. De plus, c'est une solution susceptible d'être appliquée par le juge de première instance en l'absence d'un texte législatif en la matière. Cette proposition constitue essentiellement une application des notions fondamentales de common law qui régissent la recevabilité de la preuve au cours d'un procès. L'interdiction générale quant à l'utilisation inappropriée de la preuve concernant le comportement sexuel découle du fait que le juge peut toujours faire une mise en garde contre l'utilisation d'un élément de preuve particulier pour tirer une conclusion sur une question à l'égard de laquelle cette preuve n'a aucune valeur probante. De même, confier au juge le soin de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve correspond au rôle fondamental du juge du procès de déterminer la pertinence de la preuve et sa recevabilité en fonction

mind the balance between its probative value and its potential prejudice.

As for the procedures which should govern the determination of whether the sexual conduct evidence should be admitted, Galvin proposes a written motion followed by an *in camera* hearing (p. 904). The devices of a preliminary affidavit and an *in camera* hearing are designed to minimize the invasion of the complainant's privacy. If the affidavit does not show the evidence to be relevant, it will not be heard at all. Where this threshold is met, the evidence will be heard *in camera* so that, in the event the judge finds its value is outweighed by its potential prejudice, it will not enter the public domain. Such procedures do not require legislation. It has always been open to the courts to devise such procedures as may be necessary to ensure a fair trial. The requirement of a *voir dire* before a confession can be admitted, for example, is judge-made law.

While accepting the premise and the general thrust of Galvin's proposal, I suggest certain modifications. There seems little purpose in having separate rules for the use of sexual conduct evidence for illegitimate inferences of consent and credibility in the Canadian context. Again, I question whether evidence of other sexual conduct with the accused should automatically be admissible in all cases; sometimes the value of such evidence might be little or none. The word "complainant" is more compatible with the presumption of innocence of the accused than the word "victim". Professor Galvin's reference to the defence of reasonable belief in consent must be adapted to meet Canadian law, which does not require reasonableness. And the need to warn the jury clearly against improper uses of the evidence should be emphasized, in my view.

In the absence of legislation, it is open to this Court to suggest guidelines for the reception and use of sexual conduct evidence. Such guidelines should be seen for what they are—an attempt to describe the consequences of the application of the general rules of evidence governing relevance and the reception of

de l'équilibre entre sa valeur probante et l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

En ce qui concerne la façon de déterminer si la preuve concernant le comportement sexuel devrait être admissible, Galvin propose la présentation d'une requête écrite et la tenue d'une audience à huis clos (p. 904). L'affidavit préliminaire et l'audience à huis clos visent à réduire au minimum l'atteinte à la vie privée du plaignant. Si l'affidavit ne démontre pas la pertinence de la preuve, il n'y aura pas d'audience. Une fois la pertinence établie, la preuve sera présentée au cours d'une audience à huis clos et ne sera pas rendue publique si le juge conclut que l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir l'emporte sur sa valeur probante. L'application de ces mesures ne nécessite pas l'intervention du législateur. On reconnaît depuis toujours qu'il appartient aux tribunaux d'établir les procédures qui permettront d'assurer un procès équitable. Par exemple, la tenue d'un voir-dire avant qu'on puisse utiliser un aveu, est de droit prétorien.

Si j'accepte la prémisse et l'orientation générale de la proposition de Galvin, j'y proposerais quelques modifications. Il ne semble pas nécessaire d'établir, dans le contexte canadien, deux règles distinctes régissant l'utilisation de la preuve sur le comportement sexuel en vue de tirer des inférences illégitimes quant au consentement et à la crédibilité. Je me demande de nouveau si la preuve d'autres rapports sexuels avec l'accusé devrait être automatiquement admissible dans tous les cas; parfois, cette preuve pourrait n'avoir qu'une valeur probante restreinte ou nulle. Le terme «plaignant» est davantage compatible avec la présomption d'innocence de l'accusé que le terme «victime». Il y a lieu d'adapter la défense de croyance raisonnable au consentement, proposée par le professeur Galvin, puisque le caractère raisonnable de la croyance n'est pas exigé en droit canadien. On devrait aussi, selon moi, faire ressortir qu'il est nécessaire de mettre clairement le jury en garde contre l'utilisation inappropriée de la preuve présentée.

En l'absence de texte législatif, notre Cour peut proposer des lignes directrices sur la recevabilité et l'utilisation de preuves concernant le comportement sexuel. Ces lignes directrices doivent être considérées comme une tentative de décrire les conséquences de l'application des règles générales en matière de perti-

evidence—and not as judicial legislation cast in stone.

In my view the trial judge under this new regime shoulders a dual responsibility. First, the judge must assess with a high degree of sensitivity whether the evidence proffered by the defence meets the test of demonstrating a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence. The examples presented earlier suggest that while cases where such evidence will carry sufficient probative value will exist, they will be exceptional. The trial judge must ensure that evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. The fishing expeditions which unfortunately did occur in the past should not be permitted. The trial judge's discretion must be exercised to ensure that neither the *in camera* procedure nor the trial become forums for demeaning and abusive conduct by defence counsel.

The trial judge's second responsibility will be to take special care to ensure that, in the exceptional case where circumstances demand that such evidence be permitted, the jury is fully and properly instructed as to its appropriate use. The jurors must be cautioned that they should not draw impermissible inferences from evidence of previous sexual activity. While such evidence may be tendered for a purpose logically probative of the defence to be presented, it may be important to remind jurors that they not allow the allegations of past sexual activity to lead them to the view that the complainant is less worthy of belief, or was more likely to have consented for that reason. It is hoped that a sensitive and responsive exercise of discretion by the judiciary will reduce and even eliminate the concerns which provoked legislation such as s. 276, while at the same time preserving the right of an accused to a fair trial.

I would summarize the applicable principles as follows:

1. On a trial for a sexual offence, evidence that the complainant has engaged in consensual sexual

nence et de recevabilité de la preuve, sans plus, et non comme du droit prétorien immuable.

À mon avis, ce nouveau régime impose une double responsabilité au juge du procès. Il doit d'abord évaluer, avec la plus grande sensibilité, si la preuve présentée par la défense satisfait au critère exigeant un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve. Les exemples donnés plus haut indiquent que s'il surviendra des cas où une telle preuve aura une force probante suffisante, ces cas seront rares. Le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour garantir que ni les procédures à huis clos ni le procès ne deviennent le théâtre de conduite humiliante ou abusive de la part des avocats de la défense.

La deuxième responsabilité ainsi imposée au juge consiste à s'assurer très soigneusement que, dans les cas exceptionnels où les circonstances exigent l'admission de la preuve, le jury reçoit des directives complètes et correctes sur l'utilisation appropriée de cette preuve. Il faut mettre les jurés en garde contre toute inférence interdite qu'ils pourraient tirer d'une preuve relative au comportement sexuel antérieur. Si une telle preuve peut être présentée à une fin logiquement liée à l'établissement d'un moyen de défense, il peut être important de rappeler aux jurés qu'ils ne doivent pas laisser les allégations relatives à l'activité sexuelle antérieure les mener à la conclusion que le plaignant est moins digne de foi ou qu'il était plus probable qu'il ait, pour cette raison, donné son consentement. Il faut espérer que les juges, par exercice responsable et sensible de leur pouvoir discrétionnaire, réduiront ou élimineront les préoccupations qui ont donné naissance à des dispositions comme l'art. 276, tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable.

Voici comment je résumerais les principes applicables:

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le

conduct on other occasions (including past sexual conduct with the accused) is not admissible solely to support the inference that the complainant is by reason of such conduct:

a

(a) more likely to have consented to the sexual conduct at issue in the trial;

(b) less worthy of belief as a witness.

b

2. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the complainant may be admissible for purposes other than an inference relating to the consent or credibility of the complainant where it possesses probative value on an issue in the trial and where that probative value is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence.

c

d

By way of illustration only, and not by way of limitation, the following are examples of admissible evidence:

(A) Evidence of specific instances of sexual conduct tending to prove that a person other than the accused caused the physical consequences of the rape alleged by the prosecution;

e

f

(B) Evidence of sexual conduct tending to prove bias or motive to fabricate on the part of the complainant;

(C) Evidence of prior sexual conduct, known to the accused at the time of the act charged, tending to prove that the accused believed that the complainant was consenting to the act charged (without laying down absolute rules, normally one would expect some proximity in time between the conduct that is alleged to have given rise to an honest belief and the conduct charged);

g

h

(D) Evidence of prior sexual conduct which meets the requirements for the reception of similar act evidence, bearing in mind that such evidence cannot be used illegitimately merely to show that the complainant consented or is an unreliable witness;

i

j

plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait:

a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès;

b) moins digne de foi comme témoin.

2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

À titre d'illustration seulement, voici quelques exemples de preuve admissible:

(A) La preuve d'actes sexuels précis tendant à établir qu'une personne autre que l'accusé a causé les conséquences physiques du viol allégué par la poursuite;

(B) La preuve d'actes sexuels tendant à établir l'existence d'un préjugé ou d'un motif de fabrication d'une preuve par le plaignant;

(C) La preuve d'un comportement sexuel antérieur, connu de l'accusé au moment de l'acte reproché, tendant à établir que l'accusé croyait que le plaignant consentait à l'acte reproché (sans fixer de règles absolues, on peut s'attendre à ce qu'il y ait une certaine proximité dans le temps entre la conduite dont on allègue qu'elle a donné lieu à une croyance sincère et la conduite reprochée);

(D) La preuve d'un comportement sexuel antérieur qui satisfait aux normes d'admissibilité de la preuve d'actes similaires, sous réserve qu'une telle preuve ne peut être utilisée légitimement à la simple fin de démontrer que le plaignant avait donné son consentement ou n'est pas un témoin digne de foi;

(E) Evidence tending to rebut proof introduced by the prosecution regarding the complainant's sexual conduct.

(E) La preuve tendant à repousser une preuve préalablement présentée par la poursuite portant sur le comportement sexuel du plaignant.

3. Before evidence of consensual sexual conduct on the part of a victim is received, it must be established on a *voir dire* (which may be held *in camera*) by affidavit or the testimony of the accused or third parties, that the proposed use of the evidence of other sexual conduct is legitimate.

3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un voir-dire (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.

4. Where evidence that the complainant has engaged in sexual conduct on other occasions is admitted on a jury trial, the judge should warn the jury against inferring from the evidence of the conduct itself, either that the complainant might have consented to the act alleged, or that the complainant is less worthy of credit.

4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve des rapports eux-mêmes que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi.

II. *The Jurisdiction of the Preliminary Inquiry Judge and the Reviewability of the Judge's Error by way of Certiorari*

II. *La compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire et la possibilité de réviser l'erreur du juge par voie de certiorari.*

The preliminary inquiry judge in each of the cases before us decided that he did not have jurisdiction to decide whether ss. 276 and 277 should be struck down under the *Charter*, and went on to commit the accused for trial after excluding evidence pursuant to those sections.

Dans chacune des affaires dont nous sommes saisis, le juge chargé de l'enquête préliminaire a décidé qu'il n'avait pas compétence pour décider si les art. 276 et 277 devaient être déclarés inopérants en vertu de la *Charte* et, après avoir exclu des éléments de preuve en application de ces articles, il a renvoyé les accusés à leur procès.

Galligan J. ruled in each case that the preliminary inquiry judge had the jurisdiction to determine the constitutional question and sent the matter back to him for continuance of the preliminary inquiry on the basis that ss. 276 and 277 were invalid.

Dans chacun des cas, le juge Galligan a statué que le juge chargé de l'enquête préliminaire avait compétence pour trancher la question constitutionnelle et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il poursuive l'enquête préliminaire en se fondant sur le fait que les art. 276 et 277 étaient inopérants.

The Seaboyer motion to Galligan J. was by way of *certiorari* from which the *Criminal Code* grants a right of appeal. Gayme also applied under s. 24(1) of the *Charter*, from which no appeal lies under the *Criminal Code*.

Seaboyer a présenté au juge Galligan une demande de bref de *certiorari*, dont il peut être interjeté appel en vertu du *Code criminel*. Gayme a présenté une demande en vertu du par. 24(1), dont il ne peut être interjeté appel en vertu du *Code criminel*.

The Court of Appeal held that the preliminary inquiry judges were correct in concluding that they did not possess jurisdiction to determine the validity

La Cour d'appel a statué que les juges chargés de l'enquête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'étaient pas compétents pour déterminer la



of ss. 276 and 277 of the *Code*, and accordingly that Galligan J. had erred in granting the orders sought and remitting the matters back to the preliminary inquiry judges. The Court of Appeal ordered that the trials proceed.

Three issues arise from these facts:

- (1) Do judges on a preliminary inquiry have the power to decide the constitutionality of legislation relating to evidence? <sup>b</sup>
- (2) If they do have this power and erred in holding they did not, was that error reviewable on the motion before Galligan J.? <sup>c</sup>
- (3) Does the Crown have a right of appeal from the order of Galligan J. in the *Gayme* case? <sup>d</sup>

I will deal with each issue in turn.

1. Do Preliminary Inquiry Judges Have Jurisdiction to Determine the Constitutionality of Evidentiary Legislation Under s. 52 of the Constitution Act, 1982? <sup>e</sup>

I would answer this question in the negative on the ground that the *Criminal Code* does not authorize judges sitting on preliminary inquiries to enter into constitutional questions. <sup>g</sup>

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not confer jurisdiction on a tribunal to determine whether a law is constitutional. That jurisdiction must be found in the legislation which defines the powers of the body: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. <sup>h</sup>

The jurisdiction of a judge on a preliminary hearing is conferred exclusively by Part XVIII of the *Criminal Code*. In *Mills* this Court found that a justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a

validité des art. 276 et 277 du *Code* et, par conséquent, que le juge Galligan a commis une erreur lorsqu'il a rendu les ordonnances et renvoyé les affaires aux juges chargés de l'enquête préliminaire. Elle a ordonné la tenue des procès. <sup>a</sup>

Ces faits soulèvent trois questions:

- (1) Les juges chargés de l'enquête préliminaire sont-ils habilités à déterminer la constitutionnalité d'une disposition législative portant sur la preuve?
- (2) S'ils le sont et s'ils ont commis une erreur en statuant qu'ils ne l'étaient pas, cette erreur était-elle susceptible de révision par suite de la requête présentée au juge Galligan?
- (3) Le ministère public peut-il interjeter appel de l'ordonnance rendue par le juge Galligan dans l'affaire *Gayme*?

J'examinerai chacune de ces questions séparément.

1. Les juges chargés de l'enquête préliminaire ont-ils compétence pour déterminer la constitutionnalité d'une disposition législative portant sur la preuve en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982? <sup>f</sup>

Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative au motif que le *Code criminel* n'autorise pas le juge qui préside une enquête préliminaire à examiner des questions constitutionnelles.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas à un tribunal de déterminer si une disposition législative est constitutionnelle. Cette compétence doit être attribuée dans la loi habilitante: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. <sup>i</sup>

C'est la partie XVIII du *Code criminel* qui précise la compétence du juge chargé d'une enquête préliminaire. Dans l'arrêt *Mills*, notre Cour a conclu qu'un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas «un tribunal compétent» au sens de l'art. 24 de la *Charte* et n'est donc pas habilité à accorder une répa-

“court of competent jurisdiction” under that section. The majority held that the magistrate sitting on a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction because the *Criminal Code* gives the magistrate “no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied” (*per* McIntyre J. at p. 954). La Forest J., agreeing with this view, elaborated on the task of the magistrate at p. 970:

The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is by the *Code* limited in essence to determining whether, in his opinion, the evidence presented before him is or is not sufficient to commit the accused for trial; if it is, he is to commit the accused; otherwise, he must discharge him.

I see no warrant in the *Charter* for extending the ambit of the specific task assigned to the magistrate by the *Code*. From a practical standpoint, too, I would think this would unnecessarily complicate his task, require more evidence or at least a more thorough sifting of evidence than is required at a preliminary hearing, and in any event require the magistrate to look at the issues before him in a manner different from that contemplated by the *Code*.

I see no reason to depart from the statement of McIntyre J. in *Mills* that the *Criminal Code* does not permit a preliminary inquiry judge to determine whether a *Charter* right has been infringed or denied. Both statutory interpretation and policy support this view. The *Criminal Code* restricts the task of the preliminary inquiry judge to determining if there is a sufficient case to warrant prosecution. While evidentiary rulings may be made in the course of discharging this function, they have no effect on the outcome of the trial or the accused’s guilt or innocence. To discharge the function of determining if there is sufficient evidence to warrant committal it is sufficient to accept the rules of evidence as they stand; the rights of the accused do not require more at this stage. As for policy, there is much to be said for leaving *Charter* challenges in so far as possible to the trial judge. The trial judge is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions. Moreover, permitting constitutional challenges before the preliminary court judge is

ration en vertu de cet article. La Cour, à la majorité, a statué que le magistrat chargé d’une enquête préliminaire n’est pas un tribunal compétent parce que le *Code criminel* ne lui confère pas «la compétence qui l’autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte*» (le juge McIntyre, à la p. 954). Le juge La Forest, souscrivant à cette opinion, donne des détails sur la tâche du magistrat, à la p. 970:

Aux termes du *Code criminel*, la tâche du magistrat présidant une enquête préliminaire se limite essentiellement à établir si, à son avis, la preuve produite devant lui suffit pour que l’inculpé soit renvoyé pour subir son procès; si c’est le cas le magistrat doit ordonner le renvoi à procès, sinon l’inculpé doit être libéré.

À mon avis, rien dans la *Charte* ne justifie l’élargissement de la portée de la tâche précise attribuée au magistrat par le *Code*. De plus, d’un point de vue pratique, il me semble que cela lui compliquerait inutilement la tâche, exigerait une preuve plus abondante ou, à tout le moins, un tri plus minutieux des éléments de preuve que ce n’est le cas dans le cadre d’une enquête préliminaire et, en tout état de cause, mettrait le magistrat dans l’obligation d’examiner d’une manière différente de celle envisagée par le *Code* les questions dont il se trouve saisi.

À mon avis, il n’existe aucune raison de s’écarter des propos du juge McIntyre dans l’arrêt *Mills*, savoir que le *Code criminel* ne confère pas au juge chargé de l’enquête préliminaire la compétence de déterminer s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte*. L’interprétation législative et les principes directeurs appuient ce point de vue. En vertu du *Code criminel*, la tâche du juge à l’enquête préliminaire se borne à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier une poursuite. Bien que le juge puisse rendre des décisions en matière de preuve à cette étape, ces décisions n’ont aucune incidence sur l’issue du procès ou sur la culpabilité ou l’innocence de l’accusé. Lorsqu’il détermine si la preuve est suffisante pour justifier un renvoi à procès, le juge n’a qu’à appliquer les règles de preuve existantes; la protection des droits de l’accusé n’exige pas davantage à cette étape. En ce qui concerne les principes directeurs, beaucoup d’arguments militent en faveur de laisser, dans la mesure du possible, au juge du procès le soin de se prononcer sur les contestations fondées sur la *Charte*. Le juge du procès aura vraisemblable-

likely, as in this case, to produce interlocutory appeals on narrow issues which may take years to complete, during which time the trial is delayed. All these reasons suggest constitutional questions are best left to the trial judge.

The position of a judge or magistrate on a preliminary inquiry is readily distinguished from the position of the arbitrator in *Douglas College*. The legislation governing the arbitrator in that case conferred on him wide powers to decide both questions of fact and law and to finally resolve the dispute between the parties. That task could not be achieved without deciding the *Charter* issue. As La Forest J. put it in *Douglas College*, at p. 604: "The citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution." The contrary is true for a judge on a preliminary inquiry, whose only task is to determine whether prosecution in other proceedings is warranted. The rights of the accused need not and should not be resolved at this initial stage. The lack of power in a preliminary inquiry judge to decide constitutional questions does not prevent an accused from asserting his or her *Charter* rights; it merely defers the process until the accused is before the decision-making body charged with the task of fully determining the accused's "rights and duties" — the trial court.

For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the preliminary inquiry judges were correct in holding that they did not have power to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Code*.

ment un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et il sera mieux placé pour trancher les questions de preuve. Par ailleurs, en admettant que le juge chargé de l'enquête préliminaire puisse trancher les questions constitutionnelles, ses décisions sont susceptibles de donner lieu, comme en l'espèce, à des appels interlocutoires sur des points restreints, dont le règlement risque de prendre des années, ce qui retarde le déroulement du procès. C'est pourquoi il est préférable de laisser au juge du procès le soin de trancher les questions constitutionnelles.

On peut facilement faire la différence entre la situation d'un juge ou magistrat à l'enquête préliminaire et celle de l'arbitre dans l'arrêt *Douglas College*. Dans cette affaire, la loi habilitante conférait à l'arbitre de vastes pouvoirs lui permettant de trancher à la fois les questions de fait et de droit ainsi que le différend entre les parties. Il ne pouvait s'acquitter de cette tâche sans statuer sur la contestation fondée sur la *Charte*. Comme l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *Douglas College*, à la p. 604: «Le citoyen, qui comparaît devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution.» L'inverse est également vrai du juge chargé d'une enquête préliminaire, dont la seule tâche est de déterminer si des poursuites sont justifiées. Les droits de l'accusé n'ont pas besoin d'être déterminés à cette étape initiale et ne devraient pas l'être. Même si le juge chargé d'une enquête préliminaire n'a pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles, l'accusé peut toujours faire valoir les droits qui lui sont garantis par la *Charte*; l'examen de cette question se trouve seulement retardé jusqu'à ce que l'accusé compare devant l'organisme décideur chargé de se prononcer sur ses «droits et devoirs» — en l'occurrence le tribunal de première instance.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec la Cour d'appel que les juges chargés de l'enquête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'avaient pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code*.

2. Was There a Right of Review of the Decision of the Preliminary Inquiry Judges?

If the preliminary inquiry judges in the cases under review had the power to determine the constitutional question, was their refusal to do so and their consequent decision to rule out the evidence of other sexual conduct of the complainants an error of jurisdiction so as to be reviewable?

Given my answer to the first question, it is unnecessary to consider this issue. However, in view of the debate before us, it may be useful to review the principles governing *Charter* review at the stage of the preliminary inquiry. This Court has restricted the right to appeal from the rulings of preliminary inquiry judges to questions of loss or excess of jurisdiction: *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268. It has also said that *Charter* violations do not in themselves give rise to jurisdictional errors: *Mills, supra*. It follows that generally speaking in criminal cases, *Charter* review will take place at the trial stage: *Mills*.

The only exception to this rule would appear to be cases where no other remedy, existing or prospective, lies for a wrong under the *Charter*. In *Mills*, Lamer J. (as he then was) identified instances where an immediate or early remedy may be appropriately considered, referring to applications arising under s. 11 on account of delay, denial of reasonable bail, retrial for a second time, and bias in the proceedings. La Forest J. agreed (at p. 972):

While . . . the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy, situations can arise where a trial court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right. In such cases, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction.

2. Peut-on demander la révision de la décision des juges chargés de l'enquête préliminaire?

Si en l'espèce les juges chargés de l'enquête préliminaire avaient compétence pour trancher la question constitutionnelle, leur refus de le faire et leur décision ultérieure d'exclure la preuve d'autres rapports sexuels des plaignantes constituent-ils une erreur de compétence donnant lieu à révision?

Compte tenu de ma réponse à la première question, il est inutile d'examiner ce point. Toutefois, étant donné le débat dont nous sommes saisis, il peut s'avérer utile de revoir les principes applicables à l'examen judiciaire fondé sur la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire. En ce qui concerne les décisions rendues par le juge à l'enquête préliminaire, notre Cour a statué que seules les questions de perte ou d'excès de compétence pouvaient donner lieu à un appel: *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268. La Cour a aussi affirmé que les violations de la *Charte* ne suffisent pas en soi à faire naître une erreur de compétence: *Mills*, précité. Il s'ensuit que, en règle générale, en matière criminelle, l'examen fondé sur la *Charte* se déroulera à l'étape du procès: *Mills*.

La seule exception à cette règle semble être le cas où il n'y a aucune autre réparation, existante ou possible, applicable à la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Dans l'arrêt *Mills*, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, fait mention de cas où la réparation devrait être immédiate ou être accordée rapidement; il s'agit des demandes en vertu de l'art. 11 concernant le délai, le déni d'un cautionnement raisonnable, la tenue d'un nouveau procès et le parti pris dans les procédures. Le juge La Forest est d'accord (à la p. 972):

[B]ien que ce soit normalement la juridiction de première instance qui ait compétence pour accorder la réparation, des situations peuvent se présenter dans lesquelles le tribunal devant lequel se déroulera le procès n'a pas encore été déterminé au moment où le besoin d'une réparation se fait sentir, ou dans lesquelles il ne convient pas de demander une réparation à ce tribunal parce que celui-ci a lui-même contribué à porter atteinte à un droit garanti par la Constitution: Dans ces cas, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente.

Thus while *Charter* review will normally take place at trial, it may be possible to seek earlier review in cases where there is no other remedy for a wrong.

Having said this, I would associate myself with the view that appeals from rulings on preliminary inquiries are to be discouraged. While the law must afford a remedy where one is needed, the remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises, namely the trial. Such restraint will prevent a plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them. It will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case.

### 3. Was the Order Made With Respect to Gayme Reviewable?

Gayme argues that Galligan J.'s order remitting his case to the preliminary inquiry judge was made under s. 24(1), from which there is no review under the *Criminal Code: Mills*, pp. 959-60. His application was framed both in terms of *certiorari* and a declaration under s. 24(1). The *Criminal Code* grants an appeal from an order for jurisdictional review in the nature of *certiorari*, but none from a declaration under s. 24 of the *Charter*.

While the matter is not entirely clear, the reasons of Galligan J. suggest that he was not proceeding under s. 24(1). Thus he states: "it is unnecessary to deal with the Gayme application for declaratory relief." On the whole of the record, I am satisfied that the matter should be viewed as having proceeded as a simple application for judicial review, and that an appeal lay to the Ontario Court of Appeal.

### 4. Disposition

The conclusion that the preliminary inquiry judges lacked jurisdiction to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* led the Court of Appeal to conclude that the committals were correct and that the matters should proceed to trial. I

Ainsi, bien que l'examen fondé sur la *Charte* ait normalement lieu à l'étape du procès, il est possible de chercher à l'obtenir auparavant dans les cas où il n'existe pas d'autre réparation.

Cela dit, je partage l'opinion qu'il faut décourager les appels de décisions rendues à l'enquête préliminaire. Bien que la loi doive au besoin offrir une réparation, cette réparation devrait en général être accordée dans le contexte de la procédure habituelle, savoir le procès. Cette restriction évitera qu'il y ait une pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement. Les tribunaux chargés de l'examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu'ils disposeront d'un tableau plus complet de la preuve et de l'affaire.

### 3. L'ordonnance rendue à l'égard de Gayme était-elle susceptible de révision?

Gayme prétend que le renvoi de l'affaire au juge chargé de l'enquête préliminaire, ordonné par le juge Galligan, a été effectué en vertu du par. 24(1) et qu'il n'est donc pas susceptible d'examen en vertu du *Code criminel: Mills*, aux pp. 959 et 960. Il a présenté une demande de *certiorari* et de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1). Le *Code criminel* prévoit la possibilité d'interjeter appel contre une ordonnance de révision en matière de compétence par voie de *certiorari*, mais non contre un jugement déclaratoire rendu en vertu de l'art. 24 de la *Charte*.

Bien que cette question ne soit pas très claire, les motifs du juge Galligan laissent supposer qu'il ne procédait pas en vertu du par. 24(1). En effet, il dit: [TRADUCTION] «il est inutile d'examiner la demande de jugement déclaratoire de Gayme». D'après l'ensemble du dossier, je suis convaincue que l'affaire a été traitée comme une simple demande de révision et qu'un appel pouvait être formé devant la Cour d'appel de l'Ontario.

### 4. Dispositif

La conclusion que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel* a amené la Cour d'appel à décider que les renvois étaient justifiés et que les procès devaient

agree that these matters cannot be sent back to the preliminary inquiry judges; given that their commitments have been upheld, they are now *functus*. Nothing would be gained by remitting the matters to the preliminary inquiry judges. The proper evidence will be admitted at trial, where the guilt or innocence of the accused stands to be determined.

I wish to add that, given the conclusions of the Court on the jurisdictional issue, it was not strictly necessary, for the Court of Appeal or this Court, to consider the constitutional issues. Due to the importance of these issues, the full analysis in the lower courts and in argument on these appeals, and the desirability in the circumstances of ensuring that the trial proceed on the correct basis, this Court has chosen to deal with the constitutional issues. However, in view of the unusual circumstances giving rise to these appeals (including the fact that the decision of Galligan J. raising the constitutional questions was decided before *R. v. Mills*), this case should not be used as precedent to support a *Charter* challenge in cases where the *Charter* issue is not necessary for a disposition of the case.

### Conclusion

I would dismiss the appeals and affirm the order of the Court of Appeal that these cases proceed to trial. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Whether s. 246.6 [now 276] or 246.7 [now 277] of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, s. 276 is inconsistent with s. 7 and s. 11(d). Section 277 is not.

2. If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

avoir lieu. Je conviens que ces affaires ne peuvent pas être renvoyées aux juges chargés de l'enquête préliminaire qui ont épuisé leurs pouvoirs à cet égard puisque les renvois à procès ont été maintenus. Le renvoi des affaires aux juges chargés de l'enquête préliminaire n'avancerait à rien. Les éléments de preuve appropriés seront admis aux procès au cours desquels sera déterminée la culpabilité ou l'innocence des accusés.

Je tiens à ajouter que, compte tenu des conclusions de la Cour sur la question de compétence, il n'était pas strictement nécessaire pour la Cour d'appel ou notre Cour d'examiner les questions constitutionnelles. Notre Cour a décidé de le faire en raison de l'importance des questions posées et de l'analyse approfondie qui en a été faite devant les tribunaux d'instance inférieure et dans les débats des présents pourvois et aussi parce qu'il est souhaitable, dans les circonstances, de s'assurer que les procès se poursuivront sur un fondement approprié. Toutefois, compte tenu des circonstances inhabituelles qui ont donné lieu aux pourvois (dont le fait que la décision du juge Galligan qui a soulevé les questions constitutionnelles a été rendue avant l'arrêt *R. c. Mills*), la présente affaire ne devrait pas être invoquée comme précédent à l'appui d'une contestation constitutionnelle dans des cas où il n'est pas nécessaire de répondre à une question relative à la *Charte* pour trancher un litige.

### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordre de la Cour d'appel portant renvoi à procès. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 246.6 [maintenant 276] ou 246.7 [maintenant 277] du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, l'art. 276 est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d). L'article 277 ne l'est pas.

2. Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part):

### Introduction

These two appeals are about relevance, myths and stereotypes in the context of sexual assaults. More particularly, is the prior sexual history of a complainant, in the trial of an accused charged with sexual assault, relevant and/or admissible? In that regard, the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly ss. 246.6 and 246.7) is challenged as violating ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Both appellants, Seaboyer and Gayme, were charged with sexual assault. During his preliminary inquiry, the appellant Gayme sought to adduce evidence of the complainant's prior sexual history. Since ss. 276 and 277 of the *Code* prohibit the admission of the evidence, Gayme asked the preliminary hearing judge to strike down the impugned provisions on the basis that they violated his *Charter* right to a fair trial. The judge determined that he had no jurisdiction to apply s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, and disallowed the proposed evidence and cross-examination. The appellant Gayme was committed for trial.

The appellant Seaboyer was committed for trial after the conclusion of his preliminary inquiry. Along with the appellant Gayme, Seaboyer applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing his committal. The appellant Gayme also applied for declaratory relief, but this application was not addressed by the court. Galligan J. heard the appellants' applications together. He struck down ss. 276 and 277 of the *Code*, holding that they infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, and quashed the committals. He referred the cases back for a continuation of

Non.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie):

### Introduction

Ces deux pourvois mettent en cause la pertinence, les mythes et les stéréotypes dans le contexte d'agressions sexuelles. Plus particulièrement, la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante est-elle pertinente et admissible lors du procès d'un prévenu inculpé d'une agression sexuelle? Dans ce contexte est mise en cause la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant les art. 246.6 et 246.7), au motif que ces articles contreviendraient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les deux appelants, Seaboyer et Gayme, ont été accusés d'agression sexuelle. Au cours de l'enquête préliminaire, Gayme a cherché à présenter une preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Comme les art. 276 et 277 du *Code* interdisent l'admissibilité de cette preuve, Gayme a demandé au juge chargé de l'enquête préliminaire de déclarer inopérantes les dispositions attaquées au motif qu'elles violaient son droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Le juge a déterminé qu'il n'avait pas compétence pour appliquer l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et a rejeté la preuve proposée ainsi que le contre-interrogatoire. L'appellant Gayme a été renvoyé à son procès.

L'appellant Seaboyer a été renvoyé à son procès à la fin de l'enquête préliminaire. Les appelants Gayme et Seaboyer ont tous les deux demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler le renvoi à procès. L'appellant Gayme avait aussi présenté une demande de jugement déclaratoire, mais cette demande n'a pas été examinée par la cour. Le juge Galligan a entendu les deux appels en même temps. Il a déclaré inopérants les art. 276 et 277 du *Code* au motif qu'ils contrevenaient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et a annulé les renvois à procès. Il a renvoyé les affaires

the preliminary inquiries. The appellants have yet to be tried for the offences charged.

The Crown appealed the order of Galligan J. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and restored the committals: (1987), 61 O.R. 290. The majority held that the refusal of the preliminary inquiry judge to permit the cross-examination of the complainant on her prior sexual history did not amount to jurisdictional error, hence *certiorari* to quash the committal did not lie. Further, a preliminary hearing judge was not a court of competent jurisdiction, and thus had no jurisdiction to grant a remedy to the accused for a breach of the *Charter*. In the words of the majority, "[t]he Provincial Court judges could hardly be said to have lost jurisdiction by failing to take action which they had no jurisdiction to take" (p. 296). Although this was sufficient to dispose of the appeals, the Court of Appeal considered the merits of the substantive constitutional question in order to provide guidance to the trial judges who would be hearing the cases. The majority held that, while the provisions had a constitutionally valid purpose, they may, in effect, violate *Charter* rights on rare occasions. They further held that the provisions could not be saved under s. 1. Instead, however, of declaring them invalid, the Court of Appeal held that, since the occasions where they would have an unconstitutional effect would be rare, the provisions would be operative except in those limited circumstances.

Upon an appeal to this Court by the two accused, this Court now dismisses the two appeals and upholds the decision of the Ontario Court of Appeal regarding the jurisdiction of the judge conducting the preliminary hearing. I agree with the majority in that respect. The majority also rejects the contention that s. 277 of the *Code* is unconstitutional and I heartily agree with their conclusion. However, the majority of this Court also finds s. 276 of the *Criminal Code* unconstitutional as infringing ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, not capa-

aux juges chargés de l'enquête préliminaire. Les procès des appelants n'ont pas encore eu lieu.

Le ministère public a interjeté appel de l'ordonnance du juge Galligan. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et rétabli les renvois à procès: (1987), 61 O.R. 290. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le refus du juge à l'enquête préliminaire d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur son comportement sexuel antérieur ne constituait pas une erreur de compétence et qu'en conséquence un *certiorari* ne pouvait pas être émis pour annuler les renvois à procès. En outre, la cour a affirmé que le juge à l'enquête préliminaire ne constituait pas un tribunal compétent et qu'il n'avait donc pas juridiction pour accorder à l'accusé une réparation pour violation d'un droit garanti par la *Charte*. Selon la cour, à la majorité, [TRADUCTION] «[o]n ne saurait dire que les juges de la Cour provinciale ont excédé leur juridiction en omettant de rendre une décision qu'ils n'étaient nullement autorisés à rendre» (p. 296). Même si cela suffisait pour trancher les questions en litige, la Cour d'appel a examiné le mérite de la question constitutionnelle afin de guider les juges du procès qui allaient entendre ces affaires. La cour, à la majorité, a statué que bien que ces dispositions aient un objectif valide du point de vue constitutionnel, elles pouvaient, à de rares occasions, contrevenir aux droits garantis par la *Charte*. La cour a, par ailleurs, jugé que ces dispositions ne pouvaient être sauvegardées par l'article premier. Plutôt que de les déclarer inopérantes, la Cour d'appel a décidé que, puisque les cas où ces dispositions auraient un effet inconstitutionnel sont rares, elles continueraient de s'appliquer, sauf dans ces circonstances limitées.

Notre Cour, statuant sur les deux appels interjetés par les accusés, les rejette et confirme la décision de la Cour d'appel de l'Ontario relativement à la compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire. Je souscris à l'opinion de la majorité sur ce point. Notre Cour à la majorité rejette aussi l'allégation que l'art. 277 du *Code* est inconstitutionnel et je partage entièrement cette opinion. Toutefois, notre Cour à la majorité est également d'avis que l'art. 276 du *Code criminel* est inconstitutionnel en ce qu'il contreviendrait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne*



ble of being saved by s. 1 of the *Charter*. With that finding I strongly disagree.

In the discussion that follows, I refrain from discussing the facts of the two cases since trial awaits and it will be the responsibility of the triers of fact to make the pertinent findings. The present discussion thus only addresses the constitutional questions as regards s. 276 of the *Criminal Code*.

### Relevant Statutory Provisions

Sections 276 and 277 (formerly ss. 246.6 and 246.7) are the *Criminal Code* sections under constitutional attack in these two appeals. The provisions apply to charges of sexual assault, sexual assault with a weapon, sexual assault causing bodily harm or accompanied with threats to a third party, and aggravated sexual assault.

#### *Criminal Code*

276. (1) In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused concerning the sexual activity of the complainant with any person other than the accused unless

(a) it is evidence that rebuts evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution;

(b) it is evidence of specific instances of the complainant's sexual activity tending to establish the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge; or

(c) it is evidence of sexual activity that took place on the same occasion as the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, where that evidence relates to the consent that the accused alleges he believed was given by the complainant.

(2) No evidence is admissible under paragraph (1)(c) unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to adduce the evidence together with particulars of the evidence sought to be adduced; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

*des droits et libertés* et ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. J'inscris mon profond désaccord avec cette conclusion.

Dans l'analyse qui suit, je m'abstiendrai d'examiner les faits de ces deux affaires qui sont en attente de procès puisqu'il appartiendra aux juges du procès de rendre les décisions pertinentes. Je n'examinerai donc que les questions constitutionnelles qui concernent l'art. 276 du *Code criminel*.

### Les dispositions législatives

Les deux pourvois portent sur les art. 276 et 277 (auparavant les art. 246.6 et 246.7) du *Code criminel*. Ces dispositions touchent les accusations d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée, d'agression sexuelle causant des lésions corporelles ou accompagnée de menaces à une tierce personne et d'agression sexuelle grave.

#### *Code criminel*

276. (1) Dans des procédures à l'égard d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, l'accusé ou son représentant ne peuvent présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec qui que soit d'autre que l'accusé à moins qu'il ne s'agisse:

a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;

b) de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation;

c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

(2) Aucune preuve n'est admissible en vertu de l'alinéa (1)c) à moins:

a) d'une part, qu'un avis raisonnable n'ait été donné par écrit au poursuivant par l'accusé ou en son nom, de son intention de produire cette preuve, et faisant état des détails qui s'y rapportent;

b) d'autre part, qu'une copie de cet avis n'ait été déposée auprès du greffier du tribunal.

(3) No evidence is admissible under subsection (1) unless the judge, provincial court judge or justice, after holding a hearing in which the jury and the members of the public are excluded and in which the complainant is not a compellable witness, is satisfied that the requirements of this section are met.

277. In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, evidence of sexual reputation, whether general or specific, is not admissible for the purpose of challenging or supporting the credibility of the complainant.

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

#### Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on September 28, 1988:

1. Whether s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof?

(3) Aucune preuve n'est admissible en vertu du paragraphe (1) à moins que le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contraignable, ne soit convaincu que les exigences énumérées au présent article ont été respectées.

277. Dans des procédures portant sur une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant est inadmissible.

#### *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.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

#### Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes furent énoncées par le juge en chef Dickson le 28 septembre 1988:

1. L'article 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

The other issues are as follows:

1. If ss. 246.6 and/or 246.7 of the *Criminal Code* are declared inoperative, what is the governing law?
2. If the sections are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and not justified, is this an appropriate case to declare a constitutional exemption in favour of the accused?
3. Does a judge conducting a preliminary inquiry have the jurisdiction to grant relief under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?
4. Whether the remedy of *certiorari* is available in the circumstances of this case.

#### Analysis

Of tantamount importance in answering the constitutional questions in this case is a consideration of the prevalence and impact of discriminatory beliefs on trials of sexual offences. These beliefs affect the processing of complaints, the law applied when and if the case proceeds to trial, the trial itself and the ultimate verdict. It is my view that the constitutional questions must be examined in their broader political, social and historical context in order to attempt any kind of meaningful constitutional analysis. The strength of this approach was discussed by Wilson J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352. She states at p. 1355 that, “[o]ne virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context.”

An introductory note of more than passing importance is the use of terminology in these reasons. A woman who has been sexually assaulted may be referred to, in reported decisions, as the “prosecutrix”, the “alleged victim” or the “complainant”. The use of the term prosecutrix stems from the historical fact that the victim of the assault was responsible for

Les autres questions sont les suivantes:

1. Si l’art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel*, ou les deux, sont déclarés inopérants, quelles sont alors les règles de droit applicables?
2. Si les articles sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne sont pas justifiés en vertu de l’article premier, convient-il de déclarer une exemption constitutionnelle en faveur de l’accusé?
3. Le juge chargé de l’enquête préliminaire a-t-il la compétence requise pour accorder réparation en vertu de l’art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
4. Dans les circonstances, le redressement par voie de *certiorari* peut-il être invoqué?

#### Analyse

Afin de répondre aux questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi, il est de toute première importance d’examiner la prévalence et l’impact des croyances discriminatoires sur le déroulement des procès pour infractions d’ordre sexuel. Ces croyances influent sur le traitement des plaintes, les règles de droit appliquées lorsque et si le procès s’instruit, le déroulement du procès et le verdict rendu. J’estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d’en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens. Le juge Wilson a discuté de l’intérêt de cette approche dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1352. Elle dit à la p. 1355: «Il me semble qu’une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu’une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»

En guise de note introductive, qui n’est pas sans importance, il y a lieu d’expliquer la terminologie qui sera utilisée dans les présents motifs. Dans les décisions publiées, une femme qui a été agressée sexuellement est la «poursuivante», la «prétendue victime» ou la «plaignante». L’utilisation du terme «poursuivante» découle du fait historique qu’il appartenait à

bringing a civil suit in order that her injury could be redressed. Presently, it is the state that initiates and directs the prosecution of such offences; nevertheless this phrase may still be employed. As the phrase is clearly archaic and has pejorative connotations, I will avoid its usage. A more difficult choice presents itself regarding the characterization of a sexually assaulted woman as "complainant" or "alleged victim". In my view these descriptions are also problematic, the former in its harshness (especially in this context) and the latter in its presumption that the woman has nothing to complain of. The latter description is, however, accurate in that, in law, one cannot be the victim of the assaultive conduct of an accused until the accused has been found guilty beyond a reasonable doubt. In this sense, the phrase is accurate (excepting of course those cases where an assault occurred but the accused successfully pleads the defence of honest but mistaken belief in consent). Due, however, to its overinclusiveness and presumptive character, I will avoid using the term "alleged victim" in these reasons. While "complainant" suffers from many of the same defects as the previous terms, it is nevertheless the least infirm of the three and, thus, I will use it throughout these reasons.

Finally, the provisions that are the subject of the constitutional challenge in the present case are commonly referred to as "rape shield" provisions. Implicit in this description is a presumption as to their purpose: that it is solely to shield a complainant from the rigours of cross-examination at trial. As I hope to make clear through the course of my reasons, although protecting the complainant may be one of the purposes of the provisions, it is neither the only one, nor necessarily the most important. As a result, I will not use this inaccurate shorthand in referring to these provisions.

### Sexual Assault

Sexual assault is not like any other crime. In the vast majority of cases the target is a woman and the perpetrator is a man (98.7 percent of those charged with sexual assault are men: *Crime Statistics 1986*, quoted in T. Dawson, "Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Con-

la victime de l'agression d'intenter une poursuite civile pour obtenir réparation. À l'heure actuelle, c'est le ministère public qui intente et dirige les poursuites de cette nature; néanmoins, il arrive que ce terme soit encore utilisé. Comme il est nettement archaïque et a une connotation péjorative, j'éviterai de l'utiliser. Le choix est plus difficile lorsqu'il s'agit de qualifier la femme qui a été agressée sexuellement de «plaignante» ou de «prétendue victime». À mon avis, ces termes présentent aussi des problèmes; le premier a une connotation dure (tout particulièrement dans ce contexte), le deuxième laisse présumer que la femme n'a aucun motif de se plaindre. Toutefois, cette dernière description est exacte en droit puisqu'une personne ne peut être la victime de l'agression d'un accusé tant que celui-ci n'a pas été déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. En ce sens, le terme est exact (sauf bien entendu dans les cas où, à la suite d'une agression, l'accusé réussit à faire valoir sa croyance sincère mais erronée au consentement). Toutefois, en raison du caractère trop général de ce terme et de la présomption qu'il crée, j'éviterai d'utiliser l'expression la «prétendue victime» dans mes motifs. Bien que le terme «plaignante» comporte autant de lacunes que les autres, c'est néanmoins celui des trois qui en comporte le moins et je l'utiliserai donc dans mon opinion.

Enfin, les dispositions qui font ici l'objet de la contestation constitutionnelle sont communément appelées «dispositions sur la protection des victimes de viol». Cette description renferme implicitement une présomption quant à leur objet: simplement protéger la plaignante contre les rigueurs du contre-interrogatoire au procès. Comme je l'établirai clairement, je l'espère, bien que ces dispositions visent la protection de la plaignante, il ne s'agit pas là de leur seul objet, ni nécessairement du plus important. En conséquence, je n'emploierai pas cette expression inexacte lorsque je me référerai à ces dispositions.

### L'agression sexuelle

L'agression sexuelle est différente d'un autre crime. Dans la vaste majorité des cas, la cible est une femme et l'agresseur est un homme (98,7 pour 100 des personnes accusées d'agression sexuelle sont des hommes: *Statistiques criminelles 1986*, cité dans T. Dawson, «Sexual Assault Law and Past Sexual Con-

struction of Relevance" (1988), 2 *C.J.W.L.* 310, at note 72, p. 326). Unlike other crimes of a violent nature, it is for the most part unreported. Yet, by all accounts, women are victimized at an alarming rate and there is some evidence that an already frighteningly high rate of sexual assault is on the increase. The prosecution and conviction rates for sexual assault are among the lowest for all violent crimes. Perhaps more than any other crime, the fear and constant reality of sexual assault affects how women conduct their lives and how they define their relationship with the larger society. Sexual assault is not like any other crime.

Conservative estimates inform us that, in Canada, at least one woman in five will be sexually assaulted during her lifetime (see J. Brickman and J. Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195). The Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths warns that one in two females will be the victim of unwanted sexual acts (*Sexual Offences Against Children* (1984)). While social scientists agree that the incidence of sexual assault is great, they also agree that it is impossible, for a variety of reasons, to measure accurately the actual rate of victimization. However, Brickman and Briere, *supra*, report that police figures "may be multiplied anywhere from five to twenty times to correct for victim under-reporting". (See also LeGrand, "Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law" (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919, at p. 939, and L. Clark and D. Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality* (1977), at p. 57.) While there is a large gap between reported incidents and actual victimization, there is a further gap between what researchers tell us are the actual numbers and what the actual numbers are.

There are a number of reasons why women may not report their victimization: fear of reprisal, fear of a continuation of their trauma at the hands of the

duct of the Primary Witness: The Construction of Relevance» (1988), 2 *C.J.W.L.* 310, note 72, à la p. 326). Contrairement aux autres crimes de nature violente, ces crimes sont en grande partie non rapportés. Toutefois, il est reconnu que les femmes continuent d'être victimisées à un rythme alarmant et il existe certaines indications que le taux déjà effroyablement élevé d'agressions sexuelles est à la hausse. En ce qui concerne les agressions sexuelles, les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité sont parmi les moins élevés de tous les crimes violents. Peut-être plus que dans le cas de tout autre crime, la crainte et la réalité constante de l'agression sexuelle influent sur la façon dont les femmes organisent leur vie et définissent leurs rapports avec l'ensemble de la société. L'agression sexuelle est différente d'un autre crime.

Selon des estimations prudentes, au moins une femme sur cinq, au Canada, sera agressée sexuellement pendant sa vie (voir J. Brickman et J. Briere, «Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population» (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195). Le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes précise qu'une femme sur deux sera victime d'actes sexuels non désirés (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). Bien que les sociologues reconnaissent que la fréquence des agressions sexuelles est élevée, ils admettent qu'il est impossible, pour diverses raisons, de mesurer avec exactitude le taux réel de victimisation. Toutefois, selon Brickman et Briere, précité, les chiffres de la police [TRADUCTION] «peuvent être multipliés entre cinq et vingt fois pour corriger la sous-estimation du nombre de victimes». (Voir aussi LeGrand, «Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law» (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919, à la p. 939 et L. Clark et D. Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality* (1977), à la p. 57.) Bien qu'il y ait un écart important entre le nombre d'incidents rapportés et le nombre réel de victimes, il y a un écart additionnel entre ce que les chercheurs nous indiquent comme nombre réel et le nombre véritable de victimes.

Il existe nombre de raisons de nature à inciter les femmes à ne pas porter plainte: la crainte de représailles, la crainte que leur traumatisme se prolonge

police and the criminal justice system, fear of a perceived loss of status and lack of desire to report due to the typical effects of sexual assault such as depression, self-blame or loss of self-esteem. Although all of the reasons for failing to report are significant and important, more relevant to the present inquiry are the numbers of victims who choose not to bring their victimization to the attention of the authorities due to their perception that the institutions with which they would have to become involved will view their victimization in a stereotypical and biased fashion. In the report of the Solicitor General of Canada, *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes* (1984), the statistics in this regard are noted at p. 10:

Analysis of reasons for failure to report incidents confirms many of the concerns which have already been noted by rape crisis workers—that women fear revenge from the offender (a factor in 33% of the unreported incidents) and, even more disturbingly, that they often fail to report because of their concern about the attitude of police or courts to this type of offence (43% of unreported incidents).

(See also L. Holmstrom and A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), at p. 58, and P. Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, at p. 217.)

The woman who comes to the attention of the authorities has her victimization measured against the current rape mythologies, i.e., who she should be in order to be recognized as having been, in the eyes of the law, raped; who her attacker must be in order to be recognized, in the eyes of the law, as a potential rapist; and how injured she must be in order to be believed. If her victimization does not fit the myths, it is unlikely that an arrest will be made or a conviction obtained. As prosecutors and police often suggest, in an attempt to excuse their application of stereotype, there is no point in directing cases toward the justice system if juries and judges will acquit on the basis of their stereotypical perceptions of the "supposed victim" and her "supposed" victimization. K. Williams, *The Prosecution of Sexual Assaults* (1978), discusses,

face à la police et au système de justice pénale, la crainte d'une perte apparente de statut et le peu d'intérêt à signaler une agression sexuelle à cause de ses répercussions typiques comme la dépression, les reproches personnels ou la perte d'estime de soi. Bien que toutes ces raisons soient significatives et importantes, le fait le plus pertinent pour nos fins est le nombre de victimes qui choisissent de ne pas porter plainte auprès des autorités parce qu'elles estiment que les institutions responsables considéreront leur plainte d'une façon stéréotypée et partielle. Dans le rapport du Solliciteur général du Canada, *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et crimes non signalés* (1984), les statistiques à cet égard sont précisées à la p. 10:

L'analyse des raisons pour lesquelles on n'a pas signalé les incidents confirme beaucoup des préoccupations qui ont déjà été relevées par les travailleurs de l'aide aux victimes de viol, à savoir que les femmes craignent des représailles de l'agresseur (un facteur qui intervient dans 33 % des incidents non signalés) et, fait encore plus alarmant, qu'elles s'abstiennent souvent de signaler l'incident à cause de leur appréhension concernant l'attitude de la police ou des tribunaux à l'égard de ce genre d'infraction (43 % des incidents non signalés).

(Voir aussi L. Holmstrom et A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), à la p. 58, et P. Marshall, «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 217.)

La femme qui dépose une plainte auprès des autorités voit sa situation analysée en fonction des mythes courants à l'égard du viol, c'est-à-dire qui elle devrait être pour que la loi reconnaisse qu'elle a été violée; qui devrait être l'agresseur pour que la loi reconnaisse qu'il peut être un violeur et quelle doit être l'ampleur des blessures qu'elle a subies pour qu'on la croit. Si la situation de la victime ne correspond pas aux mythes, il est peu probable qu'une arrestation sera effectuée ou une déclaration de culpabilité obtenue. Comme l'indiquent souvent les poursuivants et la police pour tenter de s'excuser d'avoir recours à des stéréotypes il est inutile de saisir le système de justice d'une plainte si les jurys et les juges acquitteront l'accusé en raison de leur perception stéréotypée de la «supposée victime» et de la «supposée» victimi-

at p. 42, the attrition rate for sexual assault cases as they progress through the system:

... the D.C. Task Force on Rape reported their concern that sexual assault cases did not fare well in the courts. They were not sure, however, whether this reflected normal attrition, experienced with all cases, or whether rape cases were particularly prone to dismissal. The latter seems to be true. In our analysis, rape cases were less likely to result in conviction than cases of robbery, burglary, and murder. The only crime with an attrition rate at all comparable was aggravated assault. There is an explanation for a large part of the attrition rate of assault cases, but it does not apply to rape. Over 60 percent of the rejections at screening and over one-half of the later dismissals in aggravated assault cases can be attributed to the complaining witness's decision to stop cooperating with the prosecutor. The attrition that results from such a decision on the part of the victim does *not* account for the attrition in rape cases. Attrition in rape cases is more likely to be the result of the prosecutor's judgment that the victim's credibility is questionable. . . . Few cases . . . go to trial . . . . Most fall out of the system before they reach that stage. [Emphasis added.][Italics in original.]

More specifically, police rely in large measure upon popular conceptions of sexual assault in order to classify incoming cases as "founded" or "unfounded". It would appear as though most forces have developed a convenient shorthand regarding their decisions to proceed in any given case. This shorthand is composed of popular myth regarding rapists (distinguishing them from men as a whole), and stereotype about women's character and sexuality. Holmstrom and Burgess, *supra*, at pp. 174-99, conveniently set out and explain the most common of these myths and stereotypes:

1. *Struggle and Force: Woman As Defender of Her Honor.* There is a myth that a woman cannot be raped

sation. K. Williams, *The Prosecution of Sexual Assaults* (1978), examine, à la p. 42, le taux d'élimination des plaintes d'agression sexuelle à l'intérieur du système de justice:

[TRADUCTION] ... le groupe de travail sur le viol du D.C. s'inquiète du fait que les affaires d'agression sexuelle ne réussissent pas bien devant les tribunaux. Toutefois, il ne savait pas si ce phénomène était attribuable au taux normal d'élimination des plaintes, que l'on retrouve dans tous les dossiers, ou si les affaires de viol donnaient plus souvent lieu à des rejets. Cette dernière affirmation semble la bonne. Selon notre analyse, les affaires de viol sont moins susceptibles de donner lieu à une déclaration de culpabilité que celles de vol qualifié, de vol avec effraction et de meurtre. Le seul crime qui donne lieu à un taux d'élimination comparable est celui de voies de fait graves. On peut expliquer une grande partie du taux d'élimination des plaintes de voies de fait, mais cette explication ne s'applique pas aux affaires de viol. Dans le cas des voies de fait graves, dans plus de 60 pour 100 des plaintes rejetées lors du filtrage initial et dans plus de la moitié des rejets qui ont lieu par la suite, c'est le témoin plaignant qui cesse de coopérer avec le ministère public. L'élimination des plaintes qui découle de la décision de la victime *ne* permet pas d'expliquer l'élimination des plaintes de viol. Dans les affaires de viol, l'élimination des plaintes résultera plus vraisemblablement du fait que le ministère public estime que la crédibilité de la plaignante est douteuse [ . . . ] Peu de dossiers [ . . . ] se rendent au procès [ . . . ] La plupart des affaires de cette nature n'atteignent pas cette étape. [Je souligne.] [Italiques dans l'original.]

Plus spécifiquement, dans la classification des plaintes comme étant «fondées» ou «non fondées», la police se base en grande partie sur les conceptions populaires de l'agression sexuelle. La plupart des corps de police semblent avoir mis au point une méthode rapide pour décider s'ils doivent ou non donner suite à une plainte donnée. Cette méthode repose à la fois sur le mythe populaire du violeur (par opposition à l'ensemble des hommes) et sur le stéréotype concernant la moralité et la sexualité des femmes. Holmstrom et Burgess, précité, aux pp. 174 à 199, présentent et expliquent la plupart de ces mythes et stéréotypes.

[TRADUCTION] 1. *Résistance et emploi de la force: La femme qui défend son honneur.* Il existe un mythe

against her will, that if she really wants to prevent a rape she can.

The prosecution attempts to show that she did struggle, or had no opportunity to do so, while the defence attempts to show that she did not.

Women know that there is no response on their part that will assure their safety. The experience and knowledge of women is borne out by the *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime* (1985). At page 7 of the report the authors note:

Sixty percent of those who tried reasoning with their attackers, and 60% of those who resisted actively by fighting or using weapon [sic] were injured. Every sexual assault incident is unique and so many factors are unknown (physical size of victims and offenders, verbal or physical threats, etc.) that no single course of action can be recommended unqualifiedly.

2. *Knowing the Defendant: The Rapist As a Stranger.* There is a myth that rapists are strangers who leap out of bushes to attack their victims. . . . the view that interaction between friends or between relatives does not result in rape is prevalent.

The defence uses the existence of a relationship between the parties to blame the victim. (Feild and Bienen, *infra*, report at p. 76 that "a significant proportion of reported rapes involve an assailant known by the victim." See also J. Check and N. Malamuth, "Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape" (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344, at pp. 344-45.)

3. *Sexual Reputation: The Madonna—Whore Complex.* . . . women . . . are categorized into one-dimensional types. They are maternal or they are sexy. They are good or they are bad. They are madonnas or they are whores.

The legal rules use these distinctions.

4. *General Character: Anything Not 100 Percent Proper and Respectable.* . . . Being on welfare or drinking or drug use could be used to discredit anyone, but where women are involved, these issues are used to imply that

qu'une femme ne peut pas être violée contre sa volonté et qu'elle peut empêcher le viol si elle le désire réellement.

a Le ministère public tente d'établir qu'elle a résisté ou n'a pas eu la chance de le faire et la défense tente de prouver le contraire.

b Les femmes savent qu'il n'existe pas de réponse de leur part qui assurera leur sécurité. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Les femmes victimes d'actes criminels* (1985) vient confirmer l'expérience et la connaissance des femmes. Aux pages 7 et 8 du rapport, les auteurs indiquent:

c Soixante pour cent des victimes qui ont tenté de faire entendre raison à leur assaillant et 60 % de celles qui ont résisté activement en luttant avec lui ou en utilisant une arme ont été blessées. Chaque cas d'agression sexuelle est particulier et le nombre de facteurs inconnus est si élevé (taille de la victime et de l'assaillant, menaces verbales ou physiques, etc.) qu'il est impossible de recommander sans réserve une règle à suivre en toutes circonstances.

e [TRADUCTION] 2. *Le défendeur connu: Le violeur en tant qu'étranger.* Il existe un mythe que les violeurs sont des étrangers qui sortent des buissons pour attaquer leurs victimes [. . .] c'est un point de vue répandu qu'il ne peut y avoir de viol entre amis ou parents.

f La défense utilise l'existence d'un lien entre les parties pour blâmer la victime. (Selon Feild et Bienen, *infra*, à la p. 76 [TRADUCTION] «dans une proportion importante des viols signalés, la victime connaît l'assaillant». Voir aussi J. Check et N. Malamuth, «Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape» (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344, aux pp. 344 et 345.)

g [TRADUCTION] 3. *La réputation sexuelle: Le complexe de la madone et de la prostituée.* [. . .] les femmes [. . .] sont classées par types à une seule dimension: elles sont maternelles ou sexy. Elles sont bonnes ou mauvaises. Elles sont des madones ou des prostituées.

h Les règles juridiques utilisent ces distinctions.

i [TRADUCTION] 4. *La réputation générale: Si la femme n'est pas convenable et respectable à 100 pour 100.* [. . .] Le fait de bénéficier de l'aide sociale, de consommer des boissons alcoolisées ou de la drogue peut servir



the woman consented to sex with the defendant or that she contracted to have sex for money.

5. *Emotionality of Females.* Females are assumed to be "more emotional" than males. The expectation is that if a woman is raped, she will get hysterical during the event and she will be visibly upset afterward. If she is able to "retain her cool," then people assume that "nothing happened". . . .

6. *Reporting Rape.* Two conflicting expectations exist concerning the reporting of rape. One is that if a woman is raped she will be too upset and ashamed to report it, and hence most of the time this crime goes unreported. The other is that if a woman is raped she will be so upset that she will report it. Both expectations exist simultaneously.

7. *Woman as Fickle and Full of Spite.* Another stereotype is that the feminine character is especially filled with malice. Woman is seen as fickle and as seeking revenge on past lovers.

8. *The Female Under Surveillance: Is the Victim Trying to Escape Punishment?* . . . It is assumed that the female's sexual behavior, depending on her age, is under the surveillance of her parents or her husband, and also more generally of the community. Thus, the defense argues, if a woman says she was raped it must be because she consented to sex that she was not supposed to have. She got caught, and now she wants to get back in the good graces of whomever's surveillance she is under.

9. *Disputing That Sex Occurred.* That females fantasize rape is another common stereotype. Females are assumed to make up stories that sex occurred when in fact nothing happened. . . . Similarly, women are thought to fabricate the sexual activity not as part of a fantasy life, but out of spite.

10. *Stereotype of the Rapist.* One stereotype of the rapist is that of a stranger who leaps out of the bushes to attack his victim and later abruptly leaves her. . . . stereotypes of the rapist can be used to blame the victim. She tells what he did. And because it often does not match what jurors think rapists do, his behavior is held against her.

à attaquer la crédibilité de quiconque; toutefois, dans le cas des femmes, on se sert de ces facteurs pour insinuer que la femme a consenti aux rapports sexuels avec le défendeur ou échangé une faveur sexuelle contre de l'argent.

5. *Le caractère émotif des femmes.* On suppose que les femmes sont plus émotives que les hommes. Si une femme est violée, on s'attend qu'elle sera hystérique pendant l'incident et qu'elle sera visiblement troublée ensuite. Si elle est capable de «garder son sang-froid», les gens supposent qu'il ne s'est rien passé. . . .

6. *Le dépôt d'une plainte de viol.* Il existe deux attentes contradictoires en ce qui concerne le dépôt des plaintes de viol. Premièrement, si une femme a été violée, elle sera trop bouleversée et honteuse pour déposer une plainte, c'est pourquoi la plupart de ces crimes ne sont pas signalés. Deuxièmement, si une femme est violée, elle sera si troublée qu'elle voudra déposer une plainte. Ces deux attentes existent simultanément.

7. *La femme est inconstante et rancunière.* Un autre stéréotype est que la femme est tout particulièrement méchante. On considère que les femmes sont inconstantes et rancunières à l'égard de leurs anciens amants.

8. *La femme sous surveillance: La victime essaie-t-elle d'échapper à une peine?* [. . .] On suppose que le comportement sexuel de la femme, dépendant de son âge, est surveillé par ses parents ou son mari et plus généralement par la collectivité. Si une femme dit qu'elle a été violée, la défense prétend alors qu'elle a consenti à des rapports sexuels qu'elle n'était pas supposée avoir. Elle s'est fait prendre et veut se racheter aux yeux de la personne qui la surveillait.

9. *Contestation de l'existence des rapports sexuels.* Un autre stéréotype répandu est que les femmes se laissent aller à des fantasmes sur le viol. On présume que les femmes inventent des récits de rapports sexuels, lorsqu'en fait il ne s'est rien passé [. . .] On croit aussi que les femmes fabriquent des récits de comportement sexuel non pas dans le cadre de fantasmes, mais par rancune.

10. *Le stéréotype du violeur.* Le stéréotype du violeur est qu'il est un étranger qui sort des buissons pour attaquer sa victime et s'enfuit ensuite [. . .] on peut utiliser les stéréotypes du violeur pour blâmer la victime. Elle raconte ce qu'il lui a fait. Puisqu'il arrive souvent que le récit de la victime ne correspond pas à l'idée que les jurés se font d'un violeur, le comportement de ce dernier joue contre elle.

A corollary of this myth is the belief that rapists are not "normal" and are "mentally ill".

This Court has previously examined the application of myth and stereotype to women in the realm of the criminal law. In *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, this Court considered the negative impact of stereotypes about battered women and held at p. 890 that "[e]xpert evidence can assist the jury in dispelling these myths." L. Vandervort, "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 258, note 43, suggests that, "[t]he criminal justice system can play a major role in the process of replacing 'mythical' views of sexual assault, and the social definitions of sexual assault based on these myths, with views based on fact and the results of empirical studies".

This list of stereotypical conceptions about women and sexual assault is by no means exhaustive. Like most stereotypes, they operate as a way, however flawed, of understanding the world and, like most such constructs, operate at a level of consciousness that makes it difficult to root them out and confront them directly. This mythology finds its way into the decisions of the police regarding their "founded"/"unfounded" categorization, operates in the mind of the Crown when deciding whether or not to prosecute, influences a judge's or juror's perception of guilt or innocence of the accused and the "goodness" or "badness" of the victim, and finally, has carved out a niche in both the evidentiary and substantive law governing the trial of the matter.

Regarding the utilization of these beliefs by police, in their study of police practices Clark and Lewis (*A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished)), quoted in M. Stanley, *The Experience of the Rape Victim with the Criminal Justice System Prior to Bill C-127* (1985), at p. 20, found at p. 57 that:

The progress of a rape case through the criminal justice system reflects a highly selective process of elimination. Only a fraction of all rapes are reported; only a fraction of reported rapes are classified as founded; only a frac-

Un corollaire de ce mythe est que le violeur n'est pas «normal» et qu'il est un «malade mental».

Notre Cour a déjà examiné l'application des mythes et des stéréotypes à l'égard des femmes dans le contexte du droit criminel. Dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, notre Cour a examiné l'incidence négative des stéréotypes concernant les femmes battues et a conclu à la p. 890 que «[l]a preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.» L. Vandervort, «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987), 2 *C.J.W.L.* 233, à la p. 258, note 43, suggère que [TRADUCTION] «[l]e système de justice pénale peut jouer un rôle important en vue de remplacer les mythes de l'agression sexuelle et les définitions sociales fondées sur ces mythes par des opinions fondées sur les faits et les résultats d'études empiriques.»

Cette liste des conceptions stéréotypées sur les femmes et l'agression sexuelle n'est nullement exhaustive. Comme la plupart des stéréotypes, elles sont une façon, si imparfaite soit-elle, de comprendre le monde et, comme la plupart de ces conceptions, opèrent à un niveau de conscience qui les rend difficiles à éliminer et à attaquer directement. Cette mythologie influence la police dans sa décision de classer une plainte comme «fondée ou non fondée», le ministère public dans sa décision d'intenter ou non des poursuites, la perception que le juge ou le juré a de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et de la «bonté» ou de la «méchanceté» de la victime, et enfin a réussi à se tailler une place dans les règles de preuve et de fond régissant le procès en cette matière.

En ce qui concerne l'utilisation de ces croyances par la police, Clark et Lewis, dans leur étude des pratiques de la police (*A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (inédit)), cités dans M. Stanley, *Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127* (1985), à la p. 19, affirment à la p. 57:

[TRADUCTION] Le cheminement d'une affaire de viol dans le système judiciaire pénal suit un processus d'élimination hautement sélectif. Seule une fraction de tous les viols est déclarée; de ce nombre, seule une fraction est classifiée comme étant fondée; et sur ce nombre, seule une fraction des plaintes fondées conduit à une

tion of founded cases lead to an arrest; and only a fraction of suspects arrested are convicted.

As I discussed earlier, rape myths are commonly the tools used to select out those cases not worthy of further attention. Whether or not the police use these beliefs consciously, in order to “rape-myth-proof” cases prior to trial, in an attempt to ensure a respectable level of convictions, or whether they employ these beliefs unconsciously, it is clear that very few cases that come to the attention of the police are classified as founded. Clark and Lewis, *supra*, suggest that “only the ‘best’ of even the founded cases proceed” (p. 22). And while founded rates may be on the increase, a complaint of sexual assault is still “three times more likely to be considered unfounded than most other offences” (Renner and Sahjpaal, “The New Sexual Assault Law” at pp. 408-9, quoted in T. Dawson, *supra*, at p. 327). A startling summary of the findings of Clark and Lewis, *supra*, regarding the type of case that is most likely to be classified as founded is provided by M. Stanley, *supra*, at pp. 39-40:

In reviewing the factors which influenced the police classification of cases as “founded” and “unfounded”, a general profile emerged of women who, according to Clark and Lewis, “can’t be raped”. [They] ... concluded that the major factor in the judgment made to proceed with a case or to terminate investigation was based upon the character of the reporting rape victim. If the victim was drunk when she was first interviewed by the police, if she was a runaway teenager who did not live at home and was unemployed, if she was between the ages of thirty and forty years of age and separated, divorced, or living in a common law relationship, or if she was “idle”, unemployed or on welfare, or receiving psychiatric care, generally the police would not pursue the case. Further, if the victim was not hysterical when she reported the crime, or if she waited too long to report the crime, or if she knew the offender, or if she voluntarily accompanied the offender to his residence, or accepted a ride in his car, it was likely that the police would not designate the case as “founded”. Where there was evidence of violence, especially where a weapon was used, or where other crimes were committed contemporaneously with the rape, or where more than one

arrestation; enfin, seul un petit nombre de suspects est condamné.

Comme je l’ai déjà dit, les mythes entourant le viol servent fréquemment à éliminer les dossiers qui ne méritent pas qu’on y donne suite. Que la police utilise ces croyances consciemment ou non pour évaluer, avant le procès, la preuve par rapport aux mythes existants dans une tentative d’obtenir une proportion convenable de déclarations de culpabilité, il est évident que très peu de plaintes déposées auprès de la police sont classées comme fondées. Clark et Lewis, précité, estiment que [TRADUCTION] «l’on donne suite seulement aux «meilleurs» dossiers parmi les plaintes jugées fondées» (p. 22). Bien qu’il y ait un accroissement du nombre de plaintes jugées fondées, une plainte d’agression sexuelle est encore [TRADUCTION] «trois fois plus susceptible d’être considérée comme non fondée qu’une autre dans le cas de la plupart des autres infractions» (Renner et Sahjpaal, «The New Sexual Assault Law», aux pp. 408 et 409, cité dans T. Dawson, précité, à la p. 327). M. Stanley, précité, aux pp. 34 et 35, fait un sommaire surprenant des conclusions de Clark et Lewis, précité, en ce qui concerne le type de plainte le plus susceptible d’être considérée comme fondée:

En examinant les facteurs qui influent sur la classification faite par la police des plaintes en deux catégories, «fondées» et «non fondées» on a pu dégager un profil de femmes qui, selon Clark et Lewis, ne «peuvent pas être violées». [Ils] ont conclu que le facteur le plus important pour déterminer qu’une enquête aura lieu ou non à la suite d’une plainte est fondé sur la moralité de la victime. Si elle est ivre lorsqu’elle est interrogée par la police la première fois, ou s’il agit d’une adolescente en fuite qui ne vivait pas à la maison et était sans emploi, si elle était âgée entre 30 et 40 ans, et si elle était séparée, divorcée, si elle vivait en concubinage ou si elle était «désœuvrée», en chômage ou bénéficiaire de l’aide sociale, ou si elle recevait des soins psychiatriques, la police laissait tomber la plainte. En outre, si la victime n’était pas hystérique quand elle a porté plainte, ou si elle avait attendu trop longtemps pour porter plainte, ou si elle connaissait l’agresseur, si elle l’avait volontairement accompagné à son domicile, ou si elle a accepté de monter dans sa voiture, il est probable que la police ne donnerait pas suite à la plainte. S’il y a des preuves de violence, spécialement si une arme a été utilisée, si d’autres crimes ont été commis outre le viol, ou s’il y

assailant was involved in the commission of the rape, the police were more inclined to pursue the investigation.

Holmstrom and Burgess, *supra*, at pp. 43-44, come to much the same conclusion:

In summary, police have in their minds an image of the ideal rape victim and the ideal rape case. They are most enthusiastic about legally pursuing a "strong" case. Putting their criteria together into an "ideal type" composite, the perfect case would be one in which all the information checks out, there are police witnesses to the crime, the victim can provide a good description of the assailant, there is supporting medical evidence including sperm and injuries, the story remains completely consistent and unchanging, the victim is forced to accompany the assailant, was previously minding her own business, a virgin, sober, stable emotionally, upset by the rape, did not know the offender, and the assailant has a prison record and a long list of current charges against him.

The effect of this filtering process is evident when one examines the end result: conviction rates. Clark and Lewis, in *Rape: The Price of Coercive Sexuality*, *supra*, quoted in C. Backhouse and L. Schoenroth, "A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law" (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48, note 278, at p. 81, provide us with an estimate of the actual conviction rate in rape cases. Based upon a reporting rate of 40 percent (which is one of the highest estimates of reporting), a founding rate of 36 percent, an arrest rate of 75 percent and a conviction rate of 51 percent they concluded that only 7 percent of rapists are likely to be convicted. Although their conclusions are based upon Toronto crime statistics for 1970, their data and conclusions bring home the limited utility of statistics which use only reported cases in estimating incidence, arrest and conviction rates. Moreover, their conclusions are supported by more recent data. H. Feild and L. Bienen, *Jurors and Rape* (1980), suggest, at p. 95, that, "based upon recent crime statistics, an individual who commits rape has only about 4 chances in 100 of being arrested, prosecuted, and found guilty of any offense." The conviction rates for

avait plus d'un agresseur, les policiers étaient plus enclins à poursuivre l'enquête.

Holmstrom et Burgess, précité, aux pp. 43 et 44 arrivent à peu près à la même conclusion:

[TRADUCTION] Bref, la police a dans l'esprit une image de la victime idéale et du dossier idéal de viol. Elle est fort enthousiaste lorsqu'il s'agit de donner légalement suite à un dossier «solide». Si l'on met ensemble les critères de la police pour tracer un portrait «type idéal», on peut affirmer qu'un dossier serait parfait si la police possède tous les renseignements suivants: des policiers ont été témoins du crime; la victime peut fournir une bonne description de l'agresseur; il existe des preuves médicales à l'appui, notamment du sperme et des blessures; la version donnée de l'incident demeure constante et inchangée; la victime a été forcée d'accompagner l'agresseur; au moment de l'incident, la victime s'occupait de son affaire, était vierge, sobre, et émotionnellement stable; elle a été bouleversée par le viol, elle ne connaissait pas le contrevenant; l'agresseur possède un casier judiciaire et il doit déjà répondre à une longue liste d'accusations.

L'effet de ce processus de filtrage devient évident lorsqu'on examine le résultat final: le taux de déclarations de culpabilité. Clark et Lewis, dans *Rape: The Price of Coercive Sexuality*, précité, cité dans C. Backhouse et L. Schoenroth, «A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law» (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48, note 278, à la p. 81, nous fournissent une estimation du taux réel de déclarations de culpabilité dans les dossiers de viol. En se fondant sur un taux de plaintes de 40 pour 100 (soit l'une des estimations les plus élevées à cet égard), un taux de plaintes fondées de 36 pour 100, un taux d'arrestations de 75 pour 100 et un taux de déclarations de culpabilité de 51 pour 100, les auteurs concluent que seulement 7 pour 100 des violeurs seront vraisemblablement déclarés coupables. Bien que leurs conclusions soient fondées sur les statistiques du crime à Toronto pour l'année 1970, leurs données et leurs conclusions font voir l'utilité restreinte des statistiques qui n'utilisent que les plaintes signalées pour estimer les taux de fréquence, d'arrestations et de déclarations de culpabilité. Par ailleurs, des données plus récentes viennent appuyer leurs conclusions. D'après H. Feild et L. Bienen, *Jurors and Rape* (1980), à la p. 95 [TRADUCTION] «selon les récentes

those who are actually arrested and prosecuted are little better. Williams, *supra*, tells us at p. 19 that:

Sexual assault cases infrequently result in a conviction. Of the arrests that had reached final disposition at the time of this analysis, 22 percent resulted in conviction—on some charge. This rate is not only low, it is much lower than the rate for other crimes, which is between 30 and 35 percent. . . . the conviction rates were low regardless of the age or sex of the victim.

Canadian statistics are no more encouraging. Statistics Canada reports that the conviction rate for all crimes against the person in 1973 was 66.7 percent whereas the comparable rate for rape was 39.3 percent.

The previous discussion about reporting rates, rates of arrest and conviction, and the practices of the police in classifying sexual assaults, informs us as to the approximate number of women who are actually victimized. It also tells us something about the gloss that prejudicial beliefs can place on what actually happens, but it does not tell us much about a related and perhaps much larger effect. Whether or not a particular woman has been sexually assaulted, the high rate of assault works to shape the daily life of all women. The fact is that many, if not most women live in fear of victimization. The fear can become such a constant companion that its effect remains largely unnoticed and, sadly, unremarkable. In their study of this phenomenon, M. Gordon and S. Riger, *The Female Fear* (1989), conclude that, ". . . women restrict their behavior—even isolate themselves—in order to avoid being harmed." The point is made dra-

statistiques sur la criminalité, un individu qui commet un viol a seulement environ quatre chances sur cent d'être arrêté, poursuivi et déclaré coupable d'une infraction quelconque». Le taux de déclarations de culpabilité pour les individus qui sont effectivement arrêtés et poursuivis est un peu plus élevé. Williams, précité, affirme à la p. 19:

[TRADUCTION] Les dossiers d'agression sexuelle donnent rarement lieu à une déclaration de culpabilité. Du nombre d'arrestations ayant atteint l'étape du jugement final lors de notre analyse, il y avait eu déclaration de culpabilité dans 22 pour 100 des cas—pour certaines accusations. Non seulement ce taux est faible, mais il est beaucoup moins élevé que dans le cas des autres crimes où il se situe entre 30 et 35 pour 100 [. . .] le taux de déclaration de culpabilité est peu élevé, quel que soit l'âge ou le sexe de la victime.

Les statistiques canadiennes ne sont pas plus encourageantes. Selon Statistique Canada, en 1973, le taux de déclarations de culpabilité pour tous les crimes contre la personne a été de 66,7 pour 100 contre 39,3 pour 100 pour le viol.

L'analyse que je viens de faire des taux de plaintes, d'arrestations et de déclarations de culpabilité ainsi que des pratiques policières en matière de classification des plaintes d'agression sexuelle nous permet d'avoir une estimation du nombre de femmes qui sont réellement victimisées. Cette analyse nous révèle également quelque chose sur l'éclat que les préjugés peuvent jeter sur ce qui se passe réellement; toutefois, elle ne nous renseigne pas beaucoup sur un effet connexe peut-être encore plus important. En effet, qu'une femme ait ou non été victime d'une agression sexuelle, le taux élevé d'agressions influe sur la façon dont toutes les femmes organisent leur vie quotidienne. Le fait demeure que de nombreuses femmes, sinon la plupart, vivent dans la crainte de la victimisation. Cette crainte peut devenir si constante qu'elle passe largement inaperçue et n'est, malheureusement, pas remarquée. Dans leur étude de ce phénomène, M. Gordon et S. Riger, *The Female Fear* (1989), concluent que [TRADUCTION] «. . . les femmes restreignent leurs activités—vont même jusqu'à s'isoler—afin d'éviter d'être blessées.» Ce point est présenté d'une façon saisissante, aux pp. 1 à 3 du *Sondage canadien sur la victimisation en milieu*

matically at pp. 1-2 of the *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime, supra*:

We now know from recent research on fear of crime that first-hand experience with victimization is only one dimension of fear. . . . Particularly relevant in understanding women's fear is an appreciation of the kinds of violence women are most vulnerable to, especially the experience and the impact of domestic and sexual violence. Some women live with the imminent threat of assault from someone in their own households, and many women live with the more general fear of sexual assault, concerns which rarely intrude into the lives of men.

Any form of sexual aggression may feed women's fears by sensitizing them to the possibility of violent attack. Victimization surveys obviously cannot address all the subtle reminders to women of their vulnerability.

While avoidance of high risk situations may well be an important element of victimization prevention, there are obvious limits and costs to a strategy of withdrawal. . . . Even moderate withdrawal in order to prevent violent victimization can diminish an individual's sense of personal autonomy and have a negative impact on the overall quality of life.

In his reasons for judgment in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, Dickson C.J. at pp. 746-47 discusses this phenomenon in the context of minority groups targeted by hate propaganda. His words are instructive:

The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the fostering of human dignity . . . .

*urbain: Les femmes victimes d'actes criminels, précité:*

Nous savons maintenant, d'après de récentes recherches sur la peur du crime, qu'une expérience de victimisation de première main ne constitue qu'une dimension de la peur [. . .] Il existe un facteur particulièrement pertinent à la compréhension de la peur chez les femmes: les genres de violence auxquels les femmes sont les plus vulnérables, et particulièrement l'expérience et les effets de la violence domestique et de la violence sexuelle. Certaines femmes vivent sous le coup de menaces d'agression de la part d'un membre de leur propre ménage, et de nombreuses femmes vivent avec la crainte plus générale d'une agression sexuelle, crainte qui se manifeste rarement dans la vie des hommes.

Toute forme d'agression sexuelle peut contribuer à alimenter les craintes des femmes, en les sensibilisant à la possibilité d'une attaque violente. Les sondages sur la victimisation ne peuvent de toute évidence pas se pencher sur tous les éléments qui peuvent rappeler subtilement aux femmes leur vulnérabilité.

Même si le fait d'éviter les situations présentant des risques élevés peut se révéler un élément important de la prévention de la victimisation, il y a des contraintes et des coûts évidents rattachés à une telle stratégie [. . .] Même une diminution modérée des activités sociales pour prévenir une victimisation violente peut réduire le sens de l'autonomie personnelle et avoir des répercussions négatives sur la qualité de la vie dans son ensemble.

Dans ses motifs de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson examine ce phénomène aux pp. 746 et 747, dans le contexte des groupes minoritaires visés par la propagande haineuse. Ses propos sont instructifs:

La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine . . . .

This brings us much closer towards a recognition of the impact of societal and legal responses to the sexual victimization of women.

Forgetting about the microcosm of the criminal justice system for a moment, one must not lose sight of the fact that the individuals involved in the processing of complaints are a product of our larger society. While it is clear that those who are so involved hold and utilize stereotypical beliefs about women and rape, this should not be taken to mean that, perhaps as a result of their close association with the matter, they are unique in this respect. In a report prepared for the Ontario Women's Directorate in 1988, by Informa Inc., "Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign", the prevalence among Ontario residents of a number of stereotypical and discriminatory beliefs was measured. The results indicate that similar stereotypes are held by a surprising number of individuals, for example: that men who assault are not like normal men, the "mad rapist" myth; that women often provoke or precipitate sexual assault; that women are assaulted by strangers; that women often agree to have sex but later complain of rape; and the related myth that men are often convicted on the false testimony of the complainant; that women are as likely to commit sexual assault as are men and that when women say no they do not necessarily mean no. This baggage belongs to us all. (See also Feild and Bienen, *supra*.)

Absolutely pivotal to an understanding of the nature and purpose of the provisions and constitutional questions at issue in this case is the realization of how widespread the stereotypes and myths about rape are, notwithstanding their inaccuracy.

The appellants argue that we, as a society, have become more enlightened, that prosecutors, police, judges and jurors can be trusted to perform their tasks without recourse to discriminatory views about women manifested through rape myth. Unfortunately, social science evidence suggests otherwise.

Ceci nous amène davantage à reconnaître l'incidence des réactions sociales et juridiques à la victimisation sexuelle des femmes.

<sup>a</sup> Si l'on oublie pour un instant le microcosme du système de justice pénale, on ne doit pas perdre de vue que le traitement des plaintes est effectué par des individus qui sont le produit de l'ensemble de la société. Bien que, de toute évidence, ceux qui sont <sup>b</sup> ainsi impliqués aient des croyances stéréotypées au sujet des femmes et du viol, cela ne devrait pas vouloir dire pour autant qu'ils sont, peut-être de par leur association étroite avec la question, uniques à cet <sup>c</sup> égard. Dans un rapport rédigé par Informa Inc. pour le compte de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario en 1988, «Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign», les auteurs ont vérifié dans quelle mesure certaines <sup>d</sup> croyances stéréotypées et discriminatoires étaient répandues chez les Ontariens. Selon les résultats, un nombre étonnant de personnes entretiennent les mêmes stéréotypes: les hommes agresseurs ne sont pas des hommes normaux, le mythe du «violeur fou»; <sup>e</sup> les femmes provoquent ou s'attirent souvent l'agression sexuelle; les femmes sont agressées par des étrangers; les femmes acceptent souvent d'avoir des rapports sexuels, mais se plaignent ensuite de viol et <sup>f</sup> enfin, existe le mythe connexe que les hommes sont souvent déclarés coupables à partir du faux témoignage de la plaignante, que les femmes peuvent autant que les hommes commettre une agression sexuelle et que quand une femme dit non, cela ne <sup>g</sup> veut pas nécessairement dire non. Ce sont là des stéréotypes que nous partageons tous. (Voir aussi Feild et Bienen, précité.)

<sup>h</sup> Il est absolument essentiel, pour comprendre la nature et l'objet des dispositions ici contestées et des questions constitutionnelles en jeu, de se rendre compte comment les stéréotypes et les mythes à l'égard du viol sont répandus, malgré leur inexactitude.

<sup>i</sup> Les appelants prétendent que nous sommes devenus, en tant que société, plus éclairés, et que nous pouvons avoir confiance que le ministère public, la police, les juges et les jurés s'acquitteront de leurs <sup>j</sup> tâches sans se laisser influencer par les opinions discriminatoires sur les femmes, qui se manifestent dans

Rape myths still present formidable obstacles for complainants in their dealings with the very system charged with discovering the truth. Their experience in this regard is illustrated by the following remarks of surprisingly recent vintage:

Women who say no do not always mean no. It is not just a question of saying no, it is a question of how she says it, how she shows and makes it clear. If she doesn't want it she has only to keep her legs shut and she would not get it without force and there would be marks of force being used.

(Judge David Wild, Cambridge Crown Court, 1982, quoted in Elizabeth Sheehy, "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741, at p. 741.)

Unless you have no worldly experience at all, you'll agree that women occasionally resist at first but later give in to either persuasion or their own instincts.

(Judge Frank Allen, Manitoba Provincial Court, 1984, quoted in Sheehy, *supra*, at p. 741.)

... it is easy for a man intent upon his own desires to mistake the intentions of a woman or girl who may herself be in two minds about what to do. Even if he makes no mistake it is not unknown for a woman afterwards either to take fright or for some other reason to regret what has happened and seek to justify herself retrospectively by accusing the man of rape.

(Howard, *Criminal Law* (3rd ed. 1977), at p. 149.)

Modern psychiatrists have amply studied the behavior of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emotional conditions. One form taken by

les mythes qui entourent le viol. Malheureusement, selon les données sociologiques, tel n'est pas le cas. Les mythes entourant le viol présentent encore des obstacles considérables pour les plaignantes dans leurs rapports avec le système même qui a pour mission de découvrir la vérité. L'expérience des plaignantes est illustrée dans ces remarques provenant d'articles fort récents:

[TRADUCTION] Les femmes qui disent non ne veulent pas toujours dire non. Ce n'est pas seulement le fait pour la femme de dire non qui compte, mais c'est plutôt la façon dont elle le dit, comment elle présente sa réponse. Si elle ne consent pas, elle n'a qu'à se croiser les jambes et il ne pourrait y avoir de rapports sexuels sans emploi de la force; dans ce cas, il y aurait des marques du recours à la force.

(Juge David Wild, Cambridge Crown Court, 1982, cité dans Elizabeth Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 741, à la p. 741.)

[TRADUCTION] Sauf si vous n'avez pratiquement aucune expérience, vous reconnaîtrez avec moi que les femmes résistent occasionnellement au début, mais qu'elles cèdent ensuite à la persuasion ou à leurs propres instincts.

(Juge Frank Allen, Cour provinciale du Manitoba, 1984, cité dans Sheehy, précité, à la p. 741.)

[TRADUCTION] ... c'est facile pour un homme absorbé par ses propres désirs de se méprendre quant aux intentions d'une femme ou d'une fille qui peut aussi se trouver dans deux dispositions d'esprit différentes quant à ce qu'elle doit faire. Même si l'homme ne se méprend pas, il arrive qu'une femme puisse ensuite prendre peur ou, pour toute autre raison, regretter ce qui s'est passé et chercher à se justifier rétroactivement en portant une accusation de viol contre l'homme.

(Howard, *Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1977), à la p. 149.)

[TRADUCTION] Les psychiatres contemporains ont étudié à fond le comportement des jeunes filles et des jeunes femmes itinérantes qui se présentent devant les tribunaux dans des affaires de toutes sortes. Leurs complexes psychiques sont très variés, déformés en partie par leurs lacunes inhérentes, par leur esprit malade ou des instincts anormaux, par un mauvais environnement social, et par des conditions psychologiques ou émotionnelles passagères. Une manifestation de ces complexes est de



these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men.

(Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A (1970), at p. 736.)

Regrettably, these remarks demonstrate that many in society hold inappropriate stereotypical beliefs and apply them when the opportunity presents itself.

Feild and Bienen, *supra*, write at p. 139 that, “[t]he results reported in this study confirmed what many writers and researchers studying rape have suggested: extra-evidential factors were found to influence the outcome of the rape trials.” When juries are provided with certain types of information about the complainant, such as evidence regarding past sexual conduct, the weight of the evidence is that they then utilize the myths and stereotypes discussed above and focus on them in “resolving” the particular legal issues raised by the case. Though these researchers found that the effect of sexual history evidence was more complex than originally thought, they do note at pp. 118-19 that:

Along with race of the defendant, sexual experience of the victim proved to have important effects on juror decision making as it was involved in four of the seven significant interactions. Support for the reformers' sentiments concerning the elimination of evidence regarding third-party sexual relations is indicated by the presence of these interactions.

In the present research, the assailant in the nonprecipitatory assault was given a more severe sentence than the offender in the precipitatory case indicating that the jurors appeared to attribute blame to the victim when contributory behavior was implied. Several writers (Frederick and Luginbuhl 1976; Jones and Aronson 1973; Landy and Aronson 1969) have documented similar effects. Brooks, Doob, and Kirshenbaum (1975) found that jurors were more likely to convict a defendant accused of raping a woman with a chaste reputation than an identical defendant charged with assaulting a prostitute. Information on the “good” or “bad” character of the victim appears to affect the decisions of the jurors, and the

porter les femmes à accuser faussement des hommes d'infractions sexuelles.

(Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A (1970), à la p. 736.)

Malheureusement, ces remarques démontrent que plusieurs dans la société entretiennent des croyances stéréotypées fausses et les appliquent lorsque l'occasion se présente.

Feild et Bienen, précité, mentionnent à la p. 139 que [TRADUCTION] «[l]es résultats mentionnés dans cette étude viennent confirmer ce que de nombreux auteurs et chercheurs ayant étudié la question du viol ont soutenu: des facteurs étrangers à la preuve influent sur l'issue des procès pour viol.» Lorsque l'on fournit aux jurys certains types de renseignements sur la plaignante, notamment des preuves concernant son comportement sexuel antérieur, ils apprécient la preuve en utilisant les mythes et les stéréotypes examinés ci-dessus et se fondent sur eux pour «résoudre» les questions en litige. Bien que ces chercheurs soient d'avis que l'incidence des preuves concernant le comportement sexuel soit beaucoup plus complexe qu'initialement prévu, ils font remarquer aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] À l'instar de la race du défendeur, l'expérience sexuelle de la victime s'est avérée avoir une incidence importante sur la prise de décision par juré puisque ce facteur a joué un rôle dans quatre des sept interactions importantes. L'existence même de ces interactions vient appuyer l'opinion des réformateurs quant à l'élimination des preuves ayant trait à des rapports sexuels avec des tierces personnes.

Dans notre recherche, l'agresseur dans le cas de l'agression non contributive a reçu une peine plus sévère que dans le cas de l'agression contributive, ce qui indique que les jurés semblent blâmer la victime lorsqu'on allègue que son comportement a contribué à l'agression. Plusieurs auteurs (Frederick et Luginbuhl 1976; Jones et Aronson 1973; Landy et Aronson 1969) ont fait état d'effets similaires. Brooks, Doob et Kirshenbaum (1975) ont dit qu'il y avait plus de chances que les jurés déclarent coupable un défendeur accusé du viol d'une femme de bonnes mœurs que dans le cas où il serait accusé d'avoir agressé une prostituée. Les renseignements sur la «bonne» ou «mauvaise» réputation de la

definitions of good or bad are likely to be broadly defined. [Emphasis added.]

Similarly, Borgida and White, "Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform" (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339, report at p. 349 that:

... when specific evidence of the victim's prior sexual history is admitted in a consent defense rape case ... jurors infer victim consent, carefully and unfavorably scrutinize the victim's credibility and moral character, and tend to attribute more responsibility to the victim. ... Although defendant credibility is a consideration, perceptions of the defendant's general moral character are much less of a consideration than the victim's general moral character.

Jurors are reluctant to convict the defendant when any testimony about prior sexual history is introduced in support of the consent defense.

The admission of this evidence seems to enhance the likelihood that jurors make person attributions and attribute more personal responsibility to the victim for the rape. Jurors also are more likely to infer victim consent from testimony about prior sexual history. [Emphasis added.]

G. La Free, who has done extensive research on this issue, suggests that the research is consistent with respect to the conclusion that when the victim allegedly engaged in "misconduct", acquittals were more likely ("Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing" (1980), 58 *Soc. Forces* 833). In this particular study, La Free examined all of the forcible rape cases in an American midwestern city. He defined misconduct for the purpose of his study as either sexual, i.e., the victim had illegitimate children or was sleeping with her boyfriend, or non-sexual, i.e., the victim was a runaway or drug dealer. As La Free notes, when one realizes that sexual assault cases are extensively screened prior to trial according to their conformity with mythology, it is surprising

victime semblent influencer la décision des jurés; à cet égard, on définira probablement d'une façon large la «bonne» ou «mauvaise» réputation. [Je souligne.]

De même, Borgida et White, «Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform» (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339 affirment à la p. 349:

[TRADUCTION] ... si des preuves spécifiques concernant le comportement sexuel de la victime sont admises dans une affaire de viol dans laquelle la défense allègue le consentement [...] les jurés infèrent le consentement de la victime, examinent soigneusement et défavorablement sa crédibilité et sa moralité et ont tendance à lui attribuer une plus grande responsabilité [...]. Bien que la crédibilité du défendeur entre en ligne de compte, sa moralité générale est beaucoup moins prise en considération que celle de la victime.

Les jurés hésitent à déclarer le défendeur coupable dans le cas où celui-ci, à l'appui de sa défense fondée sur le consentement, présente un témoignage sur le comportement sexuel de la victime.

L'admission de cette preuve semble accroître la probabilité que les jurés départagent la responsabilité personnelle et attribuent une plus grande responsabilité à la victime du viol. Les jurés ont également plus tendance à conclure à l'existence du consentement de la victime lorsque des témoignages sur le comportement sexuel sont présentés. [Je souligne.]

G. La Free, qui a effectué des recherches poussées sur la question, estime que les recherches sont compatibles avec la conclusion qu'il y aura vraisemblablement plus d'acquittements s'il y a allégation «d'inconduite» de la part de la victime («Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing» (1980), 58 *Soc. Forces* 833). Dans l'étude en question, La Free a examiné tous les dossiers de viol avec emploi de force, dans une ville du Midwest américain. Pour les fins de son étude, l'inconduite peut être de nature sexuelle, la victime a des enfants illégitimes ou couche avec son petit ami, ou de nature non sexuelle, la victime est une fugueuse ou a fait le trafic de drogues. Comme l'indique La Free, si l'on tient compte du fait que les affaires d'agression sexuelle donnent lieu à un filtrage minutieux avant le procès, c'est-à-dire qu'on les examine par rapport aux mythes existants, il est étonnant de constater qu'il

that there is much of any “deviant” behaviour left to trigger the application of stereotype and myth at trial.

In a later study conducted by La Free (G. La Free, B. Reskin and C.A. Visher, “Jurors’ Responses to Victims’ Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials” (1985), 32 *Soc. Prob.* 389), post-trial interviews were conducted with jurors who had served in forcible sexual assault cases. At page 392 the authors state that, “[o]ur trial observations suggest that a major avenue for challenging the complainant’s victimization in consent and no-sex cases is to encourage jurors to scrutinize her ‘character’.” They also suggest at p. 400 that “a victim’s nontraditional behavior may act as a catalyst, causing jurors’ attitudes about how women should behave to affect their judgments under certain conditions.” Also relevant for our purposes are their findings at p. 397 that, where the issue at trial is whether the act occurred or whether there was consent:

Of particular interest are the findings regarding evidence. Although any evidence that a woman was forced to submit to a sexual act against her will (including use of a weapon or victim injury) might be expected to persuade jurors of the defendant’s guilt, neither variable significantly affected jurors’ judgments. . . .

In contrast, jurors were influenced by a victim’s “character.” They were less likely to believe in a defendant’s guilt when the victim had reportedly engaged in sex outside marriage, drank or used drugs, or had been acquainted with the defendant—however briefly—prior to the alleged assault. [Emphasis added.]

Although Canadian data are harder to come by, those studies that have been done support the American data. Indeed, it would be somewhat surprising to find that this was not the case. In one Canadian study (K. Catton, “Evidence Regarding the Prior Sexual

reste encore un comportement «anormal» susceptible de déclencher l’application des stéréotypes et des mythes au cours du procès.

Dans une étude ultérieure réalisée par La Free (G. La Free, B. Reskin et C.A. Visher, «Jurors’ Responses to Victims’ Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials» (1985), 32 *Soc. Prob.* 389), les auteurs ont procédé, après le procès, à des entrevues auprès des jurés dans des affaires d’agression sexuelle avec emploi de force. À la page 392, ils affirment que [TRADUCTION] «[s]elon nos observations au cours du procès, une façon importante de contester la victimisation de la plaignante dans les affaires où il y a allégation de consentement et dans les affaires à caractère non sexuel consiste à inciter les jurés à examiner attentivement la «moralité» de la plaignante.» Ils soutiennent aussi à la p. 400 que [TRADUCTION] «le comportement non traditionnel de la victime peut servir de catalyseur, en ce que l’attitude des jurés à l’égard de ce que devrait être le comportement des femmes peut influencer sur le jugement qu’ils porteront dans certaines conditions.» Pour nos fins, sont également pertinentes les conclusions des auteurs, à la p. 397, concernant les cas où la question en litige consiste à déterminer si l’acte a eu lieu ou s’il y a eu consentement:

[TRADUCTION] Les conclusions relatives à la preuve sont particulièrement intéressantes. On pourrait croire qu’une preuve établissant qu’une femme a été forcée d’avoir des rapports sexuels contre son gré (y compris les cas où il y a eu utilisation d’une arme ou blessures) puisse persuader les jurés de la culpabilité du défendeur, mais ces variables n’ont pas influé sensiblement sur leur jugement . . .

Par contre, les jurés ont été influencés par la «moralité» de la victime. En effet, ils sont moins susceptibles de croire à la culpabilité du défendeur dans les cas où la victime a eu des relations sexuelles extraconjugales, consommé des boissons alcoolisées ou utilisé des drogues ou si elle avait déjà rencontré le défendeur — même brièvement — avant la prétendue agression. [Je souligne.]

Bien qu’il soit plus difficile d’obtenir des données canadiennes sur le sujet, les études existantes viennent confirmer les données américaines. En fait, le contraire serait quelque peu étonnant. Dans une étude canadienne (K. Catton, «Evidence Regarding the

History of an Alleged Rape Victim—Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused” (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165), subjects were asked to read a description of a hypothetical rape case. Varied among the descriptions were the nature of the controls placed upon evidence of the complainant’s sexual history. At page 173 Catton discusses the results in this fashion:

... when jurors heard information regarding an alleged rape victim’s prior sexual history with named persons, whether this information was confirmed or denied, this information decreased their perceived guilt of the accused in comparison with the situation where no information relating to the victim’s supposed past sex life was heard. This decrease in the perceived guilt of the accused varied directly with the “amount” of negative information presented about the victim.

Although the “No information” control condition was not as successful as planned ... still the accused was seen as most guilty in this condition where no information at all about the victim’s prior sexual history was given. Any information at all implying that the victim had a prior sex history had the effect of reducing the perceived guilt of the accused regardless of whether this information was verified. [Emphasis added.]

Importantly, she finds that even if the prior sexual history of the complainant is denied or fails to be confirmed, the perceived guilt of the accused decreases.

It is thus clear that, from the making of the initial complaint down to the determination of the issue at trial, stereotype and mythology are at work, lowering the number of reported cases, influencing police decisions to pursue the case, thereby decreasing the rates of arrest, and finally, distorting the issues at trial and necessarily, the results. Professor Catharine MacKinnon asserts that in the United States:

It is not only that women are the principal targets of rape, which by conservative definition happens to almost half of all women at least once in their lives. It is not only that over one-third of all women are sexually molested by older trusted male family members or

Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim—Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused» (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165), on a demandé aux participants de lire une description d’un cas de viol hypothétique. La nature des restrictions quant à la preuve sur le comportement sexuel de la plaignante variait d’une description à l’autre. À la p. 173, Catton analyse les résultats de l’étude:

[TRADUCTION] ... dans les cas où l’on a communiqué aux jurés des renseignements sur le comportement sexuel antérieur de la prétendue victime de viol avec des personnes nommées, que ces renseignements aient été confirmés ou niés, ils affaiblissaient la perception que les jurés se faisaient de la culpabilité de l’accusé par rapport aux cas où ils n’étaient pas mis au courant de la supposée vie sexuelle antérieure de la victime. Ce changement de perception était directement relié à la «quantité» de renseignements négatifs présentés au sujet de la victime.

Bien que l’on n’ait pas réussi aussi bien que prévu dans les cas où il y avait absence de renseignements [...] l’accusé était quand même considéré plus fréquemment coupable dans les cas où les jurés ne possédaient aucun renseignement sur le comportement sexuel antérieur de la victime. Tout renseignement laissant sous-entendre un comportement sexuel antérieur de la victime avait pour effet d’affaiblir la perception que les jurés avaient de la culpabilité de l’accusé, que ces renseignements aient été confirmés ou non. [Je souligne.]

Fait important, Catton conclut que même dans le cas où le comportement sexuel antérieur de la plaignante est nié ou non confirmé, la perception que le jury se fait de la culpabilité de l’accusé est affaiblie.

Il est donc évident que, depuis le dépôt de la plainte initiale jusqu’au jugement rendu au procès, les stéréotypes et les mythes ont une grande influence en ce qu’ils contribuent à réduire le nombre de plaintes, à influencer la police dans ses décisions de donner suite à une plainte, diminuant ainsi le taux d’arrestation, et enfin à dénaturer les questions en litige et, forcément, les résultats. Le professeur Catharine MacKinnon affirme qu’aux États-Unis:

[TRADUCTION] Ce n’est pas seulement le fait que les femmes sont les principales cibles du viol, dont presque la moitié, selon des estimations prudentes, sont victimes au moins une fois dans leur vie. Ce n’est pas seulement le fait que plus du tiers des femmes sont sexuellement

friends or authority figures as an early, perhaps initiatory, interpersonal sexual encounter. . . . All this documents the extent and terrain of abuse and the effectively unrestrained and systematic sexual aggression by less than one-half of the population against the other more than half. It suggests that it is basically allowed.

(C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), at pp. 142-43.)

### The Larger Legal Context

My discussion to this point has primarily been concerned with the incidence of sexual assault in our society and the role of stereotype in dealing with it. What clearly emerges from this previous discussion is that myths surrounding women and sexual assault affect perceptions of the culpability of the aggressor and the moral "character" and, hence, the credibility of the complainant and, thus, shape the ultimate legal result. While all of this is relevant in a discussion of the larger context of the legislation at issue, my focus here will be on the utilization of these discriminatory beliefs in the development of legal principles applicable in trials of sexual offences and on government attempts to combat it.

The common law has always viewed victims of sexual assault with suspicion and distrust. As a result, unique evidentiary rules were developed. The complainant in a sexual assault trial was treated unlike any other. In the case of sexual offences, the common law "enshrined" prevailing mythology and stereotype by formulating rules that made it extremely difficult for the complainant to establish her credibility and fend off inquiry and speculation regarding her "morality" or "character". The matter is put succinctly by H. Galvin, "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, at pp. 792-93:

molestées par des membres plus âgés de sexe masculin de leur famille en qui elles ont confiance, des amis ou des personnes en situation d'autorité lors d'une rencontre sexuelle interpersonnelle, servant peut-être d'initiation [. . .] Tout cela vient documenter l'étendue et l'importance de l'abus sexuel ainsi que l'agression sexuelle réellement illimitée et systématique par moins de la moitié de la population contre plus de la moitié de l'autre. Ce qui laisse sous-entendre que c'est fondamentalement permis.

(C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), aux pp. 142 et 143.)

### c L'ensemble du contexte juridique

Jusqu'à maintenant, j'ai principalement examiné la fréquence des agressions sexuelles dans notre société ainsi que le rôle des stéréotypes à l'égard de cette question. Il ressort clairement de cet examen que les mythes entourant les femmes et l'agression sexuelle ont une incidence sur la perception que l'on se fait de la culpabilité de l'agresseur ainsi que de la moralité et, partant, de la crédibilité de la plaignante, ce qui influe sur le jugement final. Bien que tous ces faits soient pertinents dans l'examen de l'ensemble du contexte des dispositions législatives contestées, je me limiterai ici à examiner l'utilisation de ces croyances discriminatoires dans l'élaboration des principes juridiques applicables aux procès pour infractions d'ordre sexuel ainsi que les efforts déployés par le gouvernement pour lutter contre ces croyances.

La common law s'est toujours montrée soupçonneuse et méfiante à l'égard des victimes d'agression sexuelle, ce qui a entraîné l'élaboration des règles de preuve particulières. Dans un procès pour agression sexuelle, la plaignante était traitée différemment des autres plaignants. En effet, dans le cas d'agressions sexuelles, la common law «consacrait» les mythes et les stéréotypes en formulant des règles qui rendaient extrêmement difficile pour la plaignante d'établir sa crédibilité et donc de repousser toute question et spéculation quant à sa «moralité» ou à sa «réputation». Ce point est présenté succinctement par H. Galvin, «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, aux pp. 792 et 793:

Traditional ideology also maintained that unchaste women became either vindictive or susceptible to rape fantasies and inclined falsely to charge men with rape. This belief was based on the notion that extramarital sexual activity was abnormal for women. . . . Distrust and contempt for the unchaste female accuser was formalized into a set of legal rules unique to rape cases. The most prominent rule allowed the use at trial of evidence of the complainant's unchaste conduct. These rules combined to shift the usual focus of a criminal trial from an inquiry into the conduct of the offender to that of the moral worth of the complainant. [Emphasis added.]

At common law, the prior sexual history of the complainant was admissible on two issues, one material and one collateral. It was thought that "unchasteness" was relevant to the material issue of consent and the collateral issue of credibility. In other words, women who had consensual sex outside of marriage were thought, in essence, to have a dual propensity: to consent to sexual relations at large and to lie. The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982) summarized what was admissible at common law at pp. 66-67 in this fashion:

Evidence of the complainant's sexual history, considered at common law to be relevant to consent, consisted of (1) other acts of sexual intercourse with the accused, (2) the opinion of a witness that the complainant is a prostitute, and specific incidents of the complainant's prostitution, (3) the complainant's general reputation as a common prostitute, (4) the complainant's general reputation for unchastity or "notoriously bad character for chastity", and (5) evidence that the complainant "is in the habit of submitting her body to different men, without discrimination, whether for pay or not". The relevance of this evidence to consent was based on the moral judgement that such a woman would be more likely to have consented to the act with which the accused had been charged.

The complainant's lack of consent was an essential element of an offence of rape or indecent assault. Thus

[TRANSDUCTION] L'idéologie traditionnelle soutenait aussi que les femmes de mœurs faciles devenaient rancunières ou susceptibles d'avoir des fantasmes sur le viol et qu'elles avaient tendance à porter de fausses accusations de viol contre des hommes. Cette croyance était fondée sur la notion qu'il était anormal pour les femmes d'avoir des relations sexuelles extraconjugales [ . . . ] Le manque de confiance et le mépris à l'égard de l'accusatrice de mœurs faciles ont été concrétisés par l'adoption de toute une série de règles juridiques propres aux affaires de viol. La règle la plus frappante autorisait l'utilisation au cours du procès de preuves de la conduite non chaste de la plaignante. Ces règles ont fait que l'objet principal du procès criminel est passé de l'examen de la conduite du contrevenant à celui de la moralité de la plaignante. [Je souligne.]

En common law, la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante était admissible relativement à deux questions, l'une substantielle et l'autre incidente. On croyait que la question des «mœurs faciles» était pertinente en ce qui concerne la question substantielle du consentement et la question incidente de la crédibilité. En d'autres termes, on considérait que les femmes qui avaient consenti à des rapports sexuels extraconjugaux avaient une double propension: premièrement, à consentir généralement aux rapports sexuels et deuxièmement, à mentir. Le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983) résume ce qui était admissible en common law aux pp. 76 et 77:

Les éléments de preuve sur le comportement sexuel de la victime, que la *common law* jugeait pertinents au consentement, comprenaient (1) les autres rapports sexuels qu'elle a eus avec l'accusé, (2) l'opinion d'un témoin selon laquelle elle était une prostituée et les cas précis où elle s'est livrée à la prostitution, (3) sa réputation générale de professionnel de la prostitution, (4) la notoriété de ses mœurs faciles ou [TRANSDUCTION] «la notoriété de son caractère peu enclin à la chasteté», et (5) des éléments de preuve qui établissent qu'elle [TRANSDUCTION] «a l'habitude de livrer son corps à quiconque, sans distinction, pour de l'argent ou non.» La pertinence d'une telle preuve par rapport au consentement se fonderait sur le jugement moral selon lequel il serait plus probable que ce genre de femme ait consenti à l'acte que l'on reproche à l'accusé.

L'absence de consentement de la victime était considérée comme un élément essentiel de l'infraction de viol

the accused, at common law, could cross-examine the complainant concerning matters deemed relevant to consent, and the complainant was required to answer. Because consent was a material issue, the trial judge had no discretion to excuse the complainant from answering such questions on the ground that they were degrading. If the complainant denied the questions, the accused person could contradict her answers, or if the complainant refused to answer, the accused could prove the matters alleged.

At common law, a witness could be cross-examined as to any matter of conduct, including sexual conduct, which was relevant to impeach the witness's credibility. At common law, it was assumed that an unchaste woman was more likely to be an untruthful witness. Thus, in a prosecution for rape or indecent assault, a complainant could be cross-examined as to her sexual history to impeach her credibility. There were two limitations on the accused's right, on the issue of credibility, to confront a complainant with her sexual history. First, the trial judge had some discretion to excuse the complainant from answering degrading questions. Second, if the complainant denied the question or refused to answer, whether with the judge's approval or not, since the matter was relevant only to the collateral issue of the complainant's credibility, the accused could not call evidence on it.

Under the guise of a principled application of the legal concept of relevance, the common law allowed the accused to delve at great length into the moral character of the complainant by adducing "relevant" sexual history. The prejudicial impact of such an inquiry has already been discussed at length. The true nature and purpose of the inquiry into sexual history is revealed by the resulting prejudice and by the fact that these concepts were only applicable in respect of sexual offences and, in addition, were not deemed relevant to the credibility of the male accused.

Application of the relevance concept was not the only way in which the common law integrated stereotype and myth into trials of sexual offences. Also part of the unique body of evidentiary law surrounding sexual offences were, among other things, the doctrine of recent complaint and corroboration rules. These evidentiary concepts were also based upon ste-

ou d'attentat à la pudeur. Ainsi, la *common law* permettait à l'accusé de contre-interroger la victime en lui posant des questions jugées pertinentes au consentement et contraignait celle-ci à y répondre. Comme il importait de trancher la question du consentement, le juge de première instance n'avait pas le pouvoir de permettre à la victime de refuser de répondre à ces questions pour le motif que celles-ci étaient dégradantes. Si elle niait, l'accusé pouvait la démentir. Si elle refusait de répondre, l'accusé pouvait faire la preuve des faits allégués.

Il était possible, en vertu de la *common law*, de contre-interroger un témoin sur tout comportement, y compris le comportement sexuel, qui ferait douter de sa crédibilité. La *common law* présumait qu'une femme de mœurs faciles ne pouvait probablement pas être un témoin digne de foi. Conséquemment, l'accusé pouvait, lors d'un procès pour viol ou pour attentat à la pudeur, contre-interroger la victime sur son comportement sexuel afin de mettre sa crédibilité en doute. Ce droit reconnu à l'accusé comportait deux restrictions. D'abord, le juge de première instance pouvait, dans une certaine mesure, permettre à la victime de refuser de répondre à des questions dégradantes. Deuxièmement, si la victime niait ou refusait de répondre, avec ou sans l'approbation du juge, l'accusé ne pouvait pas citer des témoins pour prouver son allégation puisqu'elle portait sur une question incidente, à savoir la crédibilité de la victime.

Sous le couvert d'une application conforme aux principes du concept juridique de la pertinence, la *common law* permettait à l'accusé d'examiner à fond la moralité de la plaignante par la présentation en preuve d'un comportement sexuel «pertinent». Nous avons déjà analysé en détail l'incidence préjudiciable de cet examen. La nature et l'objet véritables de cet examen du comportement sexuel sont révélés par l'effet préjudiciable qui s'ensuit et du fait que ces concepts n'étaient applicables qu'à l'égard des infractions d'ordre sexuel et, de plus, n'étaient pas jugés pertinents relativement à la crédibilité de l'accusé de sexe masculin.

L'application du concept de pertinence n'a pas été la seule façon pour la *common law* d'incorporer les stéréotypes et les mythes dans les procès pour infractions d'ordre sexuel. La doctrine de la plainte immédiate et les règles en matière de corroboration faisaient également partie, entre autres, de cet ensemble unique de règles de preuve. Ces concepts de preuve

reotypes of the female complainant requiring independent evidence to support her evidence and, in addition, evidence that she raised a "hue and cry" after her assault. It is noteworthy that both recent complaint and corroboration rules formed exceptions to general rules of evidence.

Evidence of a recent complaint in sexual assault cases is an exception to the general rule that self-serving statements are inadmissible. Such evidence is described in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 281, as superfluous, "for the assertions of a witness are to be regarded in general as true, until there is some particular reason for impeaching them as false." However, in the case of sexual offences, either the absence of a recent complaint or its inadmissibility required the trier of fact to draw an adverse inference regarding the complainant's credibility. If evidence of a recent complaint existed, the complainant had to surmount onerous requirements restricting its admissibility. If admissible, such evidence was tendered to show that the complainant's testimony was consistent but was not admitted to show the truth of its contents. The importance of the rule at common law lay not in its ability to enhance the credibility of the complainant, but rather in its ability to counter the presumption that the complainant was lying. (See *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315, wherein the principles regarding this doctrine are fully discussed.) Thus, to a large degree, the myth that complainants in sexual assault cases fabricate their allegations informed the doctrine of recent complaint.

The corroboration rules were also exceptions to traditional evidence principles. Generally, "the court may act upon the uncorroborated testimony of one witness, and such requirements as there are concerning a plurality of witnesses, or some other confirmation of individual testimony are exceptional" (*Cross, supra*, at p. 224). Certain classes of witnesses were thought to be unreliable such as children of tender

reposaient aussi sur les stéréotypes que la preuve présentée par la plaignante devait être assortie d'une preuve indépendante et, en outre, d'une preuve qu'elle avait soulevé la «clameur publique» après l'agression. Il importe de signaler que les règles de la plainte immédiate et celles de la corroboration constituaient des exceptions aux règles de preuve générales.

La preuve d'une plainte immédiate dans les affaires d'agression sexuelle constitue une exception à la règle générale que les déclarations intéressées ne sont pas admissibles en preuve. Cette preuve est décrite comme superflue dans *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 281 [TRADUCTION] «puisque les déclarations d'un témoin doivent en règle générale être considérées comme véridiques tant que l'on n'a pas un motif particulier de les écarter parce que fausses.» Toutefois, dans le cas des infractions d'ordre sexuel, l'absence de plainte immédiate ou son inadmissibilité, exigeait que le juge des faits en tire une inférence négative quant à la crédibilité de la plaignante. S'il existait une preuve de plainte immédiate, la plaignante devait surmonter des exigences strictes relativement à l'admissibilité de cette preuve. Dans le cas où cette preuve était jugée admissible, elle servait à démontrer que le témoignage de la plaignante était cohérent, mais elle n'était pas admise pour en établir la véracité. L'importance de cette règle de common law ne tient pas au fait qu'elle permet d'accroître la crédibilité de la plaignante, mais plutôt au fait qu'elle permet de réfuter la présomption que la plaignante ment. (Voir l'arrêt *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315, dans lequel on examine en profondeur les principes régissant cette doctrine.) Par conséquent, dans une large mesure, le mythe que, dans une affaire d'agression sexuelle, la plaignante fabrique ses allégations venait renforcer la doctrine de la plainte immédiate.

Les règles de corroboration constituaient aussi des exceptions aux principes traditionnels en matière de preuve. En règle générale, [TRADUCTION] «le tribunal peut agir sur la foi d'un témoignage non corroboré; les exigences comme celles qui existent à l'égard d'une pluralité de témoins ou la nécessité d'une certaine confirmation d'un témoignage individuel sont exceptionnelles» (*Cross*, précité, à la p. 224). Cer-



years, accomplices and, interestingly, victims of sexual offences; almost always women. The requirement for corroboration may take one of two forms. In some offences corroboration was required for conviction, whereas for others, the jury had to be warned that convicting absent corroboration was dangerous. The rationale for corroboration also finds its genesis in the traditional distrust of a complainant's veracity in sexual offences. J. Hoskins, "The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173, comes to the same conclusion and states at pp. 177-78 that "[w]hile the rule requiring corroboration or at least a prescribed warning of the danger of convicting without corroborating evidence is a relatively recent development, the law has long held a deep suspicion of female complainants in sexual offence cases." The Law Reform Commission of Canada has similarly questioned the "likely false assumptions upon which our present rules of corroboration rest" (*Corroboration: A Study Paper Prepared by the Law of Evidence Project* (1975), at p. 7).

The preoccupation of the law with the credibility of the complainant in such cases and the blatant stereotyping of such complainants as untrustworthy are difficult to comprehend. As we have seen, sexual assault is the most under-reported of all violent crimes. Even after a report, the police and prosecutors filter out a significant number of the complaints based upon their congruence with rape myth and stereotype. Logically it would seem that the likelihood of false complaints is, in this context, much reduced compared to that for most crime. Indeed, there is no evidence to support the contrary.

Thus, the common law stance in respect of the admission of the past sexual history of the complainant has a larger legal context. A number of other rules

taines catégories de témoins étaient considérées comme peu fiables, notamment les enfants en bas âge, les complices et, fait intéressant, les victimes d'infractions d'ordre sexuel, presque toujours des femmes. La corroboration peut prendre l'une de deux formes. Dans le cas de certaines infractions, la corroboration était nécessaire pour qu'une personne soit déclarée coupable alors que dans d'autres, le jury devait être averti du risque de déclarer une personne coupable en l'absence de toute corroboration. La justification de la corroboration trouve aussi son origine dans le fait que l'on doutait de la véracité de la version donnée par la plaignante dans le cas d'infractions d'ordre sexuel. J. Hoskins, «The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases» (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173, arrive à la même conclusion et affirme, aux p. 177 et 178, que [TRADUCTION] «[b]ien que la règle exigeant la corroboration ou tout au moins un avertissement du risque de déclarer coupable une personne en l'absence de toute corroboration soit relativement récente, depuis longtemps en droit on fait preuve de beaucoup de méfiance à l'endroit des plaignantes dans les affaires d'infractions d'ordre sexuel.» La Commission de réforme du droit du Canada s'interroge également sur «la perfidité des prémisses sur lesquelles reposent à l'heure actuelle nos règles de corroboration» (*Corroboration: Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve* (1975), à la p. 7).

Il est difficile de comprendre la préoccupation du droit à l'égard de la crédibilité de la plaignante dans ces cas ainsi que les stéréotypes flagrants selon lesquels ces plaignantes ne sont pas dignes de foi. Comme nous l'avons vu, l'agression sexuelle est, parmi tous les crimes violents, l'infraction qui donne lieu au moins grand nombre de plaintes. Même après le dépôt d'une plainte, la police et la poursuite éliminent un nombre important de plaintes selon qu'elles correspondent ou non au mythe et au stéréotype entourant le viol. Logiquement, il semblerait y avoir, dans ce contexte, peu de risques de plaintes non fondées comparativement à la plupart des crimes. En fait, il n'existe pas de preuve du contraire.

La position de la common law à l'égard de l'admission d'une preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante s'inscrit donc dans un con-

were formulated that gave legal voice to stereotypes both about female complainants and about the nature of sexual assault. Legislative intervention must be viewed within this larger context.

Parliament intervened on two notable occasions, both relevant to the inquiry here. In 1976, Parliament repealed the existing s. 142 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and enacted a provision designed to alleviate some of the problems caused by the virtually unrestricted inquiry into a complainant's previous sexual history allowed at common law (*Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8). The provision read:

**142.** (1) Where an accused is charged with an offence under section 144 or 145 or subsection 146(1) or 149(1), no question shall be asked by or on behalf of the accused as to the sexual conduct of the complainant with a person other than the accused unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to ask such question together with particulars of the evidence sought to be adduced by such question and a copy of such notice has been filed with the clerk of the court; and

(b) the judge, magistrate or justice, after holding a hearing *in camera* in the absence of the jury, if any, is satisfied that the weight of the evidence is such that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant.

(2) The notice given under paragraph (1)(a) and the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph (1)(b) shall not be published in any newspaper or broadcast.

(3) Every one who, without lawful excuse the proof of which lies upon him, contravenes subsection (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(4) In this section, "newspaper" has the same meaning as it has in section 261.

(5) In this section and in section 442, "complainant" means the person against whom it is alleged that the offence was committed.

texte juridique plus large. Un certain nombre d'autres règles furent élaborées qui accordaient une reconnaissance juridique à des stéréotypes entourant à la fois les plaignantes et la nature des agressions sexuelles.

<sup>a</sup> On doit situer l'intervention du législateur dans ce vaste contexte.

Le législateur fédéral est intervenu à deux reprises de façon notable, toutes deux pertinentes ici. En 1976, le Parlement abrogeait l'art. 142 alors en vigueur du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et adoptait une disposition destinée à atténuer certains des problèmes causés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel antérieur de la plaignante, autorisé par la common law (*Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8). Ce nouvel article se lisait:

**142.** (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146(1) ou 149(1) ou son représentant ne doivent poser de questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne

<sup>a</sup> a) que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de leur valeur probante; et

<sup>b</sup> b) que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

(2) Il est interdit de diffuser dans un journal ou à la radio l'avis donné conformément à l'alinéa (1)a), la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)b).

(3) Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, ne se conforme pas au paragraphe (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(4) Au présent article, «journal» a le même sens qu'à l'article 261.

<sup>j</sup> (5) Au présent article et à l'article 442, «plaignante» désigne la victime de la présumée infraction.

Though the motives of Parliament were commendable, judicial interpretation of the section thwarted any benefit that may have accrued to the complainant. In fact, the provision, as judicially interpreted, provided less protection to the complainant than that offered at common law, surely a surprising result considering the obvious mischief Parliament intended to cure in enacting it.

More specifically, in *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, this Court held at p. 279 that, in order that the trial judge be able to determine whether questioning during the trial proper was necessary, the complainant was compellable at the *in camera* hearing:

First, the *in camera* hearing is for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, and I am unable to appreciate how weight can be determined without an assessment of witnesses called to give evidence, an assessment which would take into account their demeanor, their knowledge of the events about which they are examined, the consistency of their testimony and so on. Second, s. 142(2) appears to me to be conclusive that evidence may (not must) be taken in the *in camera* hearing. . . . In my opinion, the judge or magistrate conducting the *in camera* hearing may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. . . .

If evidence is taken at the *in camera* hearing, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(b), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called at the *in camera* proceedings.

Not only was the complainant held to be compellable at the instance of the accused at the *in camera* hearing, but, contrary to the position at common law, this Court held that, due to the wording of s. 142(1)(b), credibility was elevated to the status of a material issue. Thus, as regards questions about a complainant's sexual "misconduct" with individuals other than the accused, the complainant could no longer refuse to answer these questions and further, the accused could lead evidence to contradict the complainant's testimony.

Quoique les objectifs du législateur aient été louables, l'interprétation donnée à cet article par les tribunaux a contrecarré les avantages qu'il aurait pu entraîner pour les plaignantes. En fait, selon cette interprétation, cette disposition offrait à la plaignante moins de protection que la common law, ce qui constitue un résultat étonnant si l'on considère que, en l'adoptant, le législateur avait l'intention de corriger un problème évident.

Mentionnons plus spécifiquement l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, dans lequel notre Cour a statué, à la p. 279, que la plaignante est un témoin contraignable à l'audition à huis clos pour que le juge du procès puisse déterminer s'il est nécessaire de recueillir des témoignages au procès même:

D'abord, l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, et je ne peux voir comment il peut y parvenir sans se faire une opinion des témoins cités à comparaître, opinion qui tiendra compte de leur attitude, de leur connaissance des événements sur lesquels ils sont interrogés, de la cohérence de leur témoignage, etc. Deuxièmement, le par. 142(2) établit selon moi de façon incontestable que des témoignages peuvent (non doivent) être recueillis à l'audition à huis clos [. . .] À mon avis, le juge ou le magistrat qui préside l'audition à huis clos peut décider, après avoir entendu les plaidoiries ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. . . .

Si des témoignages sont recueillis à l'audition à huis clos, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)(b), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée à l'audition à huis clos.

Non seulement la plaignante était-elle un témoin contraignable lorsque citée par l'accusé à l'audition à huis clos, mais, en outre, notre Cour a décidé, contrairement à la position de la common law, que la crédibilité devenait, compte tenu du libellé de l'al. 142(1)(b), une question substantielle. Par conséquent, en ce qui concerne les questions relatives à son «inconduite» sexuelle avec d'autres personnes que l'accusé, la plaignante ne pouvait plus refuser d'y répondre et, de plus, l'accusé pouvait présenter une preuve visant à contredire son témoignage.

At common law, a complainant could be asked about specific instances of sexual activity with named individuals other than the accused but could not be contradicted as such evidence went merely to credibility, a collateral issue. (See *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 S.C.R. 117, at p. 130, and *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, at p. 689, for a statement of the rule in this regard.) The impetus for this contrary conclusion appears to have been a concern for “balancing” the rights of the accused with the new “protection” afforded the complainant. After explaining that Parliament had attempted via s. 142 to alleviate the trauma of the complainant (although it is clear that this was not the only purpose of the legislation), Laskin C.J., at p. 274, for the Court discusses this “balance”:

There has been advertence ... to ... the purpose of s. 142, namely, to alleviate the trauma and the humiliation and embarrassment of a complainant by an inquiry into her past sexual conduct with persons other than the accused. The provision also appears, however, to balance the interests of an accused because, under the prior law, a denial of sexual misconduct with others precluded any further inquiry into what was considered to be a collateral issue.

To make the position of the complainant under s. 142 plain, Laskin C.J., at p. 275, elaborated on the effect of this “trade-off” in these words:

The accused, in making his defence, is not limited to cross-examining the complainant to expose the falsity of a denial of sexual encounters with others (if she does deny them), but may put forward other witnesses ... to impugn the credibility of the complainant. [Emphasis added.]

It may be argued that, not only did the Court feel a somewhat misplaced need to “balance” the “protection” of the complainant against “restrictions” placed upon the accused, it tipped the balance further in favour of the accused. This is obviously a curious result given the fact that the infirmities of the common law led Parliament to intervene. That the complainant should walk away with less than she already had is lamentable. (The same conclusion was reached by Wilson J. (dissenting) in *R. v. Konkin*, [1983]

En common law, la plaignante pouvait être interrogée sur des actes spécifiques de conduite sexuelle avec des personnes nommées autres que l'accusé, mais elle ne pouvait être contredite puisque cette preuve visait seulement la crédibilité, une question accessoire. (Voir *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 R.C.S. 117, à la p. 130, et *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, à la p. 689, pour un énoncé de la règle à cet égard.) Cette conclusion contraire semble avoir été fondée sur la préoccupation d'établir un «équilibre» entre les droits de l'accusé et la nouvelle «protection» offerte à la plaignante. Après avoir expliqué que le législateur avait tenté, en adoptant l'art. 142, d'atténuer le traumatisme de la plaignante (bien qu'il soit évident que ce n'était pas là le seul objet de cette disposition), le juge en chef Laskin examine cette question, à la p. 274:

[On a] fait allusion à ce que [vise] [...] l'art. 142, savoir, atténuer le traumatisme, l'humiliation et la gêne causés à une plaignante par une enquête sur son comportement sexuel passé avec d'autres personnes que l'accusé. Cependant, la disposition tient également compte des intérêts de l'accusé parce qu'en vertu du droit antérieur, si la plaignante niait toute inconduite sexuelle avec d'autres personnes, cela empêchait toute autre enquête sur ce qui était considéré comme une question accessoire.

Pour établir clairement la position de la plaignante aux termes de l'art. 142, le juge en chef Laskin développe, à la p. 275, la question de l'effet de cette «compensation»:

Dans sa défense, l'accusé n'est pas limité au contre-interrogatoire de la plaignante pour faire ressortir la fausseté d'une dénégation de relations sexuelles avec d'autres personnes (si elle les nie), mais peut faire comparaître d'autres témoins [...] pour attaquer le crédit à accorder à la plaignante. [Je souligne.]

On pourrait prétendre que non seulement notre Cour a cru à tort nécessaire d'établir un «équilibre» entre la «protection» de la plaignante et les «restrictions» imposées à l'accusé, mais qu'elle a aussi fait pencher la balance en faveur de l'accusé. C'est là un résultat curieux si l'on tient compte du fait que ce sont les lacunes de la common law qui avaient incité le législateur à intervenir. Il est déplorable que la plaignante se soit retrouvée avec moins de droits qu'elle n'en avait auparavant. (C'est également l'opi-

1 S.C.R. 388, wherein she stated at p. 396 that, “[i]n effect s. 142, instead of minimizing the embarrassment to complainants, increased it.” The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*, *supra*, also criticized the approach of the Court in *Forsythe*, *supra*, and concluded at p. 72, properly in my view, that “[t]his interpretation defeats the main purpose of the provision.” The peculiar nature of the “balance” struck by the Court is commented on by C. Boyle, “Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?” (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253, at pp. 258-59, in these words:

This displays a regrettable and unnecessary tit-for-tat approach to judicial law-making, unnecessary because in the judge-made law prior to 1975, there was no perceived need to allow contradictory evidence and nothing has happened since to demonstrate that accused persons then were not receiving a fair trial. . . .

There can be no equivalence between cutting out some irrelevant questions and permitting other irrelevant evidence. [Emphasis added.]

In sum, the response of the courts to s. 142 was decidedly at odds both with a recognition of the discriminatory nature of the common law and with the larger goals of Parliament in enacting the provision. Obviously, the judicial response did not alleviate the problems with the common law, leading Parliament to try once again.

Before delving into the second legislative effort of Parliament, I will briefly discuss a reform that accompanied s. 142, as it forms part of the legal context and also provides a stronger indication of the objectives of Parliament in becoming involved in this area of the law.

Section 142, which I have discussed above, replaced the previous s. 142 which contained a discretionary warning provision. The warning provision was not reenacted. It provided that, where an accused

nion du juge Wilson (dissidente) dans l’arrêt *R. c. Konkin*, [1983] 1 R.C.S. 388, dans lequel elle affirme, à la p. 396: «En réalité, l’art. 142, loin de minimiser l’embarras que peuvent éprouver les plaignants, l’augmente.») *Le Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve*, précité, critique également la position de notre Cour dans l’arrêt *Forsythe*, précité, et conclut, à la p. 83, à raison selon moi, que «[c]ette interprétation va à l’encontre de l’objet principal de la disposition». Le caractère particulier de l’«équilibre» établi par notre Cour est commenté par C. Boyle, «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253, aux pp. 258 et 259:

[TRADUCTION] Cela démontre une attitude déplorable et inutile de donnant, donnant à l’égard du droit prétorien; inutile puisque dans le droit prétorien antérieur à 1975 on ne percevait pas la nécessité d’autoriser la présentation de preuves contradictoires et rien ne s’est produit depuis qui établit que les accusés ne bénéficiaient pas alors d’un procès équitable . . .

Il ne peut y avoir d’équivalence entre l’élimination de certaines questions non pertinentes et la présentation d’autres éléments de preuve non pertinents. [Je souligne.]

En somme, les tribunaux ont adopté à l’égard de l’art. 142 une position qui ne concordait incontestablement pas avec une reconnaissance du caractère discriminatoire de la common law ni avec les larges objectifs visés par le législateur lors de l’adoption de la disposition. De toute évidence, la réponse des tribunaux n’a pas eu pour effet d’atténuer les problèmes de la common law, et le législateur a dû se remettre à la tâche.

Avant de passer à l’analyse de la seconde tentative du législateur, j’examinerai brièvement une réforme qui a accompagné l’adoption de l’art. 142 puisqu’elle fait partie du contexte juridique et constitue aussi une indication encore plus évidente des objectifs visés par le législateur lorsqu’il est intervenu dans ce domaine du droit.

L’article 142, dont je viens de discuter, remplaçait l’ancien art. 142 qui prévoyait un avertissement discrétionnaire. Le nouvel article n’a pas repris cet avertissement qui prévoyait que lorsqu’un prévenu était

was charged with a certain sexual offence (sexual intercourse with a female under fourteen, sexual intercourse with a female between fourteen and sixteen, rape, attempted rape, and indecent assault on a female), and the only evidence which implicated the accused was the uncorroborated testimony of the female complainant, the judge shall instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty in the absence of corroboration but that they were nevertheless entitled to do so. The stereotypical vision of complainants in sexual assault cases, which informed these rules of corroboration, was discussed earlier. The question that remained was whether the repeal by Parliament of the warning requirement revived the common law rule requiring corroboration in sexual offences. Though the answer reached by most courts was no (see, *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511 (Ont. C.A.) and *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1977] 2 S.C.R. vii), it was, nevertheless, held that the judge could still comment on the risks of relying on the evidence of a single witness. To some degree then, the objective of the legislation was not met. Repeal of the mandatory corroboration requirement, embodied in s. 139 of the *Code*, was left for a later occasion. Nevertheless, this first reform effort indicates a significant attempt on the part of Parliament to rid trials of sexual offences of certain discriminatory rules and practices.

The failure of the courts, as was indicated earlier, both to take cognizance of and to implement the objectives of Parliament in this earlier legislation, combined with further criticism of the manner in which complainants of sexual offences were treated, generated a sweeping set of reforms in 1982. The Honourable Jean Chrétien, then Minister of Justice and Attorney General of Canada, articulated the principles underlying this second, larger reform package in this manner:

The inequality of the present law has placed an unfair burden on female victims of sexual assault. It has added to the trauma, stigma and embarrassment of being sexually assaulted, and has deterred many victims from

inculpé d'une certaine infraction d'ordre sexuel (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de quatorze à seize ans, viol, tentative de viol et attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), si la seule preuve qui impliquait le prévenu était le témoignage non corroboré de la plaignante, le juge devait informer le jury qu'il n'était pas prudent de le déclarer coupable en l'absence de corroboration, mais qu'il avait le droit de le faire. J'ai déjà discuté de cette vision stéréotypée des plaignantes dans les affaires d'agression sexuelle, qui venait donner de la force à ces règles de corroboration. Il restait alors à déterminer si l'abrogation par le législateur de la nécessité de l'avertissement au jury rétablissait la règle de common law exigeant la corroboration dans le cas des infractions d'ordre sexuel. Bien que la plupart des tribunaux aient répondu négativement à cette question (voir *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511 (C.A. Ont.) et *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1977] 2 R.C.S. vii), ils ont néanmoins décidé que le juge avait la latitude d'informer le jury des dangers de déclarer un prévenu coupable sur la déposition d'un seul témoin. Dans une certaine mesure, l'objet de la disposition n'a donc pas été réalisé. L'abrogation de la règle de la corroboration obligatoire, prévue à l'art. 139 du *Code*, a été remise à plus tard. Néanmoins, ce premier effort de réforme constitue une importante tentative de la part du Parlement d'éliminer certaines règles et pratiques discriminatoires dans les procès pour infractions d'ordre sexuel.

Comme je l'ai déjà indiqué, le fait que les tribunaux n'ont pas reconnu et mis en œuvre les objectifs visés par le Parlement à l'égard de cette disposition ainsi que les critiques quant à la façon dont les plaignantes d'infractions d'ordre sexuel étaient traitées ont donné lieu à toute une série de réformes importantes en 1982. L'honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice et procureur général du Canada, a énoncé les principes sous-jacents à cette deuxième grande réforme:

L'iniquité de la loi actuelle place un poids injuste sur les femmes victimes d'agression sexuelle. Elle augmente le traumatisme, l'opprobre et la gêne qui résultent d'une agression sexuelle; et à cause de cela, un grand

reporting these serious crimes to the police. . . . Bill C-53 would alleviate the legal impediment which allows this to occur.

nombre de victimes décident de ne pas déclarer ce crime grave à la police [. . .] Le projet C-53 porte une solution à ce problème.

I am pleased to note that there appears to be widespread support for the four basic principles underlying the bill, namely the protection of the integrity of the person, the protection of children and special groups, the safeguarding of public decency, and the elimination of sexual discrimination. [Emphasis added.]

Je remarque avec satisfaction qu'on appuie en général les principes fondamentaux contenus dans le projet de loi, à savoir la protection de l'intégrité de la personne; la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes; la défense des bonnes mœurs; et l'élimination de la discrimination sexuelle. [Je souligne.]

(Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 77, April 22, 1982, at p. 77:29)

(Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule n° 77, le 22 avril 1982, à la p. 77:29.)

Further, in earlier discussion and debate, Ron Irwin, Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Minister of State for Social Development, referred with more particularity to the significance of the fourth principle:

En outre, lors de discussions et débats antérieurs, M. Ron Irwin, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et ministre d'État chargé du développement social, avait examiné plus en détail l'importance du quatrième principe:

Simple equity demands [the elimination of sexual discrimination in criminal law]. . . . hand in hand with the rights of the accused must go the protection of those who are victims.

La justice la plus élémentaire [. . .] demande [l'élimination de la discrimination sexuelle en droit pénal] [. . .] Mais, de même qu'il faut protéger les droits des accusés, il faut protéger ceux de la victime.

(*House of Commons Debates*, July 7, 1981, at p. 11300.)

(*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juillet 1981, à la p. 11300.)

These larger reform purposes must inform any analysis of the legislation.

Toute analyse des dispositions législatives doit tenir compte de ces grands objectifs de la réforme.

The Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, extensively altered the law in a number of respects. To begin with, the rules relating to recent complaint were "abrogated" (s. 246.5). However, some questions remained about the scope and effect of the section; i.e., could the use of the *res gestae* and recent fabrication exceptions to the rule against narrative work to practically revive the recent complaint exception and, further, what offences are covered by the provision? In answering these questions surely some assistance can be obtained by adverting to the larger goals of Parliament in enacting s. 246.5. With these goals in mind, a narrow interpretation of this section would be anomalous. (See C. Boyle, *Sexual*

La Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, a considérablement modifié le droit à de nombreux égards. Mentionnons tout d'abord «l'abrogation» des règles relatives à la plainte immédiate (art. 246.5). Toutefois, restaient certaines questions quant à la portée et à l'effet de cet article; les exceptions de *res gestae* et de fabrication récente à la règle contre le témoignage narratif pourraient-elles en pratique rétablir l'exception de la plainte immédiate, et quelles sont les infractions visées par la disposition en question? L'examen des grands objectifs visés par le législateur lors de l'adoption de l'art. 246.5 peut certainement nous aider à répondre à ces questions. Compte tenu de ces objectifs, il ne serait pas normal d'interpréter

*Assault* (1984), at p. 154.) Nevertheless, the proper interpretation of this section is not in issue here.

What is important for our purposes is the relationship of this section and its goals to those provisions directly in issue in this case. As I discussed earlier, as a significant barrier to establishing credibility, the operation of the doctrine of recent complaint worked to the disadvantage of complainants and, as the rule found its roots in stereotypes of such complainants, its repeal is in keeping with the articulated goals of Parliament.

Parliament also addressed the mandatory corroboration requirement which escaped repeal in the 1976 set of amendments. This rule, embodied in s. 139(1) of the *Code*, required corroboration for the offences of sexual intercourse with the feeble-minded, incest, seduction of a female of previous chaste character between 16 and 18 years of age, seduction under promise of marriage, sexual intercourse with step-daughters, foster daughters, female wards or female employees, seduction of female passengers on vessels, and parent or guardian procuring defilement. (Note, however, that some of these offences have themselves been repealed.) In this second set of reforms, Parliament repealed s. 139 and also enacted s. 246.4 which provides that, where an accused is charged with incest, gross indecency, or one of the various forms of sexual assault, no corroboration is required for a conviction and, further, the judge shall not instruct the jury that, without corroboration, it would be unsafe to convict. These changes rectify the position that existed after the repeal of s. 142 referred to above, namely that a trial judge could still instruct the jury about the "perils" of relying on the uncorroborated testimony of a single witness.

Another significant step forward in respect of protecting the integrity of the person and the elimination of sexual discrimination is the change relating to the prosecution of husbands who sexually assault their wives. Section 246.8 provides that a husband or a wife may be charged with any of the sexual assault

cet article de façon étroite. (Voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 154.) L'interprétation correcte de cet article n'est toutefois pas en litige ici.

Ce qui est important pour nous ici est le lien entre cet article et ses objectifs et les dispositions directement en jeu dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, puisqu'elle constituait un obstacle important à l'établissement de la crédibilité, l'application de la doctrine de la plainte immédiate désavantageait les plaignantes et, cette règle trouvant son fondement dans les stéréotypes existants à l'égard des plaignantes, son abrogation est compatible avec les objectifs énoncés par le Parlement.

Le législateur s'est aussi penché sur la corroboration obligatoire, règle qui n'avait pas été abrogée par la série de modifications de 1976. Cette règle, prévue au par. 139(1) du *Code*, exigeait une corroboration dans les cas de rapports sexuels avec une personne faible d'esprit, d'inceste, de séduction d'une personne du sexe féminin de mœurs antérieurement chastes âgée de 16 à 18 ans, de séduction sous promesse de mariage, de rapports sexuels avec sa belle-fille, sa fille adoptive, sa pupille ou son employée, de séduction de passagères à bord de navires ou de défloremment par le père, la mère ou le tuteur. (Signalons toutefois que certaines de ces infractions ont été abrogées.) Au cours de la deuxième série de réformes, le Parlement a abrogé l'art. 139 et adopté l'art. 246.4 qui dispose que la corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'inceste, de grossière indécence ou de l'une des diverses formes d'agression sexuelle. En outre, le juge ne doit pas alors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration. Ces changements rectifient la situation qui existait avant l'abrogation de l'art. 142 dont il est fait mention ci-dessus, savoir que le juge du procès pouvait toujours informer le jury des «dangers» de déclarer une personne coupable sur la foi d'une seule déposition non corroborée.

La modification relative aux poursuites pouvant être intentées contre un conjoint qui agresse sexuellement sa femme constitue une autre étape importante vers la protection de l'intégrité de la personne et l'élimination de la discrimination sexuelle. L'article 246.8 prévoit qu'un conjoint peut être inculpé de



offences in respect of his or her spouse, regardless of whether or not they were living together at the time of the act. Prior to these amendments, rape was defined as occurring where “[a] male person . . . has sexual intercourse with a female person who is not his wife”. To give effect to the amendment, Parliament modified the *Canada Evidence Act* and removed spousal incompetence and spousal non-compellability impediments in respect of these offences. Ron Irwin, then Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Minister of State for Social Development, described this change as granting “[e]qual protection under the law . . . to all persons” (*House of Commons Debates*, July 7, 1981, at p. 11301).

Parliament also amended pre-existing provisions which protected the identity of the complainant in sexual offences. The amendments give the complainant independent status to apply for an order directing that her identity and any information which could disclose her identity not be published and, further, require the judge to grant the order upon her application. In addition, the amendments place upon the judge a duty to inform the complainant of her right to apply for the order. (These provisions were the subject of discussion in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, a judgment that will be discussed later in these reasons.)

Finally, this set of reforms saw the repeal of s. 142 discussed above, and the enactment of ss. 246.6 and 246.7 (now ss. 276 and 277), reproduced at the outset. I will discuss the meaning and scope of the provisions later in these reasons. For the moment, it is sufficient to note that these sections clearly also promote the larger objectives of the reform package. Notwithstanding their congruence with these larger objectives, notably the attempt to eliminate sexual discrimination, they were also viewed as effecting change on a number of other, more specific levels. A further objective of the provisions was the rationalization of trials of sexual offences through restricting the ability of the accused to adduce invasive, prejudicial evidence of sexual history and sexual reputation, except

l'une ou l'autre des infractions d'agression sexuelle contre l'autre conjoint, peu importe s'ils cohabitaient ou non au moment où l'infraction a été commise. Avant ces modifications, commettait un viol «[u]ne personne de sexe masculin [. . .] ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse». Afin de donner effet à cette modification, le Parlement a dû modifier la *Loi sur la preuve au Canada* et éliminer l'inhabilité d'un conjoint ainsi que les obstacles à la non-contrainabilité d'un conjoint à l'égard de ces infractions. De l'avis de Ron Irwin, alors secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et ministre d'État chargé du développement social, grâce à ce changement: «[t]ous jouiront d'une protection égale devant la loi» (*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juillet 1981, à la p. 11301).

Le législateur a également modifié les dispositions pré-existantes qui protégeaient l'identité de la plaignante dans une affaire d'infraction d'ordre sexuel. Les modifications confèrent à la plaignante un statut indépendant pour demander une ordonnance enjoignant de ne pas publier son identité ou des renseignements qui permettraient de l'identifier, et le juge doit dans ce cas rendre cette ordonnance. En outre, les modifications imposent au juge le devoir d'aviser la plaignante de son droit de demander une ordonnance. (Ces dispositions ont été analysées dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, dont je discuterai plus loin.)

Cette série de réformes a entraîné l'abrogation de l'art. 142 mentionné ci-dessus ainsi que l'adoption des art. 246.6 et 246.7 (maintenant les art. 276 et 277), que j'ai reproduits au début de mon opinion. J'analyserai plus loin la signification et la portée de ces dispositions. Qu'il me suffise pour l'instant d'indiquer que ces articles s'inscrivent clairement dans la lignée des vastes objectifs du programme de réforme. Bien qu'ils soient compatibles avec ces objectifs plus larges, notamment la tentative d'éliminer la discrimination sexuelle, ces articles ont aussi été considérés comme entraînant un certain nombre d'autres changements plus spécifiques. Un objectif additionnel visait la rationalisation des procès pour infractions d'ordre sexuel en restreignant la possibilité pour l'ac-

in circumstances where the evidence was sufficiently proximate to the legal issues raised. Along with, and perhaps due to the immediate effect of the provisions at trial, they would fulfil another objective, that of increasing reporting of sexual assault. In this regard the then Minister of Justice stated:

The reason why we want to get rid of the interminable questioning on a person's reputation is because very often this is precisely why women refuse to make a complaint in the case of rape. . . . Under the bill, in the case of a charge of aggravated sexual assault or sexual assault, the act itself will be discussed and not what may have happened in the previous years. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence, supra*, at p. 77:46.)

Finally, the provisions have an inestimable advantage over both the common law and the previous provision, an advantage that is especially pertinent in this area of law, that of increased certainty. Certainty in and of itself has immeasurable value in this area but it also works to ensure that the other objectives of the legislation are met.

Combined with my discussion at the outset of sexual assault, this discussion of the state of the pertinent law prior and subsequent to legislative intervention and of the legislative goals underlying the reform process provides the larger legal context for the examination of the constitutional questions stated in these cases. This contextual approach is essential in my view for a complete understanding of the role of the legislative provisions at issue in the present case and so that the ultimate constitutional questions may be answered with confidence.

#### Relevance and Admissibility at Common Law and Under the Legislative Provisions

Like many of the other legal rules and principles that are brought to bear in trials of persons charged with sexual offences, the concept of relevance has

cusé de présenter des preuves envahissantes et préjudiciables sur le comportement sexuel antérieur et sur la réputation sexuelle de la plaignante, sauf dans les cas où la preuve en question était suffisamment liée aux questions juridiques soulevées. En outre, ces dispositions, peut-être à cause de leur incidence immédiate sur les procès, permettraient d'atteindre un autre objectif, soit l'accroissement des plaintes d'agression sexuelle. Voici à cet égard l'opinion exprimée par le ministre de la Justice d'alors:

Si on veut éliminer ces questionnaires interminables sur la réputation d'une personne, c'est que, très souvent, c'est ce qui a amené les femmes à refuser de porter plainte dans des cas de viol [ . . . ] Lorsqu'on aura une accusation de viol qui s'appellera assaut grave ou moins grave, ce sera l'acte lui-même qui sera débattu et non pas ce qui a pu se passer dans les années antérieures. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès verbaux et témoignages*, précité, à la p. 77:46.)

Enfin, les dispositions ont un avantage considérable tant sur la common law que sur la loi antérieure, avantage particulièrement pertinent dans ce domaine du droit, savoir une certitude accrue. En soi, la certitude a une valeur incommensurable dans ce domaine, mais elle contribue également à la réalisation des autres objectifs des dispositions législatives.

Conjointement avec mon analyse antérieure sur l'agression sexuelle, cette discussion de l'état du droit pertinent avant et après l'intervention du législateur et des objectifs législatifs à la base de la réforme fournit le cadre juridique global nécessaire à l'examen des questions constitutionnelles soulevées en l'espèce. J'estime que cette analyse contextuelle est essentielle pour bien comprendre le rôle des dispositions législatives contestées en l'espèce, et pour permettre de répondre adéquatement aux questions constitutionnelles posées ultimement.

#### Pertinence et admissibilité en common law et en vertu des dispositions législatives

Comme un grand nombre d'autres règles et principes juridiques qui ont une incidence dans les procès de personnes inculpées d'infractions d'ordre sexuel,

been imbued with stereotypical notions of female complainants and sexual assault. That this is so is plain from the common law which held that evidence of “unchasteness” was relevant to both consent and credibility. Any connection between the evidence sought to be adduced and the fact or matter of which it was supposedly probative must be bridged by stereotype (that “unchaste” women lie and “unchaste” women consent indiscriminately), otherwise the propositions make no sense. While some may think that these represent egregious examples of the use of stereotype, it is well to remember that relevancy determinations such as this are still being made, though the myth which drives the particular determination may be better obscured or, due to the entrenchment of these beliefs, more automatically made.

Traditional definitions of what is relevant include “whatever accords with common sense” (McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1990), at p. 3-5); “‘relevant’ means that ‘any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present or future existence or non-existence of the other’” (Stephen’s *A Digest of the Law of Evidence* (12th ed. 1946), art. 1), and finally Thayer’s “logically probative” test with relevance as an affair of logic and not of law, a test adopted by this Court in *Morris, infra*.

Whatever the test, be it one of experience, common sense or logic, it is a decision particularly vulnerable to the application of private beliefs. Regardless of the definition used, the content of any relevancy decision will be filled by the particular judge’s experience, common sense and/or logic. For the most part there will be general agreement as to that which is relevant and the determination will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. As I have made clear, this area of the law has been particularly prone

le concept de pertinence a été imprégné de notions stéréotypées concernant les plaignantes et l’agression sexuelle. Ce fait ressort clairement de la common law qui reconnaissait que la preuve des «mœurs faciles» était pertinente à la fois au consentement et à la crédibilité. Tout lien entre la preuve que l’on cherchait à présenter et le fait ou la question dont la preuve était supposée en établir la véracité devait reposer sur un stéréotype (savoir que les femmes «de mœurs faciles» mentent et qu’elles consentent aveuglément aux rapports sexuels); sinon, ces propositions n’ont aucun sens. Bien que certains puissent croire que ce sont là des exemples ultimes de l’utilisation de stéréotypes, il est bon de se rappeler que ce genre de détermination de la pertinence d’une preuve existe encore, bien que le mythe à la base de cette détermination puisse être mieux dissimulé ou, comme ces croyances sont bien ancrées, soit appliqué de façon systématique.

Parmi les définitions traditionnelles de la pertinence figurent: [TRADUCTION] «tout ce qui est en accord avec le bon sens» (McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 3-5); [TRADUCTION] «deux faits sont dits pertinents s’ils sont, en temps normal, tellement liés l’un à l’autre que l’un de ces faits pris isolément ou en rapport avec d’autres permet de prouver ou de rendre probable l’existence ou la non-existence passée, actuelle ou future d’un autre fait» (Stephen, *A Digest of the Law of Evidence* (12<sup>e</sup> éd. 1946), art. 1), et enfin, le critère de la [TRADUCTION] «preuve logique» de Thayer, la pertinence constituant [TRADUCTION] «une affaire de logique et non de droit», test adopté par notre Cour dans l’arrêt *Morris, infra*.

Quel que soit le test, qu’il soit fondé sur l’expérience, le bon sens ou la logique, c’est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois. Dans la majorité des cas, on s’entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l’expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. Comme je l’ai déjà indiqué clai-

to the utilization of stereotype in determinations of relevance and again, as was demonstrated earlier, this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large measure, holds these beliefs. It would also appear that recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law. Marshall J. stated in *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440 (N.W.T.S.C.), at p. 450:

Now, then, in logic, is sexual indulgence outside of marriage or established relationships (one could perhaps still call it unchastity) logically probative of consent on a particular occasion? Does it make consent more harmonious with all the circumstances, and does it move the trier towards one preponderance of possibilities? Does it mean the girl was more likely to have consented?

Or it could be put simply this way. Is the girl who indulges herself sexually outside of marriage or established relationships more likely to consent? The antithesis would be: is a girl who *does not* indulge herself outside of marriage or established relationships ever, as likely to have consented? Applying the test we use to establish judicial truth, I think the answer can only be *No*. The antithesis is also logically probative, I think—though not conclusive, of course, but logically probative.

What offends one's sense of justice most, I think, is that relating unchastity to a likelihood of consent is unfair and also, of course, not conclusive in any individual case. What one must realize, though, is that our test for judicial truth is based on probabilities. This is, of course, both fallible and flawed. It may also show, in a specific case, rank prejudice; but we use it. [Italics in original.][Emphasis added.]

It seems odd to recognize the use of stereotype in the "test for judicial truth" but nevertheless conclude that the test for "truth" is met. If the only thing that

remment, on a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela, comme je l'ai déjà démontré, paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. Il semble également que la reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit. Le juge Marshall observe dans l'arrêt *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440 (C.S.T.N.-O.), à la p. 450:

[TRADUCTION] Maintenant, en toute logique, est-ce que la satisfaction sexuelle en dehors du mariage ou de rapports établis (que l'on pourrait peut-être encore appeler manque de chasteté) constitue une preuve logique du consentement à une occasion donnée? Ce fait rend-il le consentement plus harmonieux avec l'ensemble de toutes les circonstances et incite-t-il le juge à conclure à l'existence d'une prépondérance des probabilités? Cela signifie-t-il que la femme a plus vraisemblablement donné son consentement?

Ou en termes simples. Est-ce qu'une femme qui satisfait à ses désirs sexuels en dehors du mariage ou de rapports établis donnera plus vraisemblablement son consentement? L'antithèse serait: est-ce qu'une femme qui *ne satisfait jamais* à ses désirs sexuels en dehors du mariage ou de rapports établis est aussi susceptible d'avoir consenti aux rapports sexuels? Si l'on applique le critère que nous utilisons pour établir la vérité judiciaire, je crois que l'on ne peut répondre que par la *négative*. À mon avis, l'antithèse pourrait aussi être logiquement probante, quoique non concluante, mais logiquement probante.

À mon avis, ce qui offense le plus notre sens de la justice est qu'il est injuste, et non concluant, d'établir un rapport entre le manque de chasteté et la probabilité d'un consentement dans un cas donné. Il faut comprendre toutefois que notre critère de la vérité judiciaire se fonde sur des probabilités, ce qui est à la fois fallible et imparfait. Cela peut aussi faire montre, dans une affaire donnée, d'un préjudice lié au rang; toutefois, nous l'utilisons quand même. [Italiques dans l'original.][Je souligne.]

Il semble bizarre de reconnaître l'utilisation des stéréotypes dans le «critère de la vérité judiciaire» et de néanmoins conclure que l'on a satisfait au critère

renders a determination of relevancy understandable is underlying stereotype, it would seem contradictory to conclude then that "truth" has been found. "The trier is . . . trying to ascertain questions of fact, which involve truth, but which can only become fraught with untruth once unsubstantiated cultural beliefs are factored in as 'relevant' evidence" (Sheehy, *supra*, at p. 755). It is also somehow perverse to suggest that an objective application of the law of evidence mandates the admission of evidence which exhibits "rank prejudice". This seems to exclude altogether both examination of, and responsibility for, individual decision making. The sticking point is, of course, recognition that the application of "logic" and "common sense" may, in any given case, show "rank prejudice". As Dawson, *supra*, rightfully points out, at p. 316, "[legal standards] are not simply neutral mechanisms to facilitate substantive debates, but take their place in a normative structure." As such they may be used to perpetuate "rank prejudice". Though the determination of what is relevant is often represented as involving a neutral standard applied objectively, both history and the magnitude of the harm done suggest otherwise:

Definition of reality is one mechanism whereby legal systems serve to disempower and oppress non-dominant segments of a heterogeneous population. A "neutral" rule is no barrier whatsoever; if anything, it may facilitate discrimination by defusing pressure for "equal" application of the law. Only the effects of a legal system provide significant evidence of whether it is non-discriminatory. [Footnotes omitted.][Emphasis added.]

(L. Vandervort, *supra*, at p. 262.)

I have discussed the effects in this area of the law in significant detail at the outset and have concluded that they do provide "significant evidence" of discrimination.

Once the mythical bases of relevancy determinations in this area of the law are revealed (discussed at

de la «vérité». Si la seule chose qui rend la détermination de la pertinence compréhensible est le stéréotype sous-jacent, il semblerait contradictoire alors de conclure que la «vérité» a été découverte. [TRADUCTION] «Le juge [. . .] tente d'apprécier les questions de fait, ce qui comprend la recherche de la vérité, appréciation qui ne peut que devenir erronée si les éléments de preuve «pertinents» reposent sur des croyances culturelles dont le bien-fondé n'a pas été établi» (Sheehy, précité, à la p. 755). Il est également quelque peu inopportun d'affirmer qu'une application objective du droit de la preuve exige l'admission de preuves qui démontrent l'existence d'un «préjudice lié au rang». Ceci semble exclure à la fois l'examen et la responsabilité de la prise de décision individuelle. Le point important est bien entendu la reconnaissance que l'application de la «logique» et du «bon sens» peut, dans un cas donné, faire montre d'un «préjudice lié au rang». Comme l'affirme à juste titre Dawson, précité, à la p. 316, [TRADUCTION] «non seulement [les critères juridiques] constituent des mécanismes neutres visant à faciliter les débats de fond, mais ils s'inscrivent dans le cadre d'une structure normative.» Ils peuvent à ce titre être utilisés pour perpétuer le «préjudice lié au rang». Quoique la détermination de ce qui est pertinent se fonde souvent sur un critère neutre, appliqué objectivement, tant l'histoire que l'ampleur du préjudice causé laissent toutefois supposer que ce n'est pas le cas:

[TRADUCTION] La définition de la réalité est une façon que les systèmes juridiques utilisent pour rendre inhabiles et opprimer des segments dépendants d'une population hétérogène. L'application d'une règle «neutre» ne constitue pas du tout un obstacle; elle peut plutôt faciliter la discrimination en désamorçant les pressions visant une application «égale» de la loi. Seuls les effets d'un système juridique fournissent une preuve importante de sa discrimination ou non-discrimination. [Notes en bas de page omises.][Je souligne.]

(L. Vandervort, précité, à la p. 262.)

J'ai examiné dès le départ de façon fort détaillée les effets dans ce domaine du droit et j'ai conclu qu'ils constituent une «preuve importante» de discrimination.

Lorsque l'on a établi que la détermination de la pertinence dans ce domaine du droit est fondée sur

greater length later in these reasons), the irrelevance of most evidence of prior sexual history is clear. Nevertheless, Parliament has provided broad avenues for its admissibility in the setting out of the exceptions to the general rule in s. 246.6 (now s. 276). Moreover, all evidence of the complainant's previous sexual history with the accused is *prima facie* admissible under those provisions. Evidence that is excluded by these provisions is simply, in a myth- and stereotype-free decision-making context, irrelevant.

The first exception, in subs. (1)(a), has the potential for allowing the admission of a wide variety of sexual history evidence. It encompasses situations where the Crown directly or indirectly introduces in evidence the issue of the complainant's sexual history. If the Crown chooses to do so, the door is open for rebuttal evidence. It would allow the defence to adduce sexual history evidence to explain semen, pregnancy, injury or disease that the Crown contends was a consequence of the offence. Such evidence is, however, limited to rebutting this explicit or implicit contention of the Crown. Subsection (1)(b) allows the receipt of evidence which goes to show the identity of the person who had sexual relations with the complainant on the pertinent occasion. This subsection and subs. (1)(a) overlap to some degree in that rebuttal evidence regarding the physical consequences of the assault would, depending upon the circumstances of the case, be admissible under one or either subsection. Noteworthy, however, is the caveat in subs. (1)(b) that such evidence must go to establishing the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge. While these provisions are inherently broad, their interpretation must nevertheless remain true to the wording of the exception otherwise they will have little effect. As for the last exception, subs. (1)(c), it allows the receipt of relevant and proximate sexual history evidence that goes to the issue of the consent the accused honestly thought he had been given. In summary, as Grange J.A. pointed out (at p. 307), for

des mythes (ce que j'analyserai plus à fond plus loin), on se rend bien compte de la non-pertinence d'une grande partie de la preuve portant sur le comportement sexuel antérieur. Néanmoins, le législateur a laissé ouvertes de larges avenues où cette preuve sera admissible en édictant des exceptions à la règle générale, exceptions prévues à l'art. 246.6 (maintenant l'art. 276). Du reste, toute la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec l'accusé est *prima facie* admissible aux termes de ces dispositions. Les preuves qui sont exclues par ces dispositions sont simplement non pertinentes dans un contexte de prise de décision non fondée sur les mythes et les stéréotypes.

La première exception mentionnée à l'al. (1)a peut entraîner l'admission de toute une gamme de preuves sur le comportement sexuel antérieur. Elle englobe les cas où le ministère public présente directement ou indirectement une preuve sur le comportement sexuel de la plaignante. Si le ministère public choisit de procéder de cette façon, la défense pourra présenter une contre-preuve. Ainsi, la défense pourrait présenter des preuves sur le comportement sexuel pour expliquer la présence de sperme, la grossesse, l'existence de blessures ou de maladies qui, selon le ministère public, seraient une conséquence de l'infraction. Toutefois, la preuve en question ne doit viser qu'à repousser la prétention explicite ou implicite du ministère public. L'alinéa (1)b prévoit la recevabilité d'une preuve dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement en question. Cet alinéa et l'al. (1)a se chevauchent dans une certaine mesure en ce que la contre-preuve concernant les conséquences physiques de l'agression serait, en fonction des circonstances de l'affaire, admissible en vertu de l'un ou l'autre de ces alinéas. Toutefois, fait important, l'al. (1)b indique clairement que cette preuve doit être présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'acte d'accusation. Bien que ces dispositions soient fondamentalement larges, elles doivent néanmoins demeurer fidèles au texte de l'exception, sinon elles auront peu d'incidence. En ce qui concerne la dernière exception, l'al. (1)c permet la recevabilité d'une preuve pertinente et immédiate sur le comportement

the majority of the Court of Appeal, “[t]here is nothing startling or unique about our legislation”.

As to s. 246.7 (now s. 277), it merely excludes evidence of sexual reputation used to impeach or support the credibility of the complainant. The notion that reputation for “unchasteness” is relevant to credibility is insupportable and its legislative exclusion uncontentious. Furthermore, evidence of sexual reputation is inherently unreliable. Due to the nature of the activity that forms the subject matter of the reputation, the alleged reputation is often nothing more than “speculation and exaggeration” (see Galvin, *supra*, at p. 801, and A. P. Ordovery, “Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity” (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, at p. 105). In fact, both the appellant Seaboyer and the intervener, the Canadian Civil Liberties Association, concede that the exclusion mandated by s. 277 is uncontentious. Indeed, my colleague reaches the same conclusion at p. 612.

The literature and case law in this area abound with examples of the supposed relevant evidence that is excluded by s. 276. For the most part, however, the “relevant” evidence provided in these examples is, on a principled inquiry, irrelevant; any semblance of relevance depends in large measure upon acceptance of stereotype about women and rape. Much of the remainder is admissible under the provision. One hesitates, however, to construct an argument around the speculative scenarios offered. Many of the scenarios are pure fantasy and have absolutely no grounding in life or experience. Speculating in this manner depends, to some degree, upon the acceptance of stereotypes about women and sexual assault and the will to propagate them. The point is well made by Sheehy, *supra*, at pp. 755-57:

The indeterminate exceptions [that evidence of sexual history is generally irrelevant] posed by the *Wald* case constitute an open invitation to the “pornographic imag-

sexuel, qui porte sur le fait que l’accusé croyait honnêtement que la plaignante avait donné son consentement. Bref, comme le juge Grange l’a fait remarquer (à la p. 307), au nom de la Cour d’appel à la majorité, [TRADUCTION] «[n]os dispositions législatives n’ont rien de surprenant ou d’unique».

En ce qui concerne l’art. 246.7 (maintenant l’art. 277), il exclut simplement la preuve concernant la réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant. On ne saurait appuyer la notion que la réputation de «mœurs faciles» est pertinente relativement à la crédibilité, et l’exclusion de cette preuve par le législateur n’est pas contestée. Par ailleurs, la preuve concernant la réputation sexuelle en soi est peu fiable. En raison de la nature de l’activité qui en constitue l’objet, la réputation alléguée n’est souvent fondée que sur la [TRADUCTION] «spéculation et l’exagération», (voir Galvin, précité, à la p. 801 et A. P. Ordovery, «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, à la p. 105). En fait, l’appelant Seaboyer et l’intervenante, l’Association canadienne des libertés civiles, reconnaissent que l’exclusion prévue par l’art. 277 n’est pas contestée. Ma collègue en arrive à la même conclusion à la p. 612 de ses motifs.

La doctrine et la jurisprudence dans le domaine sont riches d’exemples de supposées preuves pertinentes exclues par l’art. 276. Toutefois, dans la plupart des cas, ces preuves «pertinentes» se révèlent, après examen des principes, non pertinentes; toute apparence de pertinence dépend en grande partie de l’acceptation de stéréotypes sur les femmes et le viol. La plupart des autres preuves sont admissibles en vertu de la disposition. Toutefois, on hésite à bâtir une thèse fondée sur les scénarios hypothétiques présentés. Un grand nombre de ces scénarios sont tout à fait irréels et ne trouvent absolument aucun fondement dans la vie ou l’expérience. Ce genre de spéculation dépend, dans une certaine mesure, de l’acceptation de stéréotypes sur les femmes et l’agression sexuelle et du désir de les répandre. Ce point est bien présenté par Sheehy, précité, aux pp. 755 à 757:

[TRADUCTION] Les exceptions indéterminées [que la preuve du comportement sexuel est généralement non pertinente] soulevées par l’arrêt *Wald* constituent une

ination” with which we have all been culturally endowed. The beliefs which spring from this collective imagination are not only without empirical foundation: they also systematically deny control and credibility to those who do not belong to the dominant culture. Even more problematic is the fact that these beliefs are insidious because they are taken for granted and are therefore almost irresistible to the trier of fact who has absorbed our culture. . . .

In fact, the examples used by defence counsel, academics, and judges to illustrate situations where sexual history evidence is said to be highly “relevant”, resemble . . . “pornographic vignettes”. . . . These hypotheticals play upon internalized assumptions about what women really want and male desires for specific sexual scenarios. . . . They evoke highly emotive reactions which bear no relationship to “truth”, and they bring out the worst in us. [Footnotes omitted.][Emphasis added.]

I also heartily concur in the submissions at p. 17 of the factum of the intervenor Women’s Legal Education and Action Fund et al. on this point:

. . . in all of the hypothetical situations outlined in the Appellants’ factums, evidence of sexual history and/or sexual reputation is either totally irrelevant, admissible pursuant to the exceptions provided for in s. 276, or, in the alternative, of very low probative value and highly prejudicial to the interests of the administration of justice . . . [Emphasis added.]

I will, therefore, resist as much as possible joining the discourse at this level and will restrict myself to perhaps a more general discussion of the effect of the provisions.

As I stated above, many of the examples set up by opponents to the legislation are based upon a misapprehension of the scope of the exceptions and, indeed, some of the earlier case law striking down these provisions is, unfortunately, guilty of the same error. In *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356 (Nfld. S.C.T.D.) and *R. v. Oquataq, supra*, the defence wished to adduce evidence of prior sexual history in response to Crown evidence of physical injury of the complainant. In both cases such evidence would have been admissible under s. 276. In

invitation ouverte à «l’imagination pornographique» dont nous sommes tous culturellement dotés. Les croyances qui découlent de cette imagination collective ne sont pas seulement sans fondement empirique: elles enlèvent systématiquement contrôle et crédibilité à ceux qui ne s’identifient pas à la culture dominante. Le fait que ces croyances sont insidieuses est encore plus inquiétant car elles sont considérées comme admises et sont donc pratiquement impérieuses pour le juge des faits qui s’est empreint de notre culture. . .

En fait, les exemples utilisés par les avocats de la défense, les universitaires et les juges pour illustrer les cas où la preuve du comportement sexuel antérieur serait très «pertinente» ressemblent [...] à des «vignettes pornographiques» [...] Ces faits hypothétiques influent sur les suppositions internes au sujet de ce que les femmes veulent réellement et de ce que les hommes souhaitent comme scénarios sexuels [...] Ils soulèvent des réactions fort émotives qui n’ont aucun rapport avec la «vérité» et réveillent en nous les pires instincts. [Notes en bas de page omises.][Je souligne.]

Je suis également entièrement d’accord avec les prétentions de l’intervenante, le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et autres, aux pp. 17 et 18 de son mémoire:

[TRADUCTION] . . . dans toutes les situations hypothétiques mentionnées dans le mémoire des appelants, la preuve concernant le comportement sexuel ou la réputation sexuelle ou les deux soit est totalement non pertinente, admissible en vertu des exceptions prévues à l’art. 276, soit encore possède une valeur probante très faible et porte considérablement préjudice aux intérêts de l’administration de la justice. . . [Je souligne.]

Je résisterai donc autant que possible au désir d’entreprendre une polémique à ce niveau et me limiterai à une analyse peut-être plus générale de l’effet de ces dispositions.

Comme je l’ai déjà mentionné, un bon nombre des exemples donnés par ceux qui contestent ces dispositions sont fondés sur une appréciation erronée de la portée des exceptions; à cet égard, certaines décisions antérieures déclarant ces dispositions inopérantes sont, malheureusement, entachées de la même erreur. Dans les arrêts *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356 (C.S. 1<sup>re</sup> inst. T.-N.), et *R. v. Oquataq*, précité, la défense désirait présenter une preuve sur le comportement sexuel antérieur en réponse à la preuve de blessures subies par la plaignante, présentée par le



*Coombs, supra*, the trial judge held that the evidence was not admissible under the legislation and, as such evidence was relevant and necessary for the accused to make full answer and defence, the provisions excluding it were unconstitutional. In *Oquataq, supra*, the same type of evidence was also held to be inadmissible under subs. (1)(a) with the same constitutional result. Many of the examples offered by the appellants of "relevant" evidence that is excluded by s. 276 suffer from a similar misapprehension.

I will now turn my attention specifically to the categories of relevant evidence that the appellants suggest are excluded by the provision. I will discuss only those categories that are commonly referred to in the literature. I will consider the possible ramifications of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* subsequent to this discussion.

Many argue that the most convincing support for the argument that the provision is drawn too narrowly is provided by so-called "similar fact evidence", or "pattern of conduct evidence", i.e., that the complainant has had consensual sexual relations in circumstances that look an awful lot like those supporting the assault allegation and, hence, such evidence is probative of consent. I am of the firm opinion that such evidence is almost invariably irrelevant and, in any event, is nothing more than a prohibited propensity argument, besides being highly prejudicial to the integrity and fairness of the trial process.

Such arguments depend for their vitality on the notion that women consent to sex based upon such extraneous considerations as the location of the act, the race, age or profession of the alleged assaulter and/or considerations of the nature of the sexual act engaged in. Though it feels somewhat odd to have to state this next proposition explicitly, consent is to a person and not to a circumstance. The use of the words "pattern" and "similar fact" deny this reality. Such arguments are implicitly based upon the notion

ministère public. Dans les deux cas, ces preuves auraient été admissibles en vertu de l'art. 276. Dans l'arrêt *Coombs*, précité, le juge du procès a statué que cette preuve n'était pas admissible en vertu de la disposition et, comme cette preuve était pertinente et nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière, que les dispositions l'excluant étaient inconstitutionnelles. Dans l'arrêt *Oquataq*, précité, le même genre de preuve a aussi été jugé inadmissible en vertu de l'al. (1)a, entraînant ainsi le même résultat sur le plan constitutionnel. De nombreux exemples de preuve «pertinente» exclue par l'art. 276, présentés par les appelants, ont donné lieu à la même interprétation erronée.

J'examinerai maintenant plus particulièrement les catégories de preuve pertinente qui, selon les prétentions des appelants, sont exclues par la disposition. Je me pencherai seulement sur les catégories fréquemment mentionnées dans la doctrine. J'analyserai ensuite les ramifications possibles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Plusieurs prétendent que l'argument le plus convaincant à l'appui de la thèse que la disposition est rédigée en termes trop étroits provient de ce qu'on appelle la «preuve de faits similaires» ou «preuve d'un mode de comportement», c'est-à-dire que la plaignante a consenti à des rapports sexuels dans des circonstances qui ressemblent beaucoup à celles entourant la perpétration de l'agression alléguée et que cette preuve servirait à établir le consentement. Je suis fermement d'avis que cette preuve est presque toujours non pertinente et que, de toute façon, elle ne constitue rien de plus qu'un argument interdit quant à la propension d'une personne, en plus de porter un préjudice considérable à l'intégrité et à l'équité du procès.

La force de ces arguments est liée à la notion que les femmes consentent à avoir des rapports sexuels, selon des considérations accessoires comme l'endroit, la race, l'âge ou la profession du prétendu agresseur ou d'autres éléments comme la nature de l'acte sexuel. Bien qu'il paraisse quelque peu bizarre de devoir énoncer explicitement cette proposition, le consentement se rattache à la personne et non à une circonstance. L'utilisation des expressions «mode de comportement» ou «faits similaires» ne tient pas

that women will, in the right circumstances, consent to anyone and, more fundamentally, that “unchaste” women have a propensity to consent. While my colleague suggests that this proposition is “now discredited” (at p. 604), and “[has] no place in a rational and just system of law” (at p. 630), she nevertheless concludes that the exclusion of “pattern” evidence is unconstitutional. In my view, the mythical bases of these arguments deny their relevance.

Although Galvin, *supra*, comes to what is, in my opinion, an erroneous conclusion, namely that “pattern” evidence may be relevant if it is narrowly confined, she nevertheless accurately discusses the problems inherent in this type of evidence. She states at p. 834:

In the context of a trial for rape, evidence that the complainant previously slept with rock stars or with men she met in singles’ bars could only be used to show her propensity to consent in such circumstances; her identity is not a disputed issue. The . . . “common plan or scheme” exception to the propensity rule is similarly inapplicable in this context, because a complainant’s pattern of similar sexual encounters can hardly be said to occur as the result of a pre-existing plan or scheme on her part. Moreover, as with all propensity evidence, the danger of jury prejudice is high; the complainant may be viewed as a “loose” woman who “got what she deserved,” irrespective of her behavior on this particular occasion.

Furthermore, if there is any evidence of this nature that has any legitimate claim to relevance, and this is already a highly dubious proposition, it is amply covered by the fact that previous sexual contact between the accused and the complainant is admissible under the provision.

Another argument often used in an attempt to get “pattern” or “propensity” evidence admitted is to call the behaviour “habitual”. Borrowing from *McCor-*

compte de cette réalité. Ces arguments se fondent implicitement sur la notion que les femmes, dans les circonstances appropriées, donneront leur consentement à quiconque et, plus fondamentalement, que les femmes de «mœurs faciles» auront une propension à consentir. Bien que ma collègue prétende que cette proposition est «maintenant disparu[e]» (à la p. 604) et «ne saur[ait] exister à l’intérieur d’un système juridique rationnel et juste» (à la p. 630), elle conclut néanmoins que l’exclusion de la preuve sur le «mode de comportement» est inconstitutionnelle. À mon avis, comme ces arguments reposent sur l’existence de mythes, ils ne sauraient être pertinents.

Bien que Galvin, précité, arrive à une conclusion qui, à mon avis, est erronée, soit que la preuve d’un «mode de comportement» peut être pertinente si elle est interprétée restrictivement, elle analyse néanmoins avec précision les problèmes inhérents à ce type de preuve. Elle dit à la p. 834:

[TRADUCTION] Dans le contexte d’un procès pour viol, la preuve que la plaignante a déjà couché avec des vedettes du rock ou avec des hommes qu’elle a rencontrés dans des bars pour célibataires ne pourrait qu’établir sa propension à consentir aux rapports sexuels dans ce genre de circonstances; son identité n’est pas une question en litige. L’exception [. . .] de «plan ou projet commun» à la règle de la propension n’est pas non plus applicable dans ce contexte parce que l’on ne saurait vraisemblablement affirmer que la tendance aux rencontres sexuelles similaires est le fruit d’un plan ou d’un projet établi au préalable par la plaignante. Par ailleurs, comme pour toutes les preuves de propension, le risque de préjugé de la part du jury est élevé; en effet, il pourrait être d’avis que la plaignante est une femme «facile» qui «mérite ce qui lui est arrivé», quel que fût son comportement lors de l’occasion en question.

Par ailleurs, si une preuve de cette nature peut en toute légitimité prétendre à la pertinence, ce qui est déjà une proposition fort contestable en soi, elle se trouve amplement visée par le fait que la preuve de rapports sexuels antérieurs entre l’accusé et la plaignante est admissible en vertu de cette disposition.

Un autre argument souvent avancé a trait au comportement «habituel» afin de tenter de faire admettre une preuve relative au «mode de comportement» ou à

*mick on Evidence* (3rd ed. 1984), § 195 at pp. 574-75 (quoted in Galvin, *supra*, at p. 778):

Habit . . . is more specific [than character]. It denotes one's regular response to a repeated situation. . . . Thus, a person may be in the habit of bounding down a certain stairway two or three steps at a time, of patronizing a particular pub after each day's work, or of driving his automobile without using a seatbelt. [Footnotes omitted.]

It is impossible, in my view, to draw an analogy between this behaviour and volitional sexual conduct. The rationale underlying the admissibility of habit evidence has no application in this context.

A similar argument, often made in support of the contention that prior sexual history is relevant and admissible but excluded by the provision, is based upon an extension of the Ontario Court of Appeal's reasoning in *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481. In that case the Court of Appeal held at p. 492 that:

Obviously, evidence of previous acts of violence by the deceased, not known to the accused, is not relevant to show the reasonableness of the accused's apprehension of an impending attack. However, there is impressive support for the proposition that, where self-defence is raised, evidence of the deceased's character (i.e., disposition) for violence is admissible to show the probability of the deceased having been the aggressor and to support the accused's evidence that he was attacked by the deceased. [Emphasis added.]

Assuming that the Ontario Court of Appeal is correct in its analysis and assuming that such an analysis applies generally, adopting such an argument in the context of this case would lend support to the stereotypical proposition that "unchaste" women have a propensity to consent. I must also confess an inability to grasp how violent behaviour and consensual sexual behaviour are at all analogous. Furthermore, a history of violent conduct is less likely to trigger the invocation of stereotype about the person who engages in

la «propension». À cet égard, je cite *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), § 195, aux pp. 574 et 575 (cité dans Galvin, précité, à la p. 778):

[TRADUCTION] L'habitude [. . .] est plus spécifique [que la moralité]. Elle dénote une réponse habituelle à une situation répétée [. . .] Par exemple, une personne peut avoir l'habitude de descendre un escalier en sautant deux ou trois marches à la fois, de se rendre dans un bar particulier chaque jour après le travail ou de conduire son automobile sans porter sa ceinture de sécurité. [Notes en bas de page omises.]

À mon avis, il est impossible d'établir une analogie entre ce comportement et un comportement sexuel dépendant de la volonté. La justification à la base de l'admissibilité de la preuve d'un comportement «habituel» ne saurait être appliquée dans ce contexte.

Un argument similaire, souvent invoqué à l'appui de la prétention que la preuve sur le comportement sexuel antérieur est pertinente et admissible, mais exclue par la disposition, est fondée sur une interprétation large du raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481. Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué à la p. 492:

[TRADUCTION] De toute évidence, la preuve des actes antérieurs de violence commis par le défunt, que ne connaissait pas l'accusé, n'est pas pertinente pour illustrer le caractère raisonnable de la crainte d'une attaque imminente chez l'accusé. Toutefois, il existe un appui marquant en faveur de la proposition selon laquelle, dans le cas où une question de légitime défense est soulevée, la preuve du tempérament violent de l'accusé (la disposition) est admissible pour illustrer la probabilité que le défunt aurait pu être l'agresseur et soutenir le témoignage de l'accusé qu'il a été attaqué par le défunt. [Je souligne.]

Présument que l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario est correcte et que cette analyse s'applique de façon générale, l'adoption de cet argument dans le présent contexte viendrait appuyer la proposition fondée sur le stéréotype que les femmes de «mœurs faciles» ont une propension à consentir. Je dois admettre que j'ai de la difficulté à saisir comment un comportement violent et un comportement sexuel entre personnes consentantes soient analogues. Par ailleurs, des antécédents de conduite violente sont

such behaviour. Even so, it is interesting to note that the admissibility of evidence of the deceased's propensity for violence in trials for murder is a matter of some controversy as there is great danger that such evidence may be misused by jurors to improperly blame the deceased. (See McCormick, *supra*, at pp. 571-73, quoted in Galvin, *supra*, at p. 782.) For all of these reasons, the rule in *Scopelliti*, *supra*, is of no avail in the present context.

A second category of so-called relevant evidence is also widely set up as conclusively demonstrating the infirmity of the provision, namely evidence of mistaken belief in consent. Again, I am of the firm opinion that no relevant evidence regarding the defence of honest but mistaken belief in consent is excluded by the provision under attack here.

Although, in Canada, the defence is one of honest belief and not one of reasonable belief, the exception in subs. (1)(c) amply provides for this defence. In *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, this Court discussed the effect of s. 244(4) (now s. 265(4)), which codifies this defence, on the defence of honest but mistaken belief in consent articulated by this Court in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. For clarity I will reproduce this section.

265. ...

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

This Court concluded that the "*Pappajohn*" defence had not been legislatively altered. While one may then wonder why Parliament included the codification of this defence in its package of reforms, the

moins susceptibles de soulever des stéréotypes au sujet de l'auteur d'un tel comportement. Quand même, il est intéressant de constater que l'admissibilité de la preuve de la propension du défunt à la violence dans les procès pour meurtre soulève une certaine controverse puisqu'il est fort risqué que les jurés fassent une utilisation erronée de cette preuve pour blâmer à tort le défunt. (Voir McCormick, précité, aux pp. 571 à 573, cité dans Galvin, précité, à la p. 782.) Pour tous ces motifs, la règle établie dans l'arrêt *Scopelliti*, précité, ne saurait recevoir application dans le présent contexte.

Une seconde catégorie de preuve dite pertinente est souvent présentée comme démontrant de façon concluante la faiblesse de cette disposition; il s'agit de la preuve d'une croyance erronée au consentement. De nouveau, je suis fermement d'avis que la disposition contestée en l'espèce n'entraîne pas l'exclusion d'une preuve pertinente relative à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Bien qu'au Canada la défense en est une de croyance sincère et non de croyance raisonnable, l'exception prévue à l'al. (1)c) laisse amplement place à ce moyen de défense. Dans l'arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, notre Cour a examiné l'effet du par. 244(4) (maintenant le par. 265(4)), qui codifie cette défense, sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement que nous avons énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Pour plus de clarté, je reproduis ce paragraphe:

265. ...

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Notre Cour a conclu que la défense énoncée dans «*Pappajohn*» n'a pas été modifiée par le législateur. Bien que l'on puisse alors se demander pourquoi le Parlement a inclus cette défense dans l'ensemble de

decision of this Court in *Bulmer, supra*, does not force the conclusion that subs. (1)(c) of s. 276 excludes relevant evidence. McIntyre J., for the majority in *Bulmer, supra*, held at pp. 790-91 that before the defence of honest but mistaken belief can be put to the jury, the trial judge must conclude that there is an "air of reality" to the defence:

There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. . . . The question he [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? . . .

When the defence of mistake of fact—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. It is on this question, as I have said, that the "air of reality" test is applied.

Further, when the trier of fact turns his or her mind to the issue of whether the belief was honestly held, McIntyre J. stated at p. 792:

This section [s. 244(4), now s. 265(4)], in my view, does not change the law as applied in *Pappajohn*. It does not require that the mistaken belief be reasonable or reasonably held. It simply makes it clear that in determining the issue of the honesty of the asserted belief, the presence or absence of reasonable grounds for the belief are relevant factors for the jury's consideration.

It is my view that, assuming that both the trier of fact and the trier of law are operating in an intellectual environment that is free of rape myth and stereotype about women, any evidence excluded by this subsection would not satisfy the "air of reality" that must accompany this defence nor would it provide reasonable grounds for the jury to consider in assessing whether the belief was honestly held. The structure of the exception provided for in s. 276(1)(c) is thus not offensive to such a defence.

ses réformes, la décision de notre Cour dans l'arrêt *Bulmer*, précité, n'emporte pas la conclusion que l'al. 276(1)c) exclut des preuves pertinentes. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Bulmer*, précité, a statué aux pp. 790 et 791 qu'avant que le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement puisse être soumis au jury, le juge du procès doit conclure que la défense possède une «apparence de vraisemblance»:

Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire [. . .] La question à laquelle il [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? . . .

Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique.

En outre, lorsque le juge des faits passe à l'examen de la question de la croyance sincère le juge McIntyre affirme à la p. 792:

Cet article [par. 244(4), maintenant le par. 265(4)], à mon avis, ne modifie pas le droit appliqué dans l'arrêt *Pappajohn*. Il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable ou jugée raisonnable. Il établit simplement de manière précise que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de cette croyance sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération.

À mon avis, en supposant que le juge des faits et le juge du droit œuvrent à l'intérieur d'un environnement intellectuel libre de tout mythe entourant le viol et de tout stéréotype sur les femmes, les éléments de preuve exclus par ce paragraphe ne satisferaient pas au critère de l'«apparence de vraisemblance» qui doit accompagner cette défense et ne seraient pas assortis de motifs raisonnables que le jury pourrait prendre en considération dans la détermination de la sincérité de la croyance. La structure de l'exception prévue à l'al. 276(1)c) n'écarte donc pas la possibilité d'invoquer cette défense.

Evidence of prior acts of prostitution or allegations of prostitution are properly excluded by the provision. In my opinion, this evidence is never relevant and, besides its irrelevance, is hugely prejudicial. I vehemently disagree with the assertion of the appellant Seaboyer that “a prostitute is generally more willing to consent to sexual intercourse and is less credible as a witness because of that mode of life” (at p. 21 of his factum, quoting the Federal/Provincial Task Force, *supra*). Nor do I particularly understand the phenomenon whereby many complainants in sexual assault cases are asked if they are prostitutes. (See for example, Z. Adler, “The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation”, [1985] *Crim. L.R.* 769, at p. 778.)

Many also argue that the provision does not allow evidence going to show motive to fabricate or bias. Clearly, most such alleged motives or bias will not be grounded in the complainant’s past sexual history. Moreover, much of this evidence depends for its relevance on certain stereotypical visions of women; that they lie about sexual assault, and that women who allege sexual assault often do so in order to get back in the good graces of those who may have her sexual conduct under scrutiny. Thus, again, refutation of stereotype strikes at the heart of the argument. As to evidence that a complainant has made prior false allegations of sexual assault, such evidence is admissible under the existing provision since this evidence does not involve the admission of her previous sexual history.

As I stated at the outset, the evidence which is excluded by the provision is simply irrelevant. It is based upon discriminatory beliefs about women and sexual assault. In addition, the impugned provision provides wide avenues for the introduction of sexual history evidence that is relevant. Paradoxically, some of the exceptions may be cast overly broadly with the unfortunate result that a large body of evidence may

La disposition exclut avec raison toute preuve d’actes antérieurs de prostitution ou d’allégations de prostitution. À mon avis, cette preuve n’est jamais pertinente et, en plus, est très préjudiciable. Je m’inscris en faux contre la prétention de l’appellant Seaboyer que «la plupart des prostituées consentent plus facilement à avoir des rapports sexuels et sont des témoins moins dignes de foi à cause de leur mode de vie», (à la p. 21 de son mémoire où il cite le Groupe de travail fédéral-provincial, précité.) Je ne comprends pas bien non plus le phénomène selon lequel on demande à un grand nombre de plaignantes, dans les affaires d’agression sexuelle, si elles sont des prostituées. (Voir par exemple, Z. Adler, «The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation», [1985] *Crim. L.R.* 769, à la p. 778.)

On prétend également que la disposition ne permet pas de présenter des preuves établissant l’existence d’un motif de fabrication ou d’un préjugé. De toute évidence, la plupart de ces prétendus motifs ou préjugés ne trouveront pas leur fondement dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Par ailleurs, la pertinence de la plupart de ces éléments de preuve repose sur certaines visions stéréotypées des femmes, savoir qu’elles mentent au sujet d’une agression sexuelle et qu’elles allèguent souvent la perpétration d’une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel. De nouveau, la réfutation des stéréotypes porte atteinte au fond même de l’argument. En ce qui concerne la preuve qu’une plaignante a déjà fait de fausses allégations d’agression sexuelle, elle est admissible en vertu de la disposition existante car elle ne comporte pas l’admission de son comportement sexuel antérieur.

Comme je l’ai mentionné au début, la preuve qui est exclue par la disposition est simplement non pertinente. Elle est fondée sur des croyances discriminatoires sur les femmes et l’agression sexuelle. En outre, la disposition attaquée offre de grandes possibilités de présenter une preuve de comportement sexuel qui soit pertinente. Paradoxalement, certaines des exceptions peuvent être libellées en termes trop larges, ce qui entraîne le résultat malheureux qu’un grand nombre de preuves pourraient bien être admi-

still be improperly admitted on the basis of specious relevancy claims.

If I am wrong in concluding that no relevant sexual history evidence is excluded by the contested provision, I am of the view that such exclusion is proper due to its extremely prejudicial effect on the trial of the legal issues.

In *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, this Court discussed the notion of relevance. Lamer J. (as he then was) discussed at p. 201 the nature of the concept and circumstances where, though relevant, evidence may nonetheless be excluded:

Thayer's statement of the law which is still the law in Canada, was as follows:

(1) that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and (2) that everything which is thus probative should come in, unless a clear ground of policy or law excludes it.

To this general statement should be added the discretionary power judges exercise to exclude logically relevant evidence

... as being of too slight a significance, or as having too conjectural and remote a connection; others, as being dangerous, in their effect on the jury, and likely to be misused or overestimated by that body; others, as being impolitic, or unsafe on public grounds; others, on the bare ground of precedent. It is this sort of thing ... the rejection on one or another practical ground, of what is really probative,—which is the characteristic thing in the law of evidence; stamping it as the child of the jury system. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

Significant for our purposes is the long-recognized discretion in the trial judge to exclude otherwise relevant evidence. Hence, a determination that something is relevant does not answer the further question whether, regardless of its relevance, there exists some rule or policy consideration that nevertheless mandates exclusion of the proffered evidence. Thus, *Cross on Evidence*, *supra*, at p. 60, quoting Wigmore,

ses à tort sur la base d'allégations spécieuses de pertinence.

Si j'ai tort de conclure que la disposition attaquée n'exclut pas de preuve pertinente sur le comportement sexuel, je suis d'avis que, s'il y a exclusion, c'est à juste titre compte tenu de l'effet extrêmement préjudiciable de cette preuve sur le déroulement du procès concernant les questions juridiques.

Dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, notre Cour a analysé la notion de la pertinence. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) examine à la p. 201 la nature du concept ainsi que les circonstances où une preuve, quoique pertinente, pourrait néanmoins être exclue:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer:

[TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] ... à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent [...] c'est ce genre de chose—le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante—qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. [Notes en bas de page omises.] [Je souligne.]

Il est significatif dans notre contexte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire reconnu depuis longtemps d'exclure une preuve normalement pertinente. Par conséquent, la détermination qu'une preuve est pertinente ne permet pas de répondre à l'autre question, soit s'il existe, quelle que soit la pertinence de la preuve, une règle ou une considération de principe qui, néanmoins, exige l'exclusion de la

observes that, “[a]dmissibility signifies that the particular fact is relevant and something more,—that it has also satisfied all the auxiliary tests and extrinsic policies.” Indeed, highly relevant evidence that could greatly benefit the cause of the accused may, in our legal system as it presently exists, be excluded as may evidence that could assist in the judicial “search for truth”. Though generally stated, more notable examples of relevant though excluded evidence include: hearsay, opinion, character, conduct on other occasions, the collateral fact rule which treats answers given by witnesses to questions involving collateral facts as final, privilege against self-incrimination, evidence obtained in a manner violating a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, lawyer-client privilege and other professional relationships that may from time to time be accorded a similar privilege (for a fuller discussion of this type of privilege see S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 2, at p. 1010), communication between spouses, government information whose disclosure would be “injurious to the public interest”, etc.

There are many reasons why relevant evidence may be excluded and such exclusions play a significant and important role in the traditional law of evidence. Some evidence is excluded in order to protect values that our society holds dear. Other evidence may be excluded because of its inherent unreliability. As well, evidence will be excluded if it distorts rather than enhances the search for truth. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972) at pp. 439-40, quoted in J. A. Tanford and A. J. Bocchino, “Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment” (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, at p. 569, sets out four reasons for the exclusion of this latter type of “prejudicial” evidence:

First, the danger that the facts offered may unduly arouse the jury's emotions of prejudice, hostility or sympathy. Second, the probability that the proof and the answering evidence that it provokes may create a side

preuve présentée. Ainsi, *Cross on Evidence*, précité, à la p. 60, citant Wigmore, observe que [TRADUCTION] «[l']admissibilité signifie que le fait donné est pertinent et en outre—qu'il répond aussi à tous les critères accessoires et à toutes les politiques extrinsèques.» En fait, une preuve fort pertinente susceptible de favoriser grandement l'accusé pourrait bien, à l'intérieur de notre système juridique actuel, être exclue tout comme une preuve susceptible de contribuer à la «découverte de la vérité» par le juge. Quoique énoncés d'une façon générale, des exemples mieux connus de preuves pertinentes qui seront exclues incluent: le ouï-dire, le témoignage d'opinion, la moralité, la conduite à d'autres occasions, la règle relative aux faits incidents qui traite comme finales les réponses données par des témoins à des questions concernant des faits incidents, le privilège de ne pas s'incriminer, une preuve obtenue d'une manière qui viole un droit ou une liberté garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, le privilège du secret professionnel de l'avocat et d'autres rapports professionnels susceptibles de bénéficier à l'occasion d'un privilège similaire (pour un examen plus approfondi de ce type de privilège, voir S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3<sup>e</sup> éd. 1988), vol. 2, à la p. 1010), les communications entre conjoints, les renseignements gouvernementaux dont la divulgation porterait «atteinte à l'intérêt public» etc.

Il existe de nombreux motifs pour lesquels une preuve pertinente peut être exclue, et ces exclusions jouent un rôle significatif et important dans l'application des règles traditionnelles en matière de preuve. Certaines preuves sont exclues pour la protection de valeurs qui sont chères à notre société. D'autres peuvent l'être parce qu'elles sont peu fiables en soi. D'autres enfin le seront si elles dénaturent la recherche de la vérité au lieu de la favoriser. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2<sup>e</sup> éd. 1972), aux pp. 439 et 440, cité dans J. A. Tanford et A. J. Bocchino, «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, à la p. 569, énonce quatre raisons d'exclure ce type de preuve «préjudiciable»:

[TRADUCTION] Premièrement, le danger que les faits présentés soulèvent indûment chez le jury des sentiments de préjudice, d'hostilité ou de sympathie. Deuxièmement, la possibilité que la preuve et la contre-preuve



issue that will unduly distract the jury from the main issues. Third, the likelihood that the evidence offered and the counter proof will consume an undue amount of time. Fourth, the danger of unfair surprise to the opponent when, having no reasonable ground to anticipate this development of the proof, he would be unprepared to meet it.

Any of these four reasons would seem to encompass evidence of prior sexual activity. As La Forest J. (dissenting on other grounds) put it in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 714:

The organizing principles of the law of evidence may be simply stated. All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy.

As I discussed at the outset, this type of evidence has a significant distorting effect at trial as such evidence "arouses [the jury's] sense of horror, provokes its instinct to punish, or triggers other mainsprings of human action", J. Weinstein and M. Berger, *Weinstein's Evidence* (1976), quoted in Ordover, *supra*, at p. 108. Such evidence allows stereotype and myth to enter into the equation and sidetracks the search for the truth. Such evidence invites a result more in accord with stereotype than truth:

Defence counsel in rape cases have also used victim history evidence in an effort to suggest that the rape victim "got what she deserved". The truth of what happened becomes concealed by antipathy towards the victim, and belief systems which locate the "fault" in the victim, regardless of the manner in which the offence occurred. The fact that such evidence has a powerful emotional impact upon triers of fact and can result in erroneous verdicts has been well-documented and acknowledged even by judges. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

(Sheehy, *supra*, at pp. 774-75.)

soulèvent une question accessoire susceptible de détourner l'attention du jury des principales questions en litige. Troisièmement, le risque que la présentation de la preuve et de la contre-preuve occupe trop de temps. Quatrièmement, le danger que la preuve présentée surprenne l'adversaire qui, n'ayant aucun motif raisonnable de la prévoir, ne serait pas en mesure de la réfuter.

Chacune de ces quatre raisons semble englober la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Comme l'indique le juge La Forest (dissident pour d'autres motifs) dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 714:

Les principes fondamentaux du droit de la preuve peuvent être formulés simplement. Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe.

Comme je l'ai mentionné au départ, ce type de preuve possède un effet dénaturant important au procès puisqu'elle [TRADUCTION] «soulève [chez le jury] un sentiment d'horreur, provoque chez lui un instinct de punition ou déclenche d'autres réactions de comportement humain», J. Weinstein et M. Berger, *Weinstein's Evidence* (1976), cité dans Ordover, précité, à la p. 108. Cette preuve permet d'introduire des stéréotypes et des mythes dans l'équation et de s'écarter de la recherche de la vérité. Elle donne lieu à un résultat plus compatible avec les stéréotypes qu'avec la vérité:

[TRADUCTION] Les avocats de la défense dans les affaires de viol ont également utilisé la preuve du comportement de la victime pour tenter de laisser entendre que la victime du viol a «eu ce qu'elle méritait». La véritable situation devient dissimulée par l'antipathie envers la victime et les systèmes de croyance qui attribuent la «faute» à la victime, quelle que soit la façon dont a été perpétrée l'infraction. Le fait que cette preuve a une incidence émotive importante sur les juges des faits et peut donner lieu à un verdict erroné est bien documenté et reconnu même par les juges. [Notes en bas de page omises.] [Je souligne.]

(Sheehy, précité, aux pp. 774 et 775.)

Rather than negatively affecting decisions of guilt and innocence, the exclusion of evidence of sexual history rationalizes such determinations. The discussion at the outset of these reasons conclusively demonstrated that sexual history evidence preempts considered decision making. The words of Catton, *supra*, at p. 173 quoted earlier, bear repeating:

Any information at all implying that the victim had a prior sex history had the effect of reducing the perceived guilt of the accused regardless of whether this information was verified.

The guilt or innocence determination is transformed into an assessment of whether or not the complainant should be protected by the law of sexual assault. In my view, it is indisputable that this evidence has such a prejudicial effect. Many a defence lawyer knows the effect of such evidence and thus strives to get it admitted. Indeed, during debate in the House of Commons regarding the first effort of Parliament to rationalize this area of law, one member, Mr. Jarvis, commented:

The myth is that a "bad woman" is incapable of being raped. . . . We have to deal with the myth that the credibility of a "bad woman" is immediately in question. I was never sure what that phrase meant. As a lawyer, all I knew was that it was of benefit to hurl as much dirt as possible in the direction of such a woman, hoping that some of it would stick and that the jury would disbelieve what she said. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, November 19, 1975, at p. 9252.)

If, indeed, we are searching for the truth, such a result is repugnant and that which produces it properly inadmissible.

#### The Constitutional Questions

For convenience I will reproduce the sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* relevant to the disposition of these appeals:

Plutôt que d'avoir une incidence négative sur la culpabilité et l'innocence, l'exclusion de la preuve d'un comportement sexuel rationalise ce genre de détermination. Mon analyse au début de mon opinion démontre de façon concluante que la preuve sur le comportement sexuel antérieur empêche une prise de décision réfléchie. Il vaut la peine de citer de nouveau les propos de Catton, précité, à la p. 173:

[TRADUCTION] Tout renseignement laissant sous-entendre un comportement sexuel antérieur de la victime avait pour effet d'affaiblir la perception que les jurés avaient de la culpabilité de l'accusé, que ces renseignements aient été confirmés ou non.

La détermination de la culpabilité ou de l'innocence est transformée en une évaluation visant à déterminer si la plaignante devrait bénéficier de la protection des dispositions relatives à l'agression sexuelle. À mon avis, il est incontestable que cette preuve a ce genre d'effet préjudiciable. Un grand nombre d'avocats de la défense connaissent l'effet de ce genre de preuve et font tout leur possible pour la faire admettre. En fait, au cours du débat à la Chambre des communes entourant le premier effort du Parlement pour rationaliser le droit dans ce domaine, un député, M. Jarvis a fait les commentaires suivants:

. . . on semble croire impossible qu'une «femme» de mauvaise réputation soit violée [. . .] Nous avons aussi à détruire le mythe voulant que la parole d'une «femme» de mauvaise réputation soit immédiatement suspecte. Je n'ai jamais compris ce que cela voulait dire. En tant qu'avocat, tout ce que je savais c'est qu'il était avantageux de lancer autant de boue que possible à une telle femme dans l'espoir qu'il y en aurait un peu qui colle-rait et que le jury ne la croirait pas. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, le 19 novembre 1975, à la p. 9252.)

Si nous sommes réellement à la recherche de la vérité, ce résultat est repugnant et la preuve qui l'entraîne est à bon droit inadmissible.

#### Les questions constitutionnelles

Par souci de commodité, je reproduis les articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* pertinents pour disposer des présents pourvois:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right <sup>a</sup>

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; <sup>b</sup>

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. <sup>c</sup>

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons. <sup>d</sup>

In discussing the constitutional questions I will treat s. 11(d) as a particular manifestation of s. 7 principles of fundamental justice, hence an independent analysis will be unnecessary. Moreover, since I agree with my colleague Justice McLachlin that s. 277 is constitutional, I will restrict this discussion to s. 276. <sup>e</sup>

It is my view that neither "fairness" nor "the principles of fundamental justice" mandate the constitutional invalidity of s. 276. Rather, in order to achieve fairness and to conduct trials in accordance with fundamental tenets of criminal law, this provision must be upheld in all of its vigour. The words of C. Boyle, "Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?", *supra*, at p. 265, provide an appropriate introduction to these issues: <sup>g</sup>

There has been an unfortunate tendency to compare the rights of the accused and the witness and to view any amelioration in the position of the witness as needing some balance. Yet the issue is really one of promoting convictions of guilty persons and not clouding the issue with evidence of collateral issues which may tend to prejudice the trier of fact. This is a serious matter of <sup>j</sup>

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. <sup>d</sup>

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Dans l'analyse des questions constitutionnelles, je considérerai l'al. 11d) comme un exemple des principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7; je n'aurai donc pas à analyser séparément ces deux dispositions. Par ailleurs, puisque je souscris à l'opinion exprimée par ma collègue le juge McLachlin que l'art. 277 est constitutionnel, je limiterai mon analyse à l'art. 276.

À mon avis, ni la notion d'«équité» ni les «principes de justice fondamentale» ne justifient de déclarer inconstitutionnel l'art. 276. Il faut plutôt confirmer cette disposition dans toute sa vigueur pour réaliser l'équité et assurer le déroulement des procès conformément aux préceptes fondamentaux du droit pénal. Les propos de C. Boyle, «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?», précité, à la p. 265, offrent une introduction appropriée à l'examen de ces questions:

[TRADUCTION] Il y a eu une tendance regrettable à comparer les droits de l'accusé et ceux du témoin et à considérer que toute amélioration apportée à la situation du témoin devait être contrebalancée. Toutefois, ce dont il s'agit réellement c'est de favoriser la déclaration de culpabilité des personnes coupables et non pas d'embrouiller les choses par des preuves sur des questions

public interest, not a battle between feminists and defence lawyers. [Emphasis added.]

The constitutional question posed by the present case is whether, notwithstanding the already established irrelevance and/or prejudicial nature of the evidence excluded by the impugned provision, an accused, nevertheless, has a constitutional right to adduce such evidence. On my view of the scope of these constitutional guarantees, this question must be answered with a resounding and compelling no.

It is noncontroversial to state that an accused does not have a constitutional right to adduce irrelevant evidence. To the extent that much, if not all, of the evidence excluded by the provision at issue here is irrelevant, there is no constitutional issue. Nor, in my view, does an accused have the right under the *Charter*, whether under the rubric of a right to a fair trial or the right to make full answer and defence, to adduce evidence that prejudices and distorts the fact-finding process at trial. As a corollary, neither do notions of a "fair trial" or "full answer and defence" recognize a right in the accused to adduce any evidence that may lead to an acquittal. Such propositions cast ss. 7 and 11(d) in an extremely narrow fashion and deny meaningful content to notions of "fairness" and "principles of fundamental justice". I agree with the criticism Sheehy, *supra*, at pp. 774-75, levels at such a narrow reading of the constitutional guarantees:

... the accused's "fairness" argument not only presumes that the evidence is objectively "relevant", but also that it can be used appropriately to ascertain the truth of what happened between the accused and the victim. . . . Predictably, victim vilification as a defence has had considerable success in cases where the victim history evidence can be used to invoke negative cultural stereotypes.

... [there is a] need for a realistic and intelligent effort to understand "fairness" as related to the concrete realities of the criminal process and the lives of the women

incidentes qui risquent de prévenir indûment le juge des faits. C'est là une question sérieuse d'ordre public, non pas une lutte entre les féministes et les avocats de la défense. [Je souligne.]

La question constitutionnelle posée en l'espèce est de savoir si, malgré le fait qu'ait été établi le caractère non pertinent ou préjudiciable, ou les deux, de la preuve exclue par la disposition contestée, un accusé a néanmoins le droit constitutionnel de présenter une telle preuve. Selon ma perception de la portée de ces garanties constitutionnelles, il faut catégoriquement répondre par la négative à cette question.

Il est incontestable qu'un accusé n'a pas un droit constitutionnel de présenter une preuve non pertinente. Dans la mesure où la majeure partie, sinon la totalité, de la preuve exclue par la disposition contestée en l'espèce n'est pas pertinente, il n'y a pas de question constitutionnelle. Par ailleurs, à mon avis, un accusé n'a pas non plus le droit en vertu de la *Charte*, que ce soit en invoquant le droit à un procès équitable ou le droit à une défense pleine et entière, de présenter une preuve qui entrave et dénature l'appréciation des faits au procès. Comme corollaire, les notions de «procès équitable» ou de «défense pleine et entière» ne reconnaissent pas non plus à l'accusé un droit de présenter toute preuve qui pourrait donner lieu à un acquittement. De telles propositions confèrent à l'art. 7 et à l'al. 11d) une interprétation très restrictive et enlèvent un contenu significatif aux notions d'«équité» et de «principes de justice fondamentale». Je suis d'accord avec la critique que Sheehy, précité, aux p. 774 et 775, fait de cette interprétation étroite des garanties constitutionnelles:

[TRADUCTION] ... l'argument d'«équité» invoqué par l'accusé laisse supposer non seulement que la preuve est objectivement «pertinente», mais aussi qu'elle peut être utilisée à juste titre pour découvrir la vérité sur ce qui s'est passé entre l'accusé et la victime [. . .] De toute évidence, la diffamation de la victime comme défense a eu un succès considérable dans les cas où la preuve sur le comportement de la victime peut être utilisée à l'appui de stéréotypes culturels négatifs.

... [il existe une] nécessité de faire un effort réaliste et intelligent pour comprendre l'«équité» par rapport aux réalités concrètes du processus pénal et à la vie des

and men implicated, rather than theoretical deprivations of *Charter* rights. [Emphasis added.]

This Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, held that the principles of fundamental justice are “found in the basic tenets of our legal system.” As such, it is plain that the narrow propositions referred to above misconstrued the scope of ss. 7 and 11(d). Indeed, parameters developed at common law, which restrict admissibility, go further towards safeguarding fairness than does their absence. As La Forest J. proposed in *Corbett*, *supra*, at p. 744, “the principle of relevancy, helps to ensure that the trial is conducted fairly and that justice is done.” Relevance along with other exclusionary rules developed at common law have had an important hand in shaping the notion of “fairness”. Although I may disagree with his view of the relevance of evidence of past sexual history, I nevertheless agree with the argument of D. Haxton, “Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence” (1985), *Wis. L. Rev.* 1219, at pp. 1271-72, that:

The best method to determine whether admission is required by the Constitution is to apply the jurisdiction’s standard rules of evidence to the proffered sexual conduct evidence. Because standard rules of evidence are premised on general principles developed over many years, exclusions of evidence under those rules are almost always constitutionally justified.

As the provision at issue here excludes only irrelevant or prejudicial evidence, it passes constitutional muster. The accused, on any meaningful and purposive interpretation of the rights involved, has no right to adduce it. Rather than “render[ing] the ordinary rules of evidence inapplicable . . . [and putting] an accused charged with sexual assault in a separate and worse position than persons charged with other serious crimes” (Brooke J.A. dissenting in part at the Court of Appeal, at pp. 310-11), the sections ensure that the ordinary rules of evidence are applied. Parlia-

femmes et des hommes concernés, plutôt qu’à des atteintes théoriques aux droits garantis par la *Charte*. [Je souligne.]

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a statué à la p. 503 que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique.» Il est donc évident que les propositions étroites susmentionnées conduisent à une interprétation erronée de la portée de l’art. 7 et de l’al. 11d). En fait, les paramètres élaborés en common law, qui restreignent l’admissibilité de la preuve, visent davantage à protéger l’équité que ne le fait leur absence. Comme l’a proposé le juge La Forest dans l’arrêt *Corbett*, précité, à la p. 744 «le principe de la pertinence, contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue.» La pertinence et les autres règles d’exclusion élaborées en common law ont grandement contribué à la détermination de la notion de l’«équité». Bien que je ne partage pas son opinion concernant la pertinence de la preuve relative au comportement sexuel antérieur, je suis néanmoins d’accord avec l’argument de D. Haxton, «Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence» (1985), *Wis. L. Rev.* 1219, aux pp. 1271 et 1272:

[TRADUCTION] La meilleure façon de déterminer si la Constitution exige l’admission d’une preuve est d’appliquer les règles de preuve habituelles du ressort à la preuve présentée sur le comportement sexuel. Puisque les règles de preuve habituelles reposent sur des principes généraux élaborés au cours de nombreuses années, les exclusions de preuve établies en vertu de ces règles sont presque toujours justifiées sur le plan constitutionnel.

En l’espèce, puisque la disposition exclut seulement la preuve non pertinente ou préjudiciable, elle est acceptable du point de vue constitutionnel. Dans le cadre de toute interprétation significative et fondée sur l’objet des droits en question, l’accusé n’a pas le droit de présenter cette preuve. Plutôt que [TRADUCTION] «de rendre inapplicables les règles de preuve ordinaires [. . .] [et de mettre] la personne inculpée d’une agression sexuelle dans une situation distincte et pire que celle d’une personne accusée d’autres crimes graves» (le juge Brooke, dissident en partie,

ment has excluded no evidence that is not properly excluded both at common law and under the *Charter*.

Furthermore, the ss. 7 and 11(d) rights of an accused protect, in my view, not only the accused's interest in adducing all exculpatory evidence but other interests as well:

It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise, the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. [Emphasis added.]

(Reasons of La Forest J. (dissenting on other grounds) in *Corbett*, *supra*, at p. 745.)

The proposition that s. 7 and s. 11 rights involve the consideration of interests outside of the confined interests of the accused has been endorsed by a majority of this Court in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. In discussing the nature of the interests protected by s. 11(b) of the *Charter*, Cory J., for the majority, remarked at p. 1219:

Although the primary aim of s. 11(b) is the protection of the individual's rights and the provision of fundamental justice for the accused, nonetheless there is, in my view, at least by inference, a community or societal interest implicit in s. 11(b).

He further stated at p. 1221:

All members of the community are thus entitled to see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch. . . . The trial not only resolves the guilt or innocence of the individual, but acts as a reassurance to the community that serious crimes are investigated and that those implicated are brought to trial and dealt with according to the law.

Additional support for a broader analysis of the rights invoked by the appellants in this case can be found in s. 28 of the *Charter*. In the context of this

en Cour d'appel, aux pp. 310 et 311), les articles visent à assurer l'application des règles de preuve ordinaires. Le législateur n'a écarté aucune preuve qui ne l'avait pas déjà été à juste titre par la common law et la *Charte*.

En outre, les droits garantis à un accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) protègent, à mon avis, non seulement l'intérêt de l'accusé de présenter toute preuve disculpatoire mais aussi d'autres intérêts:

Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. [Je souligne.]

(Motifs du juge La Forest (dissentant pour d'autres motifs), dans l'arrêt *Corbett*, précité, à la p. 745.)

La proposition que les droits garantis par les art. 7 et 11 comportent l'examen d'intérêts autres que ceux de l'accusé a été acceptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Dans l'analyse de la nature des intérêts protégés par l'al. 11b) de la *Charte*, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, dit à la p. 1219:

Bien que le but premier de l'al. 11b) soit la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés, il comporte aussi implicitement, selon moi, un droit collectif ou social.

Il mentionne aussi à la p. 1221:

Tout citoyen est donc en droit de s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable [. . .] En plus de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le procès donne à la société l'assurance que les crimes graves font l'objet d'enquêtes et que ceux qui les commettent sont traduits en justice et traités selon la loi.

Un appui additionnel en faveur d'une analyse plus large des droits invoqués ici par les appelants nous est fourni par l'art. 28 de la *Charte*. Dans le contexte

case, this section would appear to mandate a constitutional inquiry that recognizes and accounts for the impact upon women of the narrow construction of ss. 7 and 11(d) advocated by the appellants.

While the exact nature of the other interests involved depends upon the nature and aspect of the right considered, it is clear from the above that the constitutional inquiry in this area is not confined to the narrow interests of the accused. (See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 327-29, *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-7, reasons for judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting.)

In the present case, the other interests envisaged by ss. 7 and 11(d) are not unlike those articulated by Cory J. in *Askov*, *supra*. The complainant, and indeed the community at large, have an interest in the reporting and prosecution of sexual offences. They also have a legitimate interest in ensuring that trials of such matters are conducted in a fashion that does not subordinate the fact-finding process to myth and stereotype. However, a discussion of the community or group interests involved is not strictly necessary as it is clear that the competing interest in this case, that of ensuring that trials and thus verdicts are based on fact and not on stereotype and myth, is not one belonging solely to any group or community but rather is an interest which adheres to the system itself; it maintains the integrity and legitimacy of the trial process. This interest is so closely intertwined with the interests of complainants and of the community that the distinction may be unimportant in reality:

Given the social science data . . . it should be recognised that these provisions prevent bias in the judicial fact finding process, which bias specifically operates to the

de la présente affaire, cet article semble justifier une analyse constitutionnelle qui reconnaisse l'incidence sur les femmes de l'interprétation étroite de l'art. 7 et de l'al. 11d) préconisée par les appelants et qui en tienne compte.

Bien que la nature exacte des autres intérêts concernés dépende de la nature et de l'aspect du droit visé, il ressort clairement de ce qui précède que l'analyse constitutionnelle dans ce cas n'est pas limitée aux seuls intérêts de l'accusé. (Voir aussi les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 327 à 329, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 à 407, les motifs du juge La Forest dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539 et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.)

En l'espèce, les autres intérêts envisagés par l'art. 7 et l'al. 11d) ne sont pas différents de ceux articulés par le juge Cory dans l'arrêt *Askov*, précité. Les plaignantes, d'ailleurs l'ensemble de la collectivité, ont un intérêt dans le dépôt des plaintes et dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel. Elles ont également un intérêt légitime à ce que les procès dans ce domaine se déroulent d'une façon qui ne subordonne pas l'appréciation des faits à des mythes et à des stéréotypes. Toutefois, il n'est pas strictement nécessaire de procéder à un examen des intérêts ici en jeu de la collectivité ou de groupes puisqu'il est clair que l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que les procès et donc les verdicts soient fondés sur des faits et non sur des stéréotypes et des mythes, n'appartient pas seulement à un groupe ou à une collectivité, mais qu'il constitue un intérêt inhérent au système; il maintient l'intégrité et la légitimité du déroulement des procès. Cet intérêt se rapproche si étroitement des intérêts des plaignants et de la collectivité que la distinction pourrait bien ne pas être importante en réalité:

[TRADUCTION] Compte tenu des données des sciences sociales [ . . . ] on devrait reconnaître que ces dispositions éliminent les préjugés dans le processus d'appréciation

disadvantage of women as individual complainants and as a social group. [Emphasis added.]

(Dawson, *supra*, at p. 333.)

The recognition and realization of the ss. 7 and 11(d) interest in maintaining the integrity of the trial process ensure the protection of these perhaps more "societal" interests as well.

Regardless of the effects of protecting this interest, it is clear that it merits consideration in the constitutional analysis. The contrary approach, the recognition of an unfettered right in the accused to adduce all relevant evidence, seriously misconstrues the phrase "principles of fundamental justice". Clearly, these principles have developed with an eye to values and interests beyond those of the accused (see the previous discussion of relevance and exclusionary rules), and thus such values and interests are pertinent in constitutional inquiries such as the one here. The contrary approach renders vacuous the fair trial and full answer and defence rights of an accused.

In coming to this conclusion, I am not unmindful of cases in which common law exclusions of evidence have been held to be inapplicable in situations where they impinge upon an accused's ability to demonstrate his/her innocence; that, notwithstanding the importance of other interests, the accused's right to adduce evidence to demonstrate innocence was held to be primary and prevailed. (For example, the police informer privilege which protects the identity of the informer except in cases where such information could demonstrate that the accused was innocent; the solicitor-client privilege may yield in the same circumstances as the police informer privilege. In this regard, see respectively *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).) However, the *Charter* does not *prima facie* invalidate the host of exceptions to the general rule that all relevant evidence is admissible. Sopinka J. for the majority of this Court in *Dersch v. Canada (Attorney General)*,

des faits, préjugés qui défavorisent spécifiquement les femmes en tant que plaignantes individuelles et que groupe social. [Je souligne.]

<sup>a</sup> (Dawson, précité, à la p. 333.)

<sup>b</sup> La reconnaissance et la réalisation des objectifs de l'art. 7 et de l'al. 11d) quant au maintien de l'intégrité du procès assurent également la protection de ces intérêts peut-être plus «sociaux».

<sup>c</sup> Quels que soient les effets de la protection de cet intérêt, il est clair qu'il faut en tenir compte dans l'analyse constitutionnelle. La démarche contraire, soit la reconnaissance d'un droit absolu de l'accusé de présenter tout élément de preuve pertinent, constitue une interprétation sérieusement défectueuse de l'expression «principes de justice fondamentale». Il est évident que l'évolution de ces principes s'est faite en fonction de valeurs et d'intérêts qui vont au-delà de ceux de l'accusé (voir l'analyse précédente des règles de pertinence et d'exclusion); ces valeurs et intérêts sont donc pertinents dans le cadre d'une analyse constitutionnelle comme celle-ci. La démarche contraire rend vides de sens les droits d'un accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière.

<sup>f</sup> En arrivant à cette conclusion, je ne suis pas indifférente aux cas où les exclusions de preuve établies par la common law ont été jugées inapplicables dans des situations où elles empiètent sur la capacité d'un accusé d'établir son innocence; nonobstant l'importance des autres intérêts, le droit de l'accusé de présenter une preuve visant à établir son innocence a été jugé fondamental et a été maintenu. (Par exemple, le privilège à l'égard des indicateurs de police qui protège l'identité de l'indicateur, sauf dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur pourrait aider à démontrer l'innocence de l'accusé; le privilège du secret professionnel de l'avocat peut être écarté dans les mêmes circonstances que celui à l'égard des indicateurs de police. À cet égard, voir respectivement *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494 et *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).) Toutefois, la *Charte* n'invalide pas de prime abord la série d'exceptions à la règle générale que toutes les preuves pertinentes



[1990] 2 S.C.R. 1505, discussed the scope of an accused's right to full answer and defence at p. 1515:

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence.

Moreover, the situation here differs in a fundamental respect from those above. The provision in the instant case by and large excludes only that which is irrelevant. That small category of sexual history evidence which is relevant and not admissible under any of the exceptions is excluded for a number of reasons, one of which lies in its demonstrated distortion of the trial process. Sexual history evidence excluded by the provision is either irrelevant or so prejudicial that its minimal probative value is overwhelmed by its distorting effect. It operates as a catalyst for the invocation of stereotype about women and about rape, such that the entire trial process is distorted and fairness, in any meaningful sense, is subverted. Thus, the argument that an accused is prevented from adducing all relevant evidence going to innocence has little weight in this inquiry and must give way to other considerations.

Social science research findings contradict assertions that sexual conduct evidence assists the fact-finding process or the test for "judicial truth". Far from being relevant to ensuring a "fair" hearing or a full defence, the introduction of sexual history evidence may advantage the accused in a way that is not related to innocence. Such evidence has a non-neutral impact on the trial process. [Emphasis added.]

(Dawson, *supra*, at p. 330.)

Unless one accepts the paradoxical assertion that an accused has the right to a biased verdict, or that the principles of fundamental justice constitutionalize

sont admissibles. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, analyse l'étendue du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, à la p. 1515:

Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple en vertu des règles du oui-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence.

Par ailleurs, la situation diffère ici fondamentalement des cas susmentionnés. Dans la majorité des cas, la disposition contestée exclut seulement les éléments de preuve non pertinents. La faible catégorie de preuve sur le comportement sexuel antérieur qui est pertinente, mais non admissible en vertu des exceptions prévues, est exclue pour un certain nombre de raisons, notamment parce qu'il a été établi qu'elle dénature le déroulement du procès. La preuve sur le comportement sexuel antérieur exclue par la disposition est soit non pertinente soit tellement préjudiciable que son effet dénaturant l'emporte sur sa valeur probante minimale. Cette preuve sert de catalyseur pour invoquer des stéréotypes au sujet des femmes et du viol d'une façon qui dénature tout le déroulement du procès et bouleverse l'équité, dans le plein sens du terme. Par conséquent, l'argument selon lequel un accusé ne peut présenter toutes les preuves pertinentes servant à établir son innocence n'a que peu de valeur dans la présente analyse et doit céder le pas à d'autres considérations:

[TRADUCTION] Les résultats des recherches en sciences sociales viennent contredire les allégations que la preuve concernant le comportement sexuel contribue à l'appréciation des faits ou à l'application du critère de la «vérité judiciaire». Loin de garantir une audience «équitable» ou une défense pleine et entière, la présentation d'une preuve sur le comportement sexuel peut favoriser l'accusé d'une façon qui n'a aucun lien avec l'innocence. Ce genre de preuve a sur le procès une incidence qui n'est pas neutre. [Je souligne.]

(Dawson, précité, à la p. 330.)

Sauf si l'on admet la prétention paradoxale qu'un accusé a droit à un verdict partial ou que les principes de justice fondamentale constitutionnalisent l'appli-

the discriminatory application of the law, the provisions cannot be constitutionally impugned. In my view, interpreting the guarantees of the *Charter* in a manner that systematically excludes considerations of the harm done by the evidence sought to be elicited by the accused may, ironically, operate to undermine and trivialize notions of fairness.

### Section 1

Although, strictly speaking, it is unnecessary for me to engage in a discussion of s. 1, I will nonetheless make some brief comments in order to make it plain that the *Code* provision, even if found to be unconstitutional in its effect, is justified.

This Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, provided the analysis to be undertaken in determining whether a limit is demonstrably justified.

Briefly stated, the party attempting to uphold the legislation must establish that: (a) the objective which the limit is designed to serve is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right; and (b) the means chosen to attain the objective are reasonable and demonstrably justified, in that (1) the measures designed to meet the legislative objective must be rationally connected to the objective, (2) the means used should impair as little as possible the right or freedom in question, and (3) there must be a proportionality between the effects of the means chosen and the legislative objective.

As I have discussed earlier, the provision at issue in this case formed but a part of a much larger reform effort on the part of Parliament. Parliament articulated four principles that animated this package: the protection of the integrity of the person; the protection of children and special groups; the safeguarding of public decency; and the elimination of sexual discrimination. It is obvious that in respect of the provision at issue in this case, the goal of Parliament was to eliminate sexual discrimination in the trials of sexual offences through the elimination of irrelevant and/or prejudicial sexual history evidence. A further legislative goal, intimately linked to the first, is to

cation discriminatoire de la loi, les dispositions ici en cause sont incontestables sur le plan constitutionnel. À mon avis, interpréter les garanties de la *Charte* d'une façon qui empêche systématiquement de considérer le préjudice entraîné par la preuve que l'accusé tente de présenter peut, paradoxalement, saper et banaliser les notions d'équité.

### L'article premier

Bien qu'il ne me soit, à proprement parler, pas nécessaire de procéder à l'analyse en vertu de l'article premier, je ferai néanmoins certains commentaires succincts afin d'établir clairement que la disposition du *Code*, même si déclarée inconstitutionnelle de par son effet, est justifiée.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, notre Cour propose l'analyse qui doit être effectuée pour déterminer si la justification d'une restriction peut se démontrer.

En termes succincts, la partie qui tente de justifier la disposition en question doit démontrer que: a) l'objectif que vise à servir la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution; et b) les moyens choisis sont raisonnables et leur justification peut se démontrer, c'est-à-dire que (1) les mesures conçues pour atteindre l'objectif législatif doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif, (2) le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures choisies et l'objectif législatif.

Comme je l'ai déjà dit, la disposition contestée s'inscrit dans le cadre d'un effort de réforme beaucoup plus large de la part du législateur. Celui-ci a énoncé quatre principes qui animent cette réforme: la protection de l'intégrité de la personne; la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes; la défense des bonnes mœurs et l'élimination de la discrimination sexuelle. Pour ce qui est de la disposition ici en litige, il est évident que le législateur visait à supprimer la discrimination sexuelle dans les procès pour infraction d'ordre sexuel par l'élimination des preuves non pertinentes ou préjudiciables, ou les deux, concernant le comportement sexuel anté-

encourage women to report their victimization. My discussion of sexual assault at the outset makes it clear that a factor that loomed large in the failure of women to report, and police to classify complaints as “founded” and in the high rate of acquittal was the admission of evidence of prior sexual history into trials of sexual offences. Such evidence triggered the application of discriminatory beliefs and stereotypes about women and about rape. Attempting to rid the law, in this area, of discrimination and attempting to increase the reporting of a crime that occurs with staggering frequency in this society are obviously sufficiently important objectives to warrant overriding a right of the accused.

While it is, in my view, clear that the objectives of Parliament in enacting this provision are sufficiently important to warrant restricting the rights of an accused, the congruence of Parliament’s goals with other *Charter* values strengthens this conclusion. As Wilson J. noted in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

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*.

I have made it clear throughout these reasons that the reform of the laws of sexual assault in general, and s. 276 in particular, is informed by a dedication to the goal of the eradication of sexual discrimination in the prosecution of sexual offences. Sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mirror the values which motivate the intervention of Parliament. These values have a legitimate role in shaping the s. 1 inquiry:

rieur. Un autre objectif législatif, étroitement lié au premier, est d’inciter les femmes à signaler les agressions dont elles sont victimes. Dans mon analyse de l’agression sexuelle au début, je fais ressortir clairement que, dans les procès pour infraction d’ordre sexuel, l’admission de preuves sur le comportement sexuel antérieur constitue un facteur qui a joué un rôle de premier plan dans la décision des femmes de ne pas porter plainte, dans le nombre de plaintes classées comme «fondées» par la police et dans le taux élevé d’acquittements. De telles preuves ont déclenché l’application de croyances et de stéréotypes discriminatoires au sujet des femmes et du viol. Tenter d’éliminer la discrimination des règles de droit dans ce domaine, et tenter d’inciter au dépôt de plaintes relativement à un crime malheureusement fort répandu dans notre société sont évidemment des objectifs législatifs suffisamment importants pour justifier la suppression d’un droit de l’accusé.

Quoiqu’à mon avis, il soit clair que le législateur avait, lors de l’adoption de la disposition en question, des objectifs suffisamment importants pour justifier de restreindre les droits d’un accusé, l’harmonie des objectifs poursuivis par le législateur avec les autres valeurs de la *Charte* vient renforcer cette conclusion. Comme l’indique le juge Wilson dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

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*.

J’ai clairement indiqué tout au long de ces motifs que la réforme de l’ensemble des dispositions en matière d’agression sexuelle, et plus particulièrement de l’art. 276, a été suscitée par un engagement d’éliminer la discrimination sexuelle dans les poursuites relatives aux infractions d’ordre sexuel. Les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* reflètent les valeurs qui ont incité le Parlement à intervenir. Ces valeurs jouent un rôle légitime dans l’enquête en vertu de l’article premier:

... the effects of entrenching a guarantee of equality in the *Charter* are not confined to those instances where it can be invoked by an individual against the state. In so far as it indicates our society's dedication to promoting equality, s. 15 is also relevant in assessing the aims of [the provisions] of the *Criminal Code* under s. 1.

... la constitutionnalisation de la garantie de l'égalité a des effets qui vont au-delà des cas où cette garantie peut être invoquée par un individu contre l'État. Pour autant qu'il manifeste l'engagement de notre société à la promotion de l'égalité, l'art. 15 est en outre pertinent pour évaluer en vertu de l'article premier les objets [des dispositions] du *Code criminel*.

... promoting equality is an undertaking essential to any free and democratic society. ... The principles underlying s. 15 of the *Charter* are thus integral to the s. 1 analysis.

... favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique [...] Les principes sous-tendant l'art. 15 de la *Charte* sont donc partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier.

In light of the *Charter* commitment to equality, and the reflection of this commitment in the framework of s. 1, the objective of the impugned legislation is enhanced in so far as it seeks to ensure the equality of all individuals in Canadian society.

Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne.

(Reasons for judgment of Dickson C.J. in *R. v. Keegstra*, *supra*, at pp. 755-56.)

(Motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, aux pp. 755 et 756.)

The importance of Parliament's objectives in the reform of the law of sexual assault is amplified by the nature of the harm done (discussed at length at the beginning of these reasons) and by the fact that its legislative effort gives voice to values that are paramount in a free and democratic society. In the words of McIntyre J. for the Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171:

L'importance des objectifs du Parlement dans le cadre de la réforme des dispositions législatives en matière d'agression sexuelle est amplifiée par la nature du préjudice causé (que j'ai analysé en détail au début de ces motifs) et par le fait que les efforts du législateur ont permis de faire ressortir les valeurs qui sont importantes à l'intérieur d'une société libre et démocratique. Comme l'affirmait le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

The objectives underlying s. 276 easily satisfy the first stage of the s. 1 inquiry.

Les objectifs qui sous-tendent l'art. 276 franchissent facilement la première étape de l'analyse en vertu de l'article premier.

The next stage in the analysis requires an examination of the proportionality of the measures and, as the first question, asks whether the measures are rationally connected to the objective. Again, my earlier dis-

La prochaine étape de l'analyse nécessite un examen de la proportionnalité des mesures et, comme à l'égard de la première question, il faut se demander si les mesures ont un lien rationnel avec l'objectif en

cussion of the demonstrated effect that sexual history evidence has upon triers of fact shows that the *Code* provision is rationally connected to Parliament's objective. The *Code* provision excludes evidence that promotes the invocation of stereotype about women and about sexual assault. Such evidence invites triers of fact to indulge themselves in a determination of the extent to which the complainant measures up to the current stereotypes about women and myths about rape. The fact that this happens is irrefutable. As my previous discussion demonstrates, the fact that it impacts negatively upon rates of reporting and "founded" rates and inflates rates of acquittal is also irrefutable. At all stages of the inquiry into the complaint, decisions are made about whether the complaint should proceed. The answer at all stages of the inquiry, as this earlier discussion also showed, lies in the ability of the complainant to conform to discriminatory beliefs. Often, in order to justify this screening process, reference is made to the fact that such beliefs will be applied at trial thus "justifying" decisions to ferret out all those undeserving complainants prior to trial. It is only reasonable then to conclude that any efforts on the part of Parliament to exclude sexual history evidence at trial, evidence which is largely irrelevant and nevertheless biased, are rationally connected to the stated objectives of ridding the law in this area of discriminatory beliefs and encouraging the increased reporting of such offences.

It is my view that the measures, as well as being rationally connected to the objectives, impair the rights of the accused as little as possible. The words of Dickson C.J. for the majority in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1137-38, are particularly apposite:

It is legitimate to take into account the fact that earlier laws and considered alternatives were thought to be less effective than the legislation that is presently being challenged. When Parliament began its examination of the subject of street soliciting, it was presented with a spectrum of views and possible approaches. . . . In making a

question. Encore une fois, l'analyse que j'ai faite de l'effet manifeste que la preuve d'un comportement sexuel a sur les juges des faits illustre bien que la disposition du *Code* a un lien rationnel avec l'objectif du Parlement. La disposition du *Code* exclut la preuve qui suscite l'application de stéréotypes au sujet des femmes et de l'agression sexuelle. Ce genre de preuve incite les juges des faits à déterminer dans quelle mesure la plaignante correspond aux stéréotypes entourant les femmes et aux mythes relatifs au viol. Il s'agit là d'un fait irréfutable. Comme mon analyse antérieure le démontre, il est également irréfutable que cette preuve influe négativement sur le taux des plaintes et sur celui des plaintes jugées «fondées» et accroît le taux d'acquittements. À toutes les étapes de l'enquête entourant la plainte, des décisions sont prises pour savoir si l'on doit y donner suite. La réponse à toutes ces étapes, comme le démontrent également mes propos antérieurs, réside dans l'aptitude de la plaignante à se conformer à ces croyances discriminatoires. Souvent, afin de justifier ce processus de filtrage, on fait allusion au fait que ces croyances seront appliquées au cours du procès, «justifiant» ainsi les décisions de découvrir avant le procès toutes les plaignantes peu méritantes. Il n'est que raisonnable alors de conclure que les efforts déployés par le Parlement pour exclure, lors du procès, la preuve sur le comportement sexuel, preuve qui est en grande partie non pertinente et néanmoins partiale, ont un lien rationnel avec les objectifs mentionnés visant à faire disparaître du droit dans ce domaine les croyances discriminatoires et à inciter au dépôt de plaintes relativement à ces infractions.

J'estime que ces dispositions, en plus d'avoir un lien rationnel avec les objectifs, portent le moins possible atteinte aux droits d'un accusé. Les propos du juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1137 et 1138 sont particulièrement pertinents:

Il est légitime de tenir compte du fait que certaines lois antérieures et d'autres solutions envisagées ont été jugées moins efficaces que la disposition législative actuellement contestée. Lorsque le Parlement a commencé son examen de la question de la sollicitation de rue [. . .] lui ont présenté un éventail de points de vue et

choice to enact s. 195.1(1)(c) as it now reads, Parliament had to try to balance its decision to criminalize the nuisance aspects of street soliciting and its desire to take into account the policy arguments regarding the effects of criminalization of any aspect of prostitution. The legislative history of the present provision and, in general, of legislation directed to street solicitation is both long and complicated. The legislative scheme that was eventually implemented and has now been challenged need not be the "perfect" scheme that could be imagined by this Court or any other court. Rather, it is sufficient if it is appropriately and carefully tailored in the context of the infringed right. [Emphasis added.]

I have previously detailed the legislative efforts of Parliament in combatting discriminatory application of the law in trials of sexual offences. It has abrogated certain discriminatory doctrines developed at common law, repealed discriminatory requirements placed on complainants through legislation and attempted to align the admission of evidence of past sexual history with traditional evidentiary principles developed at common law. Resistance to legislative efforts and the continued utilization of stereotypical beliefs required the intervention of Parliament on a second occasion. This second legislative effort culminated in the provisions at issue here.

In the process of drafting legislation to replace the failed s. 142, numerous interest groups presented their views on the issue and Parliament canvassed a number of suggested changes to the legislation. Parliament did not rely solely upon external representations in order to produce alternatives but also initiated research on its own motion in an attempt to strike an appropriate balance of the interests involved. In the face of the numerous options presented, Parliament opted for this one. In the face of a previous legislative provision that was emasculated by the courts and on the heels of this, the continued application of stereotype, Parliament's measured and considered response was to codify those situations wherein sexual history evidence may be both relevant and sufficiently probative such that its

de façons différentes d'aborder la question. En choisissant d'adopter l'al. 195.1(1)c) tel qu'il existe actuellement, le Parlement a dû tenter d'établir un équilibre entre sa décision de criminaliser les éléments de nuisance de la sollicitation de rue et sa volonté de tenir compte des arguments de politique concernant les effets de la criminalisation d'un aspect de la prostitution. L'histoire législative de la disposition actuelle et, en général, de la législation qui vise la sollicitation de rue est à la fois longue et complexe. Le régime législatif finalement mis en œuvre et maintenant contesté n'a pas à être le régime «parfait» que notre Cour ou toute autre cour pourrait imaginer. Il suffit qu'il soit adéquatement et soigneusement adapté au contexte du droit qui est violé. [Je souligne.]

J'ai déjà analysé en détail les efforts législatifs déployés par le Parlement pour lutter contre l'application discriminatoire de la loi dans les procès pour infraction d'ordre sexuel. Mentionnons l'abrogation de certaines doctrines discriminatoires élaborées en common law et exigences discriminatoires imposées aux plaignantes aux termes de dispositions législatives ainsi que la tentative de rendre compatibles les règles concernant l'admission de la preuve sur le comportement sexuel antérieur et les principes traditionnels en matière de preuve élaborés en common law. La résistance manifestée à l'égard des efforts législatifs et l'utilisation continue de croyances stéréotypées ont nécessité une seconde intervention du Parlement. C'est cette seconde intervention qui a donné lieu à l'adoption des dispositions contestées en l'espèce.

Dans le cadre de l'élaboration du texte législatif qui allait remplacer l'infructueux art. 142, de nombreux groupes d'intérêt ont présenté leurs points de vue sur la question et le Parlement a sollicité des opinions relativement à certains des changements proposés. Le Parlement ne s'est pas seulement fié aux observations extérieures pour élaborer des solutions de rechange mais il a aussi procédé de lui-même à des travaux de recherche afin de tenter d'établir un équilibre entre les intérêts en présence. Parmi les nombreuses options qui se présentaient à lui, le Parlement a retenu celle que nous sommes actuellement en train d'analyser. Face à la disposition législative antérieure émasculée par les tribunaux et, de ce fait, à l'application continue des stéréotypes, la réponse mesurée et réfléchie du Parlement fut de codifier les

admission was warranted. Parliament exhibited a marked, and justifiedly so, distrust of the ability of the courts to promote and achieve a non-discriminatory application of the law in this area. In view of the history of government attempts, the harm done when discretion is posited in trial judges and the demonstrated inability of the judiciary to change its discriminatory ways, Parliament was justified in so choosing. My attempt to illustrate the tenacity of these discriminatory beliefs and their acceptance at all levels of society clearly demonstrates that discretion in judges is antithetical to the goals of Parliament.

While some degree of latitude must be accorded to the legislative choice of Parliament due to the troubled history that informed its choice, the fact that Parliament had to choose between the interests of competing groups also requires such an approach. This is not a typical situation where the government and accused persons have squared off or where the government is "best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed" (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *infra*, at p. 994). Rather it is plain that Parliament, in coming to its legislative decision, weighed the claims of different groups and attempted to do that which best balanced their concerns. These circumstances of the legislative decision require that the impugned provisions be accorded a special place in the s. 1 analysis:

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude. In *Edwards Books and Art Ltd.*,

cas où la preuve concernant le comportement sexuel antérieur peut être à la fois pertinente et suffisamment probante pour en justifier l'admission. Le législateur a fait montre d'une méfiance marquée, et justifiée, à l'égard de l'aptitude des tribunaux à promouvoir et à atteindre une application non discriminatoire des règles de droit dans ce domaine. Vu l'historique des tentatives du gouvernement, le préjudice entraîné par le fait de confier aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire et l'inaptitude démontrée des tribunaux à changer leurs pratiques discriminatoires, le choix du législateur était justifié. Les efforts que j'ai faits pour illustrer le caractère tenace des croyances discriminatoires et leur acceptation à tous les échelons de la société font clairement ressortir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges est à l'opposé des objectifs du Parlement.

Bien que l'on doive accorder un certain degré de latitude au choix du législateur compte tenu du contexte historique qui a entouré ce choix, le fait qu'il devait choisir entre les intérêts de groupes concurrents nécessite aussi une telle approche. Il ne s'agit pas là d'une situation typique où le gouvernement et les personnes accusées sont en situation opposée ou encore où le gouvernement devient «plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé» (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *infra*, à la p. 994). Il est clair plutôt que le législateur, pour en arriver à sa décision, a tenu compte des revendications de divers groupes et qu'il a tenté d'établir un équilibre qui correspondait le mieux aux divers intérêts en jeu. En raison des circonstances ayant entouré cette décision législative, il faut accorder aux dispositions contestées une importance spéciale dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier:

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir. Dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a exprimé une préoccupation impor-

*supra*, Dickson C.J. expressed an important concern about the situation of vulnerable groups (at p. 779):

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

(Reasons of Dickson C.J. for the majority in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993.)

Due to the concerns underlying the passage of this legislation and the extensive efforts of Parliament to assess the viability of a number of means, this is not a situation where the courts are better situated than or even as well situated as Parliament to determine whether the "least drastic means" has been chosen. The appropriate standard of review at this stage of the proportionality inquiry is thus one of reasonableness, i.e., whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislative solution they chose impaired the right as little as possible given the government's pressing and substantial objective. It is clear from my reasons to this point that the legislative choice is, at a minimum, in the realm of the reasonable.

I have already dismissed the argument that the means would have been better tailored had they left discretion in trial judges. As I said above, the nature of the problem facing Parliament did not admit of a solution through the exercise of discretion of trial judges. History demonstrates that it was discretion in trial judges that saturated the law in this area with stereotype. My earlier discussion shows that we are not, all of a sudden, a society rid of such beliefs, and hence, discretionary decision making in this realm is

tante en ce qui concerne la situation des groupes vulnérables (à la p. 779):

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

(Motifs du juge en chef Dickson, au nom de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993.)

En raison des préoccupations sous-jacentes à l'adoption du texte législatif en question et des importants efforts déployés par le Parlement pour évaluer la viabilité d'un certain nombre de moyens, il ne s'agit pas d'un cas où les tribunaux sont en meilleure position ni même dans une position aussi avantageuse que le Parlement pour déterminer si les «moyens les moins radicaux» ont été choisis. Le critère approprié d'examen à cette étape de l'analyse de la proportionnalité doit donc être celui du caractère raisonnable, savoir si le gouvernement avait un fondement raisonnable pour conclure que la solution législative choisie portait le moins possible atteinte au droit en question compte tenu d'un besoin urgent et réel. Il ressort clairement de mes motifs que le choix retenu par le législateur se situe, tout au moins, dans les limites du raisonnable.

J'ai déjà rejeté l'argument que les moyens auraient été mieux circonscrits en laissant un pouvoir discrétionnaire aux juges. Comme je l'ai déjà dit, la nature du problème avec lequel se trouvait aux prises le législateur fédéral ne permettait pas une solution prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du procès. L'histoire démontre que c'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. Mon analyse antérieure illustre que nous ne sommes pas tout à coup une société débarrassée de ces croyances et, par conséquent, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à



absolutely antithetical to the achievement of government's pressing and substantial objective.

This Court has, on a prior occasion, considered the decision of Parliament to remove discretion from trial judges in certain provisions of the reform package. In *Canadian Newspapers Co.*, *supra*, this Court considered the publication ban provided by s. 442 of the *Criminal Code*. On application by the complainant or the prosecutor the trial judge is required to make an order that the identity of the complainant and any information that could reveal it shall not be published. Lamer J. (as he then was), for the Court, discussed the argument that there should be some discretion in trial judges in order to impair as little as possible the right or freedom in question. At pages 131-33, Lamer J. rejected this argument:

When considering all of the evidence adduced by appellant, it appears that, of the most serious crimes, sexual assault is one of the most unreported. The main reasons stated by those who do not report this offence are fear of treatment by police or prosecutors, fear of trial procedures and fear of publicity or embarrassment. Section 442(3) is one of the measures adopted by Parliament to remedy this situation, the rationale being that a victim who fears publicity is assured, when deciding whether to report the crime or not, that the judge must prohibit upon request the publication of the complainant's identity or any information that could disclose it. Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive . . . Assuming that there would be lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it.

. . . one is forced to admit that an absolute ban on publication is the only means to reach the desired objective. . . the discretionary ban is not an option as it is not

fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement.

Notre Cour a, dans une autre affaire, analysé la décision du législateur de retirer aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire dans le cadre de certaines dispositions du programme de réforme. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co.* précité, notre Cour a analysé l'interdiction de publication prévue à l'art. 442 du *Code criminel*. Sur demande du plaignant ou du poursuivant, le juge du procès doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier l'identité du plaignant ou tout renseignement qui permettrait de la découvrir. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la Cour, examine l'argument que les juges du procès devraient bénéficier d'un certain pouvoir discrétionnaire de façon à réduire au minimum les atteintes au droit ou à la liberté en question. Aux pages 131 à 133, le juge Lamer rejette cet argument:

Au vu de l'ensemble de la preuve produite par l'appelante, il appert que, parmi les crimes très graves, l'agression sexuelle est l'un de ceux qui est le moins souvent signalé. D'après les personnes qui se sont abstenues de dénoncer cette infraction, les principales raisons en sont la crainte quant au traitement que leur réserverait la police ou la poursuite, la crainte des procédures judiciaires ainsi que la crainte de la publicité ou de l'humiliation. Le paragraphe 442(3) est l'une des mesures qu'a adoptées le Parlement pour remédier à cette situation. L'idée est de faire en sorte qu'une victime qui craint la publicité puisse être certaine, lorsqu'elle décide si elle va ou non dénoncer le crime, que le juge est tenu d'interdire sur demande la publication de l'identité du plaignant ou de renseignements permettant de la découvrir. De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace [ . . . ] À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférerait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur.

. . . force est de reconnaître que ce n'est que par une interdiction absolue de publication que l'objectif visé peut être atteint [ . . . ] le pouvoir discrétionnaire de pro-

effective in attaining Parliament's pressing goal.  
[Emphasis added.]

Much the same can be said of the provision here. In order to effectively combat sex discrimination and increase reporting Parliament has, through this provision, attempted to eliminate the application of discriminatory beliefs at trials of sexual offences. The traditional approach, with discretion in trial judges as regards the admission of sexual history evidence, was, for good reason, rejected. As the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, *supra*, at p. 73 noted, provisions which leave discretion in the hands of trial judges are "... innocuous. They have failed to enhance the protection afforded to the complainant at common law." The point is also well put by Sheehy, *supra*, at p. 782:

What is clear ... is that no common law system of discretion can possibly achieve the legislative objectives. ... The best we can hope for will be diverse interpretations of the circumstances in which certain evidence is "relevant" and constitutes a "constitutional exemption". These interpretations will vary from trial judge to trial judge across the country. The worst we might receive are expansive interpretations of "relevance" which will be detrimental to women both individually and collectively. This is of particular concern, given that the abysmal record of the Canadian judiciary under the common law, and under the modified common law regime of the old section 142, was the impetus for the revocation of judicial discretion by Parliament. [Emphasis added.]

Parliament was faced with a historical record which demonstrated that this discretion was abused and exercised in a discriminatory fashion by trial judges and with overwhelming social science research that says things have not changed. In this context, the notion that Parliament could have, in the name of minimal impairment, awarded a discretion to trial judges, loses sight altogether of the objective that has been found to be pressing and substantial. In the words of Lamer C.J. in *R. v. Chaulk*, [1990]

noncer l'interdiction [...] n'est pas une solution puisque ce n'est pas un moyen efficace d'atteindre le but urgent visé par le législateur fédéral. [Je souligne.]

On peut en grande partie reprendre les mêmes propos à l'égard de la disposition attaquée en l'espèce. Afin de lutter efficacement contre la discrimination sexuelle et d'inciter au dépôt de plaintes, le législateur a, au moyen de la disposition en question, tenté d'éliminer l'application de croyances discriminatoires au cours des procès pour infractions d'ordre sexuel. La démarche traditionnelle, qui accordait aux juges des procès le pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve sur le comportement sexuel antérieur, fut à juste titre rejetée. Comme l'a fait remarquer le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, précité, à la p. 84, les dispositions qui laissent aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire «se sont révélées sans grand effet. Elles n'ont pas réussi à accroître la protection que la *common law* assurait à la victime.» Sheehy, précité, fait également ressortir ce point à la p. 782:

[TRADUCTION] Il est évident [...] qu'aucun système de pouvoir discrétionnaire de common law ne peut permettre d'atteindre les objectifs législatifs [...] Nous pouvons tout au mieux espérer que l'on donnera des interprétations différentes aux circonstances où certaines preuves sont «pertinentes» et constituent une «exemption constitutionnelle». Ces interprétations varieront d'un juge du procès à l'autre à l'intérieur du pays. Le pire serait une interprétation large de la «pertinence» qui porterait atteinte aux femmes à la fois individuellement et collectivement. Ceci est particulièrement inquiétant puisque ce sont les antécédents abominables de la magistrature canadienne sous le régime de la common law et de la common law modifiée de l'ancien article 142 qui ont suscité la révocation par le législateur du pouvoir discrétionnaire des juges. [Je souligne.]

Le législateur était en présence d'un dossier démontrant que ce pouvoir discrétionnaire avait été exercé de façon abusive et discriminatoire par les juges des procès et d'importantes recherches en sciences sociales établissant que les choses n'avaient pas changé. Dans ce contexte, la notion selon laquelle le législateur aurait pu, en invoquant l'atteinte minimale, accorder un pouvoir discrétionnaire aux juges du procès ne tient aucun compte de l'objectif qui a été jugé urgent et réel. Selon le juge en chef Lamer

3 S.C.R. 1303, at p. 1341, "when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the 'same' objective or would achieve the same objective as effectively." It is clear then that Parliament has, in enacting ss. 276 and 277, made a constitutionally permissible choice.

The last stage of the s. 1 analysis requires an examination of whether the effects of the measure are so deleterious that they outweigh the importance of the objective. In my view, the exclusion of largely irrelevant and highly prejudicial sexual history evidence does not significantly entrench upon an accused's right to a fair trial or an accused's right to make full answer and defence. Wide avenues of admissibility are still open to an accused under the provision to adduce evidence of sexual history that is both relevant and sufficiently probative that its admission is not outweighed by its discriminatory effect. Confining the accused to such evidence goes little distance towards the conclusion that the last stage in the proportionality inquiry is not met. Parliament has accorded more than due weight to the accused's constitutional rights in enacting s. 276. It follows that, in my view, the provision, to the extent (if any) that it is unconstitutional in its effect, is easily upheld under s. 1.

In summary, sexual history evidence excluded by s. 276 of the *Criminal Code* is mostly irrelevant and, moreover, so prejudicial that its exclusion both at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is mandated. Neither s. 7 nor s. 11(d), upon a principled inquiry, directs a different conclusion. However, even assuming that s. 276 is unconstitutional in its effect, it is easily justified under s. 1. In my view, once the constitutional questions are viewed within their larger context, the conclusions reached in these reasons are absolutely uncontentious.

dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1341: «lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le «même» objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace.» Il est donc évident que le législateur a fait un choix que lui permettait la Constitution lors de l'adoption des art. 276 et 277.

La dernière étape de l'analyse en vertu de l'article premier consiste à déterminer si les effets préjudiciables de la mesure sont trop importants par rapport à l'objectif. À mon avis, l'exclusion d'une preuve sur le comportement sexuel qui est en grande partie non pertinente et qui est hautement préjudiciable n'empiète pas de manière importante sur le droit de l'accusé à un procès équitable ou sur son droit à une défense pleine et entière. La disposition en question permet de bien d'autres façons à l'accusé de présenter des preuves sur le comportement sexuel qui sont pertinentes et suffisamment probantes pour que leur effet discriminatoire n'en écarte pas l'admission. Le fait de limiter l'accusé à présenter ce genre de preuve contribue peu à la conclusion que la dernière étape du critère de la proportionnalité n'a pas été respectée. Le législateur a accordé plus que l'importance requise aux droits constitutionnels de l'accusé lors de l'adoption de l'art. 276. À mon avis, il s'ensuit que la disposition législative dans la mesure où elle est inconstitutionnelle (si elle l'est) de par son effet, se justifie facilement en vertu de l'article premier.

Bref, la preuve concernant le comportement sexuel antérieur exclue par l'art. 276 du *Code criminel* est dans la plupart des cas non pertinente et, de plus, elle est tellement préjudiciable que son exclusion est justifiée tant par la common law que par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni l'article 7 ni l'al. 11(d), après une analyse fondée sur les principes, ne permettent d'arriver à une conclusion différente. Toutefois, même en supposant que l'art. 276 soit inconstitutionnel de par son effet, il se justifie facilement en vertu de l'article premier. À mon avis, lorsque les questions constitutionnelles sont analysées dans ce large contexte, les conclusions que je tire en l'espèce sont tout à fait incontestables.

Although for me the questions pertaining to the constitutional exemption and the effect of striking down s. 276 do not arise, I will nevertheless, before disposing of these appeals, make some brief remarks in respect of them.

My colleague, McLachlin J., articulates three reasons for her rejection of the "doctrine of constitutional exemption" in this case: namely, (1) it would not substantially uphold the law and the will of the legislature would become increasingly obscured; (2) applying the doctrine would be indistinguishable in result from striking down the legislation; and (3) applying the doctrine in this case would be difficult. It seems to me, however, that the same rationales highlight the infirmity of the guidelines suggested by the majority with respect to the admission of evidence of prior sexual history. More particularly, the objectives of Parliament in enacting the legislation, identified earlier in these reasons, are ill served by the guidelines. The view that the objectives of Parliament and the values of the *Charter* are better served in this fashion ignores the larger context within which the guidelines will be applied. Furthermore, as a full discussion of this context shows, any optimism that the guidelines will be effectively and consistently applied in a manner that is cognizant of both the objectives of Parliament and the infirmities of the common law is badly misplaced. My final objection to the guidelines, as my previous discussion indicates, is that they are entirely too broad and support the very stereotype and myth that they are meant to eradicate.

#### Disposition and Answers to the Constitutional Questions

For these reasons, I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Whether s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Bien qu'à mon avis les questions de l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle et de l'effet de l'annulation de l'art. 276 ne se posent pas, je ferai néanmoins quelques commentaires à ce sujet avant de terminer.

Ma collègue, le juge McLachlin énonce trois motifs pour lesquels la «doctrine de l'exemption constitutionnelle» ne peut recevoir application en l'espèce: (1) elle ne permettrait pas substantiellement de confirmer la disposition législative et elle rendrait de plus en plus obscure l'intention du législateur; (2) l'application de cette doctrine aurait le même résultat que l'annulation de la disposition, et (3) cette doctrine serait difficile d'application en l'espèce. Il me semble que ces mêmes motifs mettent en relief les lacunes des lignes directrices que propose la Cour, à la majorité, en ce qui concerne l'admission de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Plus particulièrement, les lignes directrices ne permettent pas d'atteindre les objectifs visés par le législateur lors de l'adoption de la disposition législative, objectifs que j'ai déjà soulignés. Le point de vue selon lequel les objectifs du législateur et les valeurs de la *Charte* seront ainsi mieux servis ignore le contexte plus global dans lequel les lignes directrices seront appliquées. Par ailleurs, comme l'illustre l'examen détaillé de ce contexte, il serait malavisé d'envisager avec optimisme que les lignes directrices seront appliquées efficacement et uniformément d'une façon qui tienne compte des objectifs du législateur et des lacunes de la common law. Finalement, mon objection à ces lignes directrices, comme l'indique mon analyse antérieure, tient au fait qu'elles sont beaucoup trop vagues et appuient les stéréotypes et les mythes qu'elles sont censées faire disparaître.

#### Dispositif et réponses aux questions constitutionnelles

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Question 1: L'article 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2: If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof?

Answer: Yes.

It is not necessary for me to answer the further issues raised in these appeals.

*Appeals dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant Seaboyer: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Gayme: Waldin, de Kenedy, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McMillan, Binch, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund et al.: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*

Question 2: Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Oui.

Il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions soulevées dans les présents pourvois.

*Pourvois rejetés, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelant Seaboyer: Keith E. Wright, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant Gayme: Waldin, de Kenedy, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province d'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant du procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: McMillan, Binch, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*

**Jules Jobidon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JOBIDON

File No.: 21238.

1991: March 28; 1991: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Assault — Consent — Fist fights — Victim killed by accused in consensual fist fight — Court of Appeal setting aside accused's acquittal on charge of manslaughter — Whether absence of consent essential element of offence of assault — Whether there are common law limitations on consent applying to fist fights where bodily harm is intended and caused — Criminal negligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 222, 265.*

The accused was charged with manslaughter, through the offence of assault, following a fist fight. The fight started in a bar. The victim had been prevailing when the owner separated them and told the accused to leave. He left and waited outside in the parking lot. When the victim came out, a crowd of people gathered around them to see the fight. While both men stood facing each other, the accused struck the victim with his fist, hitting him with great force on the head, knocking him backwards onto the hood of a car. The accused continued forward and, in a brief flurry, struck the victim repeatedly on the head. The victim rolled off the hood and lay limp. He was taken to the hospital where he died. At trial, the accused was found not guilty of manslaughter. The judge held that the victim's consent to a "fair fight" negated assault, and held further that the accused had not been criminally negligent. The Court of Appeal set aside the acquittal and substituted a guilty verdict on the charge of manslaughter. This appeal raises the issue as to whether absence of consent is an element which must be proved by the Crown in all cases of assault under s. 265 of the *Criminal Code* or whether there are common law limitations which restrict or negate the legal

**Jules Jobidon** *Appelant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. JOBIDON

N<sup>o</sup> du greffe: 21238.

1991: 28 mars; 1991: 26 septembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Voies de fait — Consentement — Bagarres à coups de poing — Victime tuée par l'accusé dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants — Annulation par la Cour d'appel de l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — L'absence de consentement est-elle un élément essentiel de l'infraction de voies de fait? — Existe-t-il en common law des limites quant au consentement applicables aux bagarres à coups de poing lorsque des lésions corporelles sont voulues et causées? — Négligence criminelle — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 222, 265.*

L'accusé a été inculpé d'homicide involontaire coupable en se livrant à des voies de fait, à la suite d'une bagarre à coups de poing. La bagarre a débuté dans un bar. La victime avait le dessus lorsque le propriétaire les a séparés et a demandé à l'accusé de quitter les lieux. Il est sorti et a attendu dehors, dans le stationnement. Lorsque la victime est sortie une foule de gens s'est rassemblée autour d'eux pour assister à la bagarre. Alors que les deux hommes se tenaient debout face à face, l'accusé a asséné à la victime un coup de poing violent à la tête et l'a fait tomber à la renverse sur le capot d'une voiture. L'accusé a continué à s'avancer et, en une brève volée, il a de nouveau frappé plusieurs fois la victime à la tête. La victime a roulé par terre et est demeurée immobile. Elle a été transportée à l'hôpital où elle est morte. Au procès, l'accusé a été acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge a conclu que le consentement de la victime à une bagarre loyale écartait les voies de fait, et il a en outre jugé que l'accusé n'était pas coupable de négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé le verdict de non-culpabilité et l'a remplacé par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Ce pourvoi soulève la ques-

effectiveness of consent in certain types of cases. A secondary issue is whether the accused could be convicted of manslaughter on a basis other than that of an unlawful act of assault.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Section 265 of the *Code* should be read in light of the common law limitations on consent. Section 265 sets out a general rule that one cannot commit assault if the other person agrees to the application of force. However, while s. 265 states that all forms of assault, including assault causing bodily harm, are covered by the general rule, it does not define the situations or forms of conduct or eventual consequences which the law will recognize as being valid objects of consent for the purpose of the offence. The common law has generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and which can shelter an assailant from the sanctions of the criminal law. Section 8 of the *Code* indicates that common law principles continue to apply to the extent that they are not inconsistent with the *Code* or other Act of Parliament and have not been altered by them. In particular, s. 8(3) of the *Code* expressly provides that exculpatory defences continue so to operate to exclude criminal liability.

Limits on consent to assault have long been recognized by English and Canadian courts. Although there is no clear position in the modern Canadian common law, when one takes into account the combined English and Canadian jurisprudence, when one keeps sight of the common law's persistence to limit the legal effectiveness of consent to a fist fight, and when one understands that s. 265 has always incorporated that persistence, the scale tips heavily against the validity of a person's consent to the infliction of bodily injury in a fight. The relevant common law policy considerations also support that conclusion. It is not in the public interest that adults should willingly cause harm to one another without a good reason. There is no social value in fist fights or

tion de savoir si l'absence de consentement est un élément qui doit être prouvé par le ministère public dans tous les cas de voies de fait visés à l'art. 265 du *Code criminel* ou s'il existe en common law des limites qui restreignent ou nient l'effet juridique du consentement dans certains cas. Il s'agit, en second lieu, de savoir si l'accusé pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour un autre motif que les voies de fait.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'article 265 du *Code* devrait être interprété à la lumière des limites imposées au consentement par la common law. L'article 265 énonce une règle générale, à savoir qu'il ne peut pas y avoir voies de fait si l'autre personne consent à ce que la force soit utilisée. Toutefois, bien que l'art. 265 énonce que toutes les espèces de voies de fait, y compris celles causant des lésions corporelles, sont visées par la règle générale, il ne définit pas les circonstances, les formes de conduite ni les conséquences éventuelles qui seront légalement reconnues comme étant des objets légitimes de consentement pour les fins de l'infraction. La common law a engendré un ensemble de règles juridiques visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et qui peuvent protéger l'assaillant contre les sanctions du droit criminel. L'article 8 du *Code* prévoit que les principes de common law continuent de s'appliquer dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le *Code* ou une autre loi fédérale ou modifiés par eux. En particulier, le par. 8(3) du *Code* prévoit expressément que les moyens de défense disculpatoires continuent à s'appliquer de façon à exclure la responsabilité criminelle.

Les tribunaux anglais et canadiens reconnaissent depuis longtemps des limites au consentement dans le cas des voies de fait. Quoiqu'il n'existe pas de position claire dans la common law canadienne contemporaine, si on prend en considération la jurisprudence tant anglaise que canadienne, si l'on songe que, pendant des siècles, la common law a persisté à limiter l'effet juridique du consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing et si l'on comprend que l'art. 265 a toujours fait état de cette persistance, la balance penche fortement contre la validité du consentement à se faire infliger des lésions corporelles au cours d'une bagarre. Les considérations de principe pertinentes de common law appuient également cette conclusion. Il n'est pas

street brawls. These activities may even lead to serious breaches of the public peace.

Here, the victim's consent to a fair fight did not preclude commission of the offence of assault under s. 265 of the *Code*. The limitation demanded by s. 265 vitiates consent between adults intentionally to apply force causing serious hurt or non-trivial bodily harm to each other in the course of a fist fight or brawl. This is the extent of the limit which the common law requires in the factual circumstances of this appeal. This formulation will not affect the validity or effectiveness of freely given consent to rough sporting activities carried out according to the rules of the game, medical or surgical treatment, or dangerous exhibitions by qualified stuntmen.

The provisions of the *Code* have not ousted the common law limitations on consent. First, Parliament, by setting out factors that may vitiate consent in s. 265(3) of the *Code*, did not intend to replace any common law rules that might have negated the legal effectiveness of consent to an act which would otherwise constitute assault. That list merely made concrete basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. The history of our criminal law reveals that codification did not replace common law principles of criminal responsibility, but in fact reflected them. That history also reveals that limitations on consent based on public policy existed before the codification of Canada's criminal law and they have not been ousted by statutory revisions and amendments made to the *Code*. Accordingly, even if it could be concluded that s. 265(3) negated the applicability of common law rules which describe when consent to assault will be vitiated for involuntariness or defects in the will underlying the apparent consent, it would not follow that those amendments erased limitations based on public policy. Parliament, if it had so intended, would have stated that intention. Section 8(3) of the *Code* strongly suggests preservation of the common law approach to consent in assault. Second, by specifying in s. 265(2) that s. 265 is to apply to all forms of assault, Parliament did not intend to eliminate the common law prescription of objects or forms of conduct to which legally effective consent may not be given. Rather, Parliament sought to ensure that the basic elements of the offence of assault in s. 265(1)(a) to (c), the circumstances listed in s. 265(3) for vitiating consent due to a coerced or mis-

dans l'intérêt public que des adultes se blessent mutuellement, et ce, volontairement, sans raison valable. Les bagarres à coups de poing et les batailles de rues n'ont aucune valeur sociale. Ces activités peuvent aussi entraîner des troubles graves à la paix publique.

En l'espèce, le consentement de la victime à un combat loyal n'a pas empêché la perpétration de l'infraction de voies de fait visée à l'art. 265 du *Code*. La limite que requiert l'application de l'art. 265 invalide le consentement entre adultes à l'utilisation intentionnelle de la force pour s'infliger mutuellement des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles au cours d'une rixe ou d'une bagarre à coups de poing. Telle est l'étendue de la limite prescrite par la common law en l'espèce. Cette formulation n'influera pas sur la validité ou l'effet du consentement donné librement à des activités sportives violentes menées selon les règles du jeu, à un traitement médical ou chirurgical, ou à des spectacles dangereux de cascadeurs qualifiés.

Les dispositions du *Code* n'ont pas supprimé les limites imposées au consentement par la common law. Premièrement, en énonçant au par. 265(3) du *Code* des facteurs susceptibles de vicier le consentement, le législateur n'avait pas l'intention de remplacer toute règle de common law susceptible d'invalider l'effet juridique du consentement à un acte qui constituerait par ailleurs des voies de fait. Cette liste a simplement concrétisé les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissait depuis des siècles le droit criminel en Angleterre et au Canada. L'histoire de notre droit criminel montre que la codification n'a pas remplacé les principes de responsabilité criminelle existant en common law, mais en est le reflet. Cet historique montre également que les limites imposées au consentement, fondées sur l'intérêt public, existaient avant la codification du droit criminel canadien et n'ont pas été supprimées par les refontes du *Code* et les modifications qu'il a subies. Par conséquent, même s'il était possible de conclure que le par. 265(3) écarte l'application des règles de common law qui décrivent les cas dans lesquels le consentement à des voies de fait est vicié parce qu'il n'a pas été donné volontairement, ou parce qu'il est entaché la volonté qui sous-tend le consentement apparent, cela ne voudrait pas dire que ces modifications ont eu pour effet de supprimer les limites fondées sur l'intérêt public. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention. Le paragraphe 8(3) du *Code* laisse fortement supposer qu'il y a lieu de préserver la façon dont la common law aborde le consentement en matière de voies de fait. Deuxièmement, en précisant, au par. 265(2), que l'art. 265 doit s'appliquer à toutes les espèces de voies de fait, le législateur n'a pas voulu éli-



informed volition, and the required state of mind for raising a defence in s. 265(4), would be applied without exception, irrespective of the peculiar form of assault.

While a fist fight constitutes a situation in which the concept and term "assault" fit quite naturally, criminal negligence is less well tailored to that kind of situation. In a fist fight, there is an obvious intention to apply force to the other person. This conscious regard for some level of harmful consequence to the physical integrity of another person distinguishes assault from criminal negligence, where there is actually a disregard for the likely impact of one's conduct on the other's physical safety.

*Per Sopinka and Stevenson JJ.:* Consent cannot be read out of the offence: it is a fundamental element of many criminal offences, including assault, and the statutory provision creating the offence of assault explicitly provides for the element of consent. The victim's consent, while it cannot transform a crime into lawful conduct, is a vital element in determining what conduct constitutes a crime. The absence of consent is an essential ingredient of the *actus reus* and is often confused with the defence of honest belief in consent which relates not to the *actus reus* of the offence but to the *mens rea* or mind state of the accused. An honest belief that there was consent may constitute a defence even though there was no consent.

Parliament extended the principle that an absence of consent is necessary to all assaults, except murder, in order to make the criminal law more certain. Section 265 was neither to outlaw consensual fighting nor to allow it if the trial judge thought it socially useful in the circumstances. Rather, s. 265 makes the absence of consent a requirement in the offence and restricts that consent to situations where force has been intentionally applied and where the victim has clearly and effectively

miner les règles de common law concernant les objets ou formes de conduite auxquels il est impossible de donner un consentement ayant effet juridique. Le législateur a plutôt cherché à s'assurer que s'appliqueraient sans exception, indépendamment du genre de voies de fait commises, les éléments fondamentaux de l'infraction de voies de fait énoncés aux al. 265(1)a) à c), les circonstances énumérées au par. 265(3) où le consentement est vicié s'il a été donné par contrainte ou d'une manière mal informée, et l'état d'esprit requis pour qu'un moyen de défense puisse être invoqué selon le par. 265(4).

Bien qu'une bagarre à coups de poing constitue une situation dans laquelle la notion et l'expression de «voies de fait» s'appliquent d'une manière tout à fait naturelle, la négligence criminelle se prête moins bien à ce genre de situation. Dans une bagarre à coups de poing, une personne a l'intention évidente d'utiliser la force contre une autre. La conscience de certaines conséquences préjudiciables possibles pour l'intégrité physique de l'adversaire distingue les voies de fait de la négligence criminelle, puisque, dans ce dernier cas, la personne ne fait aucun cas des répercussions probables de sa conduite sur la sécurité physique de l'autre personne.

*Les juges Sopinka et Stevenson:* Le consentement ne peut pas être isolé de l'infraction parce qu'il constitue un élément essentiel de beaucoup d'infractions criminelles, dont les voies de fait, et que la disposition législative qui crée l'infraction de voies de fait prévoit expressément l'élément du consentement. S'il ne peut transformer un crime en un comportement licite, le consentement donné par la victime est un élément fondamental pour déterminer quel comportement constitue un crime. L'absence de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus* et on la confond souvent avec le moyen de défense fondé sur la croyance sincère qu'il y a eu consentement, lequel se rapporte non pas à l'*actus reus* de l'infraction mais à la *mens rea* ou à l'état d'esprit de l'accusé. La croyance sincère qu'il y a eu consentement peut constituer un moyen de défense même s'il n'y a pas eu consentement.

Le Parlement a étendu le principe qu'une absence de consentement est nécessaire à toutes les voies de fait, attaques ou agressions, à l'exception du meurtre, dans le but de préciser cet aspect du droit criminel. L'article 265 n'est pas conçu pour proscrire les bagarres entre adversaires consentants ni pour les autoriser si un juge les croit socialement utiles dans les circonstances. Plutôt, l'art. 265 fait de l'absence de consentement une condition de l'infraction et limite ce consentement aux utilisa-

consented free of coercion and misrepresentation. The scope of consent to an assault must be closely scrutinized. The trial judge must decide whether that consent applied to the activity which is the subject of the charge instead of evaluating the utility of the activity. The more serious the assault, the more difficult it should be to establish consent.

The absence of consent cannot be swept away by a robust application of judge-made policy. Use of the common law to eliminate an element of the offence that is required by statute is more than interpretation and is contrary to the letter and spirit of s. 9(a) of the *Code* which provides that no person should be convicted of an offence at the common law.

Given the danger inherent in the violent activity in this case, the scope of the consent required careful scrutiny. The trial judge found that the victim's consent did not extend to a continuation of the fight once he had lost consciousness. The accused, by continuing to pummel the victim after he knew the victim was unconscious, knowingly acted beyond the ambit of the victim's consent. Given the finding that the accused committed an assault and given that the victim died as a result of that unlawful act, the accused is guilty of manslaughter under ss. 222(5)(a) and 234 of the *Criminal Code*.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Considered:** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534; *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207; **approved:** *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442; *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1 (Ont. C.A.), aff'd [1949] S.C.R. 658; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.), rev'd on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13; *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511; *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480; *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294; **disapproved:** *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324; *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390; *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193; **referred to:** *Bradley v. Coleman* (1925),

tions intentionnelles de la force à l'égard desquelles la victime a donné un consentement clair et véritable, libre de toute coercition ou présentation inexacte des faits. La portée du consentement à des voies de fait doit faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès doit examiner le consentement afin de déterminer s'il visait l'activité qui fait l'objet de l'accusation, au lieu de tenter d'évaluer l'utilité de l'activité. Plus les voies de fait sont graves, plus il devrait être difficile de prouver qu'il y a eu consentement.

L'absence de consentement ne peut être écartée par l'application énergique d'une politique conçue par des juges. Le recours à la common law pour éliminer un élément de l'infraction qui est exigé par la loi constitue plus que de l'interprétation et va à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'al. 9a) du *Code* qui prévoit que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction en common law.

Vu le danger inhérent à l'activité violente dans la présente affaire, la portée du consentement devait faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès a conclu que le consentement de la victime ne s'étendait pas à la poursuite de la bagarre une fois qu'elle avait perdu connaissance. En continuant de rouer la victime de coups après s'être rendu compte qu'elle était inconsciente, l'accusé a outrepassé sciemment le consentement de la victime. Vu la conclusion que l'accusé a commis des voies de fait et que la victime est décédée des suites de cet acte illicite, l'accusé est coupable d'homicide involontaire coupable en vertu de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code criminel*.

### Jurisprudence

§ Citée par le juge Gonthier

**Arrêts examinés:** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534; *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207; **arrêts approuvés:** *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442; *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1 (Ont. C.A.), conf. [1949] R.C.S. 658; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.), inf. pour d'autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13; *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511; *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480; *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294; **arrêts critiqués:** *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324; *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Abraham* (1974), 26 C.R.N.S. 390; *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109; *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193; **arrêts mentionnés:** *Bradley v. Coleman*

28 O.W.N. 261; *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257; *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1; *R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b; *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438; *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16; *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874; *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 290.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 205, 244 [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 21; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 6], 14, 83 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 186 (Sch. IV, item 1)], 150.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.) s. 1], 159 [ad. *idem*, s. 3], 222, 234, 265, 267(2), 286.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 230.  
*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 258.  
*Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100.

#### Authors Cited

Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.  
 Canada. Law Reform Commission. *Towards a Codification of Canadian Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1976.  
 Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1987.  
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. *Assault*. Ottawa: The Commission, 1984.  
 Clarkson, C. M. V. and H. M. Keating. *Criminal Law: Text and Materials*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

(1925), 28 O.W.N. 261; *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257; *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1; *R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b; *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438; *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16; *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874; *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Lemieux v. La Reine*, [1967] R.C.S. 492; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

#### Lois et règlements cités

*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 9 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 6; mod. ch. 1 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 18 (ann. I, n<sup>o</sup> 3)], 14, 83 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 186 (ann. IV, n<sup>o</sup> 1)], 150.1 [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.) art. 1], 159 [aj. *idem*, art. 3], 222, 234, 265, 267(2), 286.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 230.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 290.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 7, 205, 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19].  
*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 258.  
*Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100.

#### Doctrines citées

Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.  
 Canada. Commission de réforme du droit. *Problématique d'une codification du droit pénal canadien*. Ottawa: La Commission, 1976.  
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.  
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. *Les voies de fait*. Ottawa: La Commission, 1984.  
 Clarkson, C. M. V. and H. M. Keating. *Criminal Law: Text and Materials*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.

- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1978.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Parker, Graham. "The Origins of the Canadian Criminal Code". In David H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I. Toronto: University of Toronto Press, 1981.
- Russell on Crime*, vol. 1, 12th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons, 1964.
- Stephen, Sir James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1978.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Parker, Graham. «The Origins of the Canadian Criminal Code». In David H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I. Toronto: University of Toronto Press, 1981.
- Russell on Crime*, vol. 1, 12th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons, 1964.
- Stephen, Sir James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 45 C.C.C. (3d) 176, 67 C.R. (3d) 183, 30 O.A.C. 172, allowing the Crown's appeal from a judgment of Campbell J. (1987), 36 C.C.C. (3d) 340, 59 C.R. (3d) 203, acquitting the accused on a charge of manslaughter. Appeal dismissed.

*Brian H. Greenspan*, for the appellant.

*W. J. Blacklock* and *J. Klukach*, for the respondent.

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

GONTHIER J.—At issue in the present appeal is the role of consent in the criminal offence of assault. More particularly, the issue is whether the absence of consent is an essential element of this offence when it relates to a fist fight where bodily harm is intentionally caused.

#### I—Statement of Facts

The appellant, Jules Jobidon, was charged with manslaughter for the unlawful act of killing Rodney

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 45 C.C.C. (3d) 176, 67 C.R. (3d) 183, 30 O.A.C. 172, qui a accueilli l'appel du ministre public contre un jugement du juge Campbell (1987), 36 C.C.C. (3d) 340, 59 C.R. (3d) 203, qui avait acquitté l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Pourvoi rejeté.

*Brian H. Greenspan*, pour l'appelant.

*W. J. Blacklock* et *J. Klukach*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE GONTHIER—Ce pourvoi soulève la question du rôle du consentement dans le cas de l'infraction criminelle de voies de fait. En particulier, il s'agit de savoir si l'absence de consentement est un élément essentiel de cette infraction dans le cadre d'une bagarre à coups de poing où des lésions corporelles sont intentionnellement infligées.

#### I—Exposé des faits

L'appelant, Jules Jobidon, a été accusé d'homicide involontaire coupable pour avoir tué Rodney Hag-

Haggart—through the offence of assault (alternatively, through an act of criminal negligence). The incident leading to the charge was a fist fight between the two men, in a parking lot outside a hotel near Sudbury, Ontario, on September 19, 1986. At the date of the killing, Rodney Haggart was 25 years old. He had consumed some beer. His blood alcohol level, measured a few hours after the incident, was 160 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood, but the trial judge found that Haggart appeared “perfectly fine” and “perfectly normal”. Jobidon, a young, fit and powerful man, had also been drinking beer prior to the fight, but in the opinion of the trial judge was not inebriated.

The two men initiated their aggression in the bar of the hotel. With his brother and a few friends, Haggart was celebrating his impending marriage. He approached Jobidon, who was also in the hotel with friends, and started a fight with him. Haggart was larger than the appellant, and had previous training as a boxer. In this first encounter, Haggart was prevailing when the owner of the hotel separated the combatants and told Jobidon and his brother to leave the hotel. Jobidon and Haggart exchanged angry words in the lobby, and the trial judge found that the two men agreed the fight was not over.

Jobidon and his brother waited outside in the parking lot. When the Haggart party exited the hotel their respective older brothers began fighting at the far end of the lot. Jobidon and Haggart argued. A crowd of people, many of whom had come outside to see the fight, gathered around them.

While Haggart and Jobidon stood facing each other, Jobidon struck Haggart with his fist, hitting him with great force on the head and face. Haggart was knocked backward onto the hood of a car. The trial judge determined that Haggart was rendered unconscious by this initial punch and that he appeared to be “out cold”. He was not moving and offered no resistance to the appellant.

garg—en se livrant à des voies de fait (ou, subsidiairement, en commettant un acte de négligence criminelle). L'accusation a été portée à la suite d'une bagarre à coups de poing survenue entre les deux hommes, dans un stationnement situé à l'extérieur d'un hôtel, près de Sudbury (Ontario), le 19 septembre 1986. Au moment où il a été tué, Rodney Haggart avait 25 ans. Il avait consommé de la bière. Son taux d'alcoolémie, mesuré quelques heures après l'incident, était de 160 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, mais le juge du procès a conclu que Haggart paraissait [TRADUCTION] «parfaitement bien» et [TRADUCTION] «parfaitement normal». Jobidon, un jeune homme robuste et en forme, avait également bu de la bière avant la bagarre, mais de l'avis du juge du procès, il n'était pas en état d'ébriété.

Les deux hommes ont commencé à se battre dans le bar de l'hôtel. Avec son frère et quelques amis, Haggart célébrait son mariage imminent. Il a accosté Jobidon, qui était également à l'hôtel avec des amis, et a commencé à se battre avec lui. Haggart était plus gros que l'appelant et il s'était déjà entraîné comme boxeur. Pendant cette première rencontre, Haggart a eu le dessus, mais le propriétaire de l'hôtel a séparé les adversaires et a demandé à Jobidon et à son frère de quitter l'hôtel. Jobidon et Haggart ont échangé des paroles hostiles dans le hall et le juge du procès a conclu que les deux hommes avaient convenu que la bagarre n'était pas terminée.

Jobidon et son frère ont attendu dehors, dans le stationnement. Lorsque les copains de Haggart sont sortis de l'hôtel, leurs frères aînés respectifs ont commencé à se battre à l'autre bout du stationnement. Jobidon et Haggart se disputaient. Une foule de gens, dont un bon nombre étaient sortis pour assister à la bagarre, se sont rassemblés autour d'eux.

Pendant que Haggart et Jobidon se tenaient debout face à face, Jobidon a asséné un coup de poing à Haggart, le frappant violemment à la tête et au visage. Haggart est tombé à la renverse sur le capot d'une voiture. Le juge du procès a conclu que Haggart avait perdu connaissance à la suite de ce premier coup de poing et qu'il semblait être [TRADUCTION] «dans les pommes». Il ne bougeait pas et il ne se défendait pas.

Immediately after throwing that first punch, Jobidon continued forward. In a brief flurry lasting no more than a few seconds he struck the unconscious victim a further four to six times on the head. The trial judge found that there was no interval between Haggart's fall and the continued punching. The punches were part of "one single continuing transaction . . . one fluid event, punctuated by specific blows". The judge noted that the most reliable witness testified that it all happened so quickly he thought Haggart would bounce off the hood and resume the fight.

Instead, Haggart rolled off the hood and lay limp. He was taken to the hospital in a coma, where he died of severe contusions to the head. Medical evidence showed that he had sustained extensive bruising and abrasions to the head and neck. It was determined that the cause of death was one or more of the punches he had received at the hand of the appellant in the parking lot.

The trial judge found that Jobidon did not intend to kill Haggart, nor did he intend to cause the deceased serious bodily harm. However, the possibility of injury more serious than a bruise or bloody nose, such as a broken nose, was contemplated. Jobidon intentionally hit Haggart as hard as he could, but believed he was fighting fair. He did not depart intentionally from the kind of fight that Haggart had consented to. Jobidon believed that Haggart had consented to a fair fight, the object of which was to hit the other man as hard as physically possible until that person gave up or retreated. The trial judge also found that, although mistaken, and not supported by objective facts, Jobidon honestly believed that after Haggart had been struck onto the hood of the car he was merely stunned, but still capable of fighting back, and still trying to fight.

Jobidon was tried before a judge of the Supreme Court of Ontario, and was found not guilty of manslaughter: (1987), 36 C.C.C. (3d) 340. The judge held that Haggart's consent negated assault, and held further that Jobidon had not been criminally negligent.

Dès qu'il eut assené ce premier coup de poing, Jobidon a continué à s'avancer. En une brève volée, qui n'a pas duré plus de quelques secondes, il a de nouveau frappé la victime évanouie quatre à six fois à la tête. Le juge du procès a conclu qu'il ne s'était pas écoulé de temps entre le moment où Haggart était tombé et celui où il avait reçu les autres coups. Ces derniers faisaient partie d' [TRADUCTION] «une seule opération continue [. . .] d'un seul événement fluide ponctué de coups précis». Le juge a fait remarquer qu'au dire du témoin qui était le plus digne de foi, tout était arrivé si rapidement que celui-ci croyait que Haggart rebondirait du capot et recommencerait à se battre.

Cependant, Haggart a roulé par terre et est demeuré immobile. Il a été transporté à l'hôpital dans le coma, où il est mort de graves contusions à la tête. Selon la preuve médicale, il avait de nombreuses ecchymoses et écorchures à la tête et au cou. On a conclu que la mort avait été causée par un ou plusieurs des coups de poing que l'appelant lui avait assénés dans le stationnement.

Le juge du procès a conclu que Jobidon n'avait pas eu l'intention de tuer Haggart ni l'intention de le blesser grièvement. Toutefois, la possibilité de blessures plus graves qu'une ecchymose ou qu'un saignement de nez, un nez cassé par exemple, avait été envisagée. Jobidon avait intentionnellement frappé Haggart aussi fort que possible, mais il croyait que la bagarre était loyale. Il n'a pas intentionnellement fait autre chose que ce à quoi Haggart avait consenti. Jobidon croyait que Haggart avait consenti à un combat loyal, dont l'objet était de frapper l'adversaire aussi fort qu'il était physiquement possible de le faire jusqu'à ce que ce dernier abandonne la partie ou batte en retraite. Le juge du procès a également conclu que, bien qu'il se soit trompé et que les faits ne le justifient pas, Jobidon croyait honnêtement que lorsque Haggart est tombé sur le capot de la voiture, il était simplement étourdi, mais encore capable de riposter, et qu'il essayait encore de se battre.

Jobidon a subi un procès devant un juge de la Cour suprême de l'Ontario et il a été acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable: (1987), 36 C.C.C. (3d) 340. Le juge a conclu à l'absence de voies de fait, étant donné que Haggart avait donné

The respondent appealed the judge's holding of assault to the Ontario Court of Appeal, which allowed the appeal, set aside the acquittal, and substituted a guilty verdict on the charge of manslaughter: (1988), 45 C.C.C. (3d) 176.

### *Judgments in the Courts Below*

#### Supreme Court of Ontario (Campbell J.)

The trial judge noted that the charge of manslaughter was based on the offence of assault under s. 265 (formerly s. 244) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and that the Crown was required to prove each of the elements of assault to establish the offence of manslaughter.

The judge characterized the legal issue before him as "whether the consent of the deceased to a fair fist fight provides a defence for the accused" (p. 351). He noted that in England consent does not provide a defence to a charge of assault. Yet, after reviewing the case law, referring to both English and Canadian authorities, he concluded that he was bound by the decision of the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324 (Ont. C.A.), which held that the defence of consent applies to fist fights. Thus he defined the only material issue before him to be whether the accused went beyond the bounds of the consent. Here, given his finding that the appellant had neither intentionally nor factually exceeded the scope of the deceased's consent—in part because the shouts from the crowd that it was a "fair fight" bolstered the evidence of the accused—he held that there had been no assault. Therefore the appellant was not guilty of manslaughter.

son consentement; il a en outre jugé que Jobidon n'était pas coupable de négligence criminelle. L'intimée a interjeté appel de la décision du juge relativement aux voies de fait devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et l'a remplacé par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable: (1988), 45 C.C.C. (3d) 176.

#### *b Les jugements des tribunaux d'instance inférieure*

#### La Cour suprême de l'Ontario (le juge Campbell)

Le juge du procès a fait remarquer que l'accusation d'homicide involontaire coupable était fondée sur l'infraction de voies de fait prévue par l'art. 265 (autrefois l'art. 244) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et que le ministère public était tenu de prouver chacun des éléments de l'infraction de voies de fait en vue d'établir qu'il y avait eu homicide involontaire coupable.

Selon le juge, la question de droit dont il était saisi était de savoir [TRADUCTION] «si le consentement de la victime à un combat loyal à coups de poing peut servir de moyen de défense à l'accusé» (p. 351). Il a fait remarquer qu'en Angleterre, le consentement ne peut pas être invoqué comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait. Pourtant, après avoir examiné la jurisprudence et s'être reporté aux précédents anglais et canadiens, il a conclu qu'il était lié par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Dix* (1972), 10 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Ont.), à savoir que la défense de consentement s'applique aux bagarres à coups de poing. Par conséquent, la seule question importante à trancher était, selon lui, celle de savoir si l'accusé avait dépassé les limites du consentement. En l'espèce le juge, concluant notamment que les cris de [TRADUCTION] «combat loyal» venant de la foule appuyaient la preuve de l'accusé, a jugé que l'appellant n'avait dépassé ni intentionnellement ni en fait les limites du consentement de la victime, et il a donc jugé qu'il n'y avait pas eu de voies de fait. Par conséquent, l'appellant n'était pas coupable d'homicide involontaire coupable.

Ontario Court of Appeal

In a unanimous decision, five judges of the Ontario Court of Appeal overturned the trial judge's determination, substituting a verdict of guilty on the charge of manslaughter. The court disagreed with the trial judge's interpretation of the role of consent in the offence of assault. It concluded that, primarily for reasons of public policy, there are limitations on the extent of harmful conduct to which one may validly consent and thereby bar conviction for assault. The Court of Appeal held that the applicable limitations on consent are those described in the decision of the English Court of Appeal, Criminal Division, in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

The court read *Attorney General's Reference* as standing for the proposition that "the concept of consent is limited and extends only to the application of force where bodily harm is neither caused no[r] intended" (p. 181). Adoption of that approach entailed that, except for minor struggles, most fights will be unlawful regardless of consent. The Court of Appeal cited the following passage from p. 1059 of *Attorney General's Reference*:

... it is not in the public interest that people should try to cause or should cause each other actual bodily harm for no good reason. Minor struggles are another matter. So, in our judgment, it is immaterial whether the act occurs in private or in public; it is an assault if actual bodily harm is intended and/or caused. This means that most fights will be unlawful regardless of consent.

It also explicitly concluded that *R. v. Dix, supra*, which had accepted that absence of consent was a material element of the offence to be proved by the Crown, was wrongly decided.

Since the trial judge found that Jobidon had intended to cause bodily harm, and in fact caused death, the Court of Appeal held that the Crown was not obliged to prove absence of consent. Therefore,

La Cour d'appel de l'Ontario

Les cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont écarté à l'unanimité la décision du juge du procès et l'ont remplacée par un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. La cour n'a pas souscrit à l'interprétation donnée par le juge du procès au sujet du rôle du consentement dans le cas de l'infraction de voies de fait. Elle a conclu que, pour des raisons d'intérêt public principalement, il y a des limites au genre de conduite préjudiciable à laquelle une personne peut légitimement consentir et empêcher ainsi une déclaration de culpabilité de voies de fait. La Cour d'appel a jugé que les limites applicables au consentement sont celles définies par la Division criminelle de la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057.

Selon la cour, l'affaire *Attorney General's Reference* appuyait la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «la notion de consentement est limitée et ne peut aller au delà du cas de recours à la force ne causant pas et ne visant pas à causer des lésions corporelles» (p. 181). L'adoption de ce point de vue signifie que la plupart des bagarres, sauf les accrochages mineurs, sont illégales, indépendamment du consentement. La Cour d'appel a cité l'extrait suivant de la p. 1059 de l'affaire *Attorney General's Reference*:

[TRADUCTION] ... il n'est pas dans l'intérêt public que les gens s'infligent ou tentent de s'infliger mutuellement de véritables lésions corporelles sans raison valable. Les accrochages sont autre chose. À notre avis, il importe donc peu de savoir si l'acte a été commis en public ou en privé; il y a voies de fait lorsqu'il y a l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux. Cela veut dire que la plupart des bagarres sont illégales, indépendamment du consentement.

La cour a en outre expressément conclu que l'arrêt *R. v. Dix*, précité, reconnaissant que l'absence de consentement était un élément essentiel de l'infraction qu'il incombait au ministère public de prouver, était erroné.

Étant donné que, de l'avis du juge du procès, Jobidon avait eu l'intention d'infliger des lésions corporelles à la victime et avait, en fait, causé sa mort, la Cour d'appel a conclu que le ministère public n'était



since an unlawful act of assault had been committed, and had resulted in death, the elements of manslaughter had been made out, and the Crown's appeal of the acquittal was allowed.

### *Issues on Appeal*

There is one principal issue raised in this appeal; and one ancillary issue. The principal issue is whether absence of consent is a material element which must be proved by the Crown in all cases of assault or whether there are common law limitations which restrict or negate the legal effectiveness of consent in certain types of cases. A secondary issue is whether Jobidon could be convicted of manslaughter on a basis other than that of an unlawful act of assault.

Resolving the main issue calls for close scrutiny of the relevant statutory provisions and of the pertinent case law. Before moving to that analysis, it is helpful to outline the major arguments made by the parties in this Court.

### Appellant's Arguments

The appellant argued that the Ontario Court of Appeal erred in its interpretation of s. 265 of the *Criminal Code*. Rather than apply the common law understanding of the role of consent—which sometimes limits its effectiveness as a bar to assault—the court should have accorded full effect to Haggart's consent, as apparently required by s. 265(1)(a) of the *Code*.

Section 265(1)(a) states that an assault occurs when, "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly". Section 265(2) provides that "This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault." In the appellant's opinion, the trial judge's finding of consent meant that all the elements of the offence of assault had not been

pas tenu de prouver l'absence de consentement. Par conséquent, puisque des voies de fait avaient illicitement été commises et avaient entraîné la mort, l'existence des éléments de l'homicide involontaire coupable avait été établie et l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquiescement a été accueilli.

### *Questions portées en appel*

En l'espèce, il se pose une question principale ainsi qu'une question connexe. Il s'agit, en premier lieu, de savoir si l'absence de consentement est un élément essentiel qui doit être prouvé par le ministère public dans tous les cas de voies de fait ou s'il existe en common law des limites qui restreignent ou nient l'effet juridique du consentement dans certains cas. Il s'agit, en second lieu, de savoir si Jobidon pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour un autre motif que les voies de fait.

Pour trancher la question principale, il faut examiner de près les dispositions législatives et la jurisprudence pertinentes. Mais auparavant, il est utile de souligner les principaux arguments que les parties ont invoqués devant notre Cour.

### Les arguments de l'appellant

L'appellant soutient que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en interprétant l'art. 265 du *Code criminel*. Au lieu d'appliquer la façon dont la common law interprète le rôle du consentement—qui limite parfois l'efficacité de ce moyen de défense dans les cas de voies de fait—la cour aurait dû accorder plein effet au consentement exprimé par Haggart, comme le requiert apparemment l'al. 265(1)a) du *Code*.

En vertu de l'al. 265(1)a), commet des voies de fait quiconque «d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement». Le paragraphe 265(2) précise: «Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.» De l'avis de l'appellant, la conclusion du

proved. The appellant should therefore have been acquitted on that basis, since the legislature intended that consent should serve as a bar to conviction.

According to the appellant, the legislature could have specified that in certain situations, or in respect of certain forms of conduct, absence of consent would not be an operative element of the offence. It has done so with other offences. Parliament has provided that no person is entitled to consent to have death inflicted on him (s. 14). It restricted the concept in ss. 150.1 and 159 of the *Code* by denying defences to sexual offences based on a child's consent. It also did this in s. 286 by negating the validity of a young person's consent to abduction. But with the assault provisions in s. 265, it chose not to insert policy-based limitations on the role of consent. Moreover, in s. 265(3), Parliament expressly specified the circumstances in which consent would be vitiated on grounds of involuntariness, but the circumstances described in that subsection do not include the policy limitation applied to fist fights by the English Court of Appeal in the *Attorney General's Reference*, *supra*, and *infra*.

The appellant further observed that, in England, the crime of assault is not defined in a criminal code but in the common law, to which common law limitations and exceptions more naturally apply. In Canada, we have a code of general principles by which, it is presumed, ambiguity is to be construed in favour of the liberty of the subject.

Finally, the appellant argued that the Court of Appeal did not appropriately characterize the Canadian common law. In its opinion, the Canadian jurisprudence shows that one can effectively consent to the application of force in a fist fight even if bodily harm was intended and caused.

juge du procès à l'existence du consentement voulait dire que les éléments de l'infraction de voies de fait n'avaient pas tous été prouvés. L'appellant aurait donc dû être acquitté pour ce motif, étant donné que le législateur voulait que le consentement fasse obstacle à une déclaration de culpabilité.

Selon l'appellant, le législateur aurait pu préciser que, dans certains cas ou en ce qui concerne certaines formes de conduite, l'absence de consentement ne serait pas un élément déterminant de l'infraction. Il l'a fait à l'égard d'autres infractions. Le législateur a prévu que nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée (art. 14). Il a restreint la portée de cette notion aux art. 150.1 et 159 du *Code*, en refusant le moyen de défense fondé sur le consentement de l'enfant dans le cas d'une infraction sexuelle. Il l'a également fait à l'art. 286 en niant la validité du consentement d'une jeune personne dans les cas d'enlèvement. Cependant, avec les dispositions relatives aux voies de fait qui figurent à l'art. 265, il a choisi de ne pas apporter de limites de principe au rôle du consentement. En outre, au par. 265(3), le législateur a expressément précisé les cas dans lesquels le consentement serait vicié si la personne en cause l'avait donné contre son gré, mais les cas décrits dans ce paragraphe ne comprennent pas la limite de principe apportée, dans le cas des bagarres à coups de poing, par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Attorney General's Reference*, précitée et mentionnée plus loin.

En outre l'appellant fait observer qu'en Angleterre, le crime de voies de fait est défini non pas dans un code criminel, mais dans la common law, les limites et exceptions de la common law s'appliquant d'une manière plus naturelle en pareil cas. Au Canada, il existe un code de principes généraux selon lequel, présume-t-on, l'ambiguïté doit être tranchée en faveur de la liberté de l'individu.

Enfin, l'appellant soutient que la Cour d'appel n'a pas correctement interprété la common law canadienne. À son avis, la jurisprudence canadienne montre qu'une personne peut effectivement consentir à ce que la force soit utilisée dans une bagarre à coups de poing même si son adversaire a l'intention de lui infliger des lésions corporelles et lui en inflige.

Respondent's Arguments

In step with the Court of Appeal, the Crown argued that the overwhelming weight of common law authorities supports the position that one cannot validly consent to intentionally caused bodily harm in all circumstances, and that the law prohibits consent to street brawls or fist fights. It is not in the public interest that people should engage in these sorts of activities, so, on public policy grounds, the word "consent" in s. 265 of the *Code* should be read in light of the common law, which limits its applicability as a defence to assault. The Crown also noted that fist fighting is without social value and has been outlawed in other common law jurisdictions.

The respondent further submitted that Parliament did not intend to oust the common law limitations on consent. If Parliament had so intended, it would have made that intention far clearer. There exists an established interpretative principle that the legislature does not intend to make substantial changes in the existing law beyond that which is expressly stated in or follows by necessary implication from the statute's language. Thus, since the statute says nothing about common law limitations being erased, one should presume they were left intact.

The respondent argued in the alternative that, if this Court were to overturn the Court of Appeal's approach to consent, the appeal should nevertheless be dismissed because Jobidon caused the death of Haggart through the alternative unlawful act of causing a disturbance by fighting.

II—Analysis1. *The Evolution of the Offence of Assault in Canadian Criminal Law*

To appreciate fully the issue of consent in this appeal, it is helpful to understand the historical evolution of the offence of assault, and to set the current statutory provisions against that background while

Les arguments de l'intimée

Comme la Cour d'appel, le ministère public soutient que la très grande majorité des arrêts fondés sur la common law appuient la position selon laquelle il est impossible de consentir validement dans tous les cas à ce que des lésions corporelles soient intentionnellement infligées, et que la loi interdit le consentement à des batailles de rues ou à coups de poing. Il n'est pas dans l'intérêt public que les gens se livrent à ce genre d'activités, de sorte que, pour des raisons d'intérêt public, le mot «consentement» à l'art. 265 du *Code* devrait être interprété à la lumière de la common law, qui limite son applicabilité comme moyen de défense dans les cas de voies de fait. Le ministère public fait également remarquer que les bagarres à coups de poing n'ont aucune valeur sociale et ont été prohibées dans d'autres pays de common law.

L'intimée fait valoir en outre que le législateur n'a pas voulu écarter les limites imposées au consentement par la common law. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention beaucoup plus clairement. Selon un principe d'interprétation établi, le législateur n'a pas l'intention d'apporter des modifications importantes au droit existant au delà de ce qui est expressément énoncé dans le libellé de la loi ou de ce qui découle nécessairement de ce libellé. Comme la loi ne dit rien au sujet de la suppression des limites imposées par la common law, il faudrait présumer qu'elles s'appliquent encore.

L'intimée affirme subsidiairement que si notre Cour devait écarter le point de vue exprimé par la Cour d'appel quant au consentement, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté pour le motif que Jobidon a causé la mort de Haggart en portant l'acte illégal de troubler la paix par une bagarre.

II—Analyse1. *L'évolution de l'infraction de voies de fait en droit criminel canadien*

Pour apprécier pleinement la question du consentement en l'espèce, il est utile de comprendre l'évolution historique de l'infraction de voies de fait et d'examiner les dispositions législatives actuelles dans

attending closely to the interrelation of the *Criminal Code* and the common law. The following analysis is divided in two parts. The first examines the relevant provisions of the *Code*, describes their origins, and makes a general argument about the nature of the common law's influence on them. The second sets out the specifics of that common law influence as it applies to the particular situation in this appeal.

The basic offence of assault originally came to post-Confederation Canada as a crime of common law. Although the new Dominion, in 1869, enacted a statute (S.C. 1869, c. 20) which simply adopted the English *Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, nevertheless the basic offence of assault was defined at common law. As criminal law historian Sir James Fitzjames Stephen once wrote: "the law which deals with offences against the person [*Offences Against the Person Act*, 1861] assumes in the reader a previous knowledge of the doctrines of the common law relating to the employment of force against the person of another, and of the common law definitions of certain crimes which the Act punishes but does not define" (*A General View of the Criminal Law of England* (2nd ed. 1890), at pp. 108-9). The Law Reform Commission of Canada described the relationship this way:

Our law . . . derives from earlier English law. That law in turn was built on two foundation stones—the common law crimes of assault and battery. In consequence our present law is likewise built on these foundations, although both crimes are lumped together under the same name, "assault".

(Working Paper 38: *Assault* (1984), at p. 1.)

As a constituent element of numerous crimes, a common assault was any act in which one person intentionally caused another to apprehend immediate and unlawful violence. (C. M. V. Clarkson and H. M. Keating, *Criminal Law* (2nd ed. 1990); D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), and Law Reform

ce contexte tout en tenant bien compte de la corrélation entre le *Code criminel* et la common law. L'analyse qui suit comporte deux parties. La première comporte un examen des dispositions pertinentes du *Code*, une description de leur origine et un exposé général de la nature de l'influence que la common law a exercée sur celles-ci. La deuxième précise cette influence des principes de common law dans leur application à l'espèce.

Lors de son introduction au Canada après la Confédération, l'infraction fondamentale de voies de fait était un crime de common law. Même si en 1869, le nouveau Dominion a adopté une loi (S.C. 1869, ch. 20) qui reprenait simplement les dispositions de la loi anglaise intitulée *Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100, l'infraction fondamentale de voies de fait demeurait néanmoins définie en common law. Comme l'écrivait sir James Fitzjames Stephen, historien du droit criminel: [TRADUCTION] «la loi qui porte sur les infractions contre la personne [*Offences Against the Person Act*, 1861] tient pour acquis que le lecteur connaît déjà les théories de common law concernant le recours à la force contre une autre personne, ainsi que les définitions existant en common law à l'égard de certains crimes que la Loi punit, mais ne définit pas» (*A General View of the Criminal Law of England* (2<sup>e</sup> éd. 1890), aux pp. 108 et 109). La Commission de réforme du droit du Canada décrit ainsi le rapport:

. . . les règles actuelles en matière de voies de fait [. . .] découlent de l'ancien droit anglais. Or celui-ci était fondé sur deux infractions prévues par le common law: les voies de fait (*assault*) et les coups et blessures (*battery*). Les règles actuellement en vigueur au Canada s'articulent donc elles aussi autour de ces deux infractions, qui sont toutefois fondées en une seule appelée «voies de fait».

(Document de travail 38: *Les voies de fait* (1984), à la p. 1.)

En tant qu'élément constitutif de nombreux crimes, les voies de fait simples comprenaient tout acte par lequel une personne portait intentionnellement une autre personne à appréhender un acte immédiat et illégal de violence. (C. M. V. Clarkson et H. M. Keating, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1990), D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provi-*

Commission of Canada, *op. cit.*) The traditional common law definition always assumed that absence of consent was a required element of the offence. As a general rule, an essential feature of assault is that it takes place against the victim's will. Thus, in most circumstances, it provided a valid defence to an accused. This makes sense when one acknowledges that the genuine consent of a complainant has traditionally been a defence to almost all forms of criminal responsibility. (*Russell on Crime* (12th ed. 1964), vol. 1, at p. 678, and D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 469-70.)

Canada did not adopt its first criminal code until 1893. So, the English law was the primary foundation of Canadian criminal law. As Canadian courts gradually added to the English jurisprudence, our criminal common law increasingly became a blend of English and Canadian authorities. For decades, though, the definition of assault in Canadian criminal law remained virtually identical to the English common law version. That essential identity was not disturbed when Canada proclaimed its *Criminal Code* on July 1, 1893 since Canada's codification was very moderate, merely "expressing the common law in neat statutory language to be interpreted by common law judges". (G. Parker, "The Origins of the Canadian Criminal Code", in D. H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law* (1981), vol. I, at p. 263. See also Law Reform Commission of Canada, *Towards a Codification of Canadian Criminal Law* (1976).)

Assault was given its first statutory definition in *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, in s. 258 which defined it this way:

**258.** An assault is the act of intentionally applying force to the person of another, directly or indirectly, or attempting or threatening, by any act or gesture, to apply force to the person of another, if the person making the threat has, or causes the other to believe, upon

*sions of Bill C-127* (1984), et la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*). En common law, la définition traditionnelle tenait toujours pour acquis que l'absence de consentement était un élément nécessaire de l'infraction. En règle générale, une caractéristique essentielle des voies de fait est d'être commises contre le gré de la victime. Cela fournit donc à l'accusé, dans la plupart des cas, un moyen de défense valide. Cela est logique si l'on reconnaît que le consentement véritable d'un plaignant a traditionnellement constitué un moyen de défense opposable à presque toutes les formes de responsabilité criminelle. (*Russell on Crime* (12<sup>e</sup> éd. 1964), vol. 1, à la p. 678, et D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 469 et 470.)

Le Canada n'a adopté son premier code criminel qu'en 1893. Le droit anglais était donc le fondement premier du droit criminel canadien. Au fur et à mesure que des décisions canadiennes s'ajoutaient à la jurisprudence anglaise, notre common law en matière criminelle est devenue un mélange d'arrêts anglais et canadiens. Toutefois, pendant des décennies, la définition des voies de fait en droit criminel canadien est demeurée presque identique à celle de la common law anglaise. Cette identité fondamentale n'a pas disparu lorsque le Canada a promulgué son *Code criminel* le 1<sup>er</sup> juillet 1893, étant donné que la codification canadienne était très restreinte et ne faisait qu' [TRADUCTION] «énoncer la common law au moyen de dispositions législatives claires destinées à être interprétées par des juges de common law». (G. Parker, «The Origins of the Canadian Criminal Code», dans D. H. Flaherty, éd., *Essays in the History of Canadian Law* (1981), vol. I, à la p. 263. Voir également Commission de réforme du droit du Canada, *Problématique d'une codification du droit pénal canadien* (1976).)

Les voies de fait ont été définies pour la première fois dans le *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 258:

**258.** Une voie de fait ou un attentat est l'action intentionnelle d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, directement ou indirectement, ou de tenter ou menacer, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, si

reasonable grounds, that he has, present ability to effect his purpose, and in either case, without the consent of the other or with such consent, if it is obtained by fraud. [Emphasis added.]

This definition reappeared unchanged in s. 290 of the 1927 revision, and in s. 230 of the *Code* of 1953-54. That definition was renumbered s. 244 in the general statutory revision of 1970, and, following a supplemental change in 1976 (S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 21), was expressed as follows:

244. A person commits an assault when

(a) without the consent of another person or with consent, where it is obtained by fraud, he applies force intentionally to the person of the other, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or gesture, to apply force to the person of the other, if he has or causes the other to believe upon reasonable grounds that he has present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person and begs.

On January 4, 1983, Bill C-127 was enacted. It amended s. 244 in a few significant ways. The first change was to serialize certain factors which would vitiate consent on the basis of a coerced or ill-informed will, thereby making the consent legally ineffectual (s. 244(3)). As explained below in greater detail, these factors were not new, for they had already been part of the law previous to the proclamation of the *Code* of 1892. Any novelty of s. 244(3) lay in its more explicit and general expression in the *Code*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

A second change was the addition of s. 244(4). It simply codified the traditional common law view that an honest belief by the accused that the complainant had consented to an application of force was a good defence to assault. Finally, s. 244(2) clarified that ss. 244(1), 244(3) and 244(4) were to apply to all forms of assault. The number of the assault provision

celui qui fait cette menace est en mesure, ou porte l'autre à croire, pour des motifs plausibles, qu'il est en mesure de mettre ses menaces à exécution, et, dans les deux cas, sans le consentement de l'autre, ou avec ce consentement, si celui-ci a été obtenu par fraude. [Je souligne.]

Cette définition est demeurée inchangée à l'art. 290 de la refonte de 1927 et à l'art. 230 du *Code* de 1953-54. Elle est devenue l'art. 244 dans la refonte générale de 1970, puis, à la suite d'une modification supplémentaire en 1976 (S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 21), elle a été ainsi libellée:

244. Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque, quiconque

a) sans le consentement d'autrui, ou avec son consentement, s'il est obtenu par fraude, d'une manière intentionnelle, applique, directement ou indirectement, la force ou la violence contre la personne d'autrui;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est en mesure actuelle d'accomplir son dessein; ou

c) en portant ostensiblement une arme ou son imitation, aborde ou importune une autre personne en vue de mendier.

Le 4 janvier 1983, le projet de loi C-127 a été adopté. Il apportait quelques modifications importantes à l'art. 244. Le législateur, en premier lieu, énumérait certains éléments viciant le consentement donné par contrainte ou d'une manière mal informée, lui enlevant alors tout effet juridique (par. 244(3)). Comme nous l'expliquerons plus loin de façon plus détaillée, ces éléments n'étaient pas nouveaux, car ils faisaient déjà partie de la loi avant la promulgation du *Code* de 1892. Ce qui serait nouveau dans le par. 244(3), c'est leur énoncé plus explicite et général dans le *Code*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

En second lieu, le législateur a ajouté le par. 244(4). Il s'agit simplement d'une codification de la position traditionnelle de la common law, selon laquelle la croyance sincère de l'accusé au consentement du plaignant à ce que la force soit utilisée est un moyen de défense valable contre une accusation de voies de fait. Enfin, le par. 244(2) précisait que les

was changed to 265 in the revision of the *Criminal Code* in 1985, R.S.C., 1985, c. C-46. The section now reads:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

It can be seen from this brief overview that the absence of consent to intentionally applied force was a material component of the offence of assault throughout its existence in Canada. But it is also evident that consent would not be legally effective in all circumstances. For instance, it would be vitiated by fraud. Various limitations on the validity of consent have a long lineage in the history of the offence. To observe those limitations one must advert to the common law. Yet before turning to that jurisprudence it is

par. 244(1), 244(3) et 244(4) devaient s'appliquer à toutes les espèces de voies de fait. La disposition concernant les voies de fait est devenue l'art. 265 dans la refonte de 1985 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici le libellé actuel:

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Ce bref aperçu nous permet de constater qu'au Canada, l'absence de consentement au recours intentionnel à la force a toujours été un élément essentiel de l'infraction de voies de fait. Toutefois, il est également évident que le consentement n'aurait pas d'effet juridique dans tous les cas. Ainsi, la fraude aurait pour effet de le vicier. Diverses limites apportées à la validité du consentement remontent loin dans l'histoire de l'infraction. Pour les retracer, il faut se reporter à la common law. Pourtant, avant d'examiner

important to note the link between the offence of assault and the offence of manslaughter, since Jobidon was convicted of the latter offence.

## 2. *The Nexus Between Assault and Manslaughter*

The connection between the two offences of assault and manslaughter is found in s. 222 (formerly s. 205) of the *Code*. That section provides a definition of manslaughter which is contingent on an unlawful act causing death:

222. ...

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

The offence of assault is a foundation offence upon which other offences against the person are constructed. Of course assault is also unlawful. It therefore follows from s. 222 that when an assault is committed and causes the death of a person, the assailant is thereby criminally liable for manslaughter. It also follows that if consent acts as a defence to assault, it will indirectly act as a defence to a charge of manslaughter based on assault.

## 3. *The Role and Scope of Consent in Assault*

The controversy in this appeal stems from the apparent contradiction between the holding of the Ontario Court of Appeal in the instant appeal and the wording of s. 265(1)(a). By that wording, once the trial judge found that the deceased had consented to a fight with Jobidon, it appears as if he could not have committed the unlawful act of assault since s. 265(2) states a general rule that s. 265 applies to all forms of assault, including assault causing bodily harm. Consequently, given the reference to absence of consent in s. 265(1), proof of consent to a fist fight in which

cette jurisprudence, il importe de noter le lien qui existe entre l'infraction de voies de fait et celle de l'homicide involontaire coupable, étant donné que Jobidon a été reconnu coupable de cette dernière infraction.

## 2. *Le lien entre les voies de fait et l'homicide involontaire coupable*

Le lien qui existe entre les infractions de voies de fait et d'homicide involontaire coupable se trouve à l'art. 222 (autrefois l'art. 205) du *Code*. Cette disposition contient une définition de l'homicide involontaire coupable qui est liée à la perpétration d'un acte illégal causant la mort:

222. ...

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

Les voies de fait sont une infraction de base sur laquelle se fondent d'autres infractions contre la personne. Bien sûr, les voies de fait sont aussi illégales. Il s'ensuit donc de l'art. 222 que, lorsque des voies de fait sont commises et causent la mort d'une personne, l'assaillant est criminellement responsable d'homicide involontaire coupable. Il s'ensuit également que si le consentement est un moyen de défense opposable aux voies de fait, il est indirectement un moyen de défense opposable à une accusation d'homicide involontaire coupable fondée sur des voies de fait.

## 3. *Le rôle et la portée du consentement dans les cas de voies de fait*

En l'espèce, la controverse découle de la contradiction apparente entre l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de l'Ontario et le libellé de l'al. 265(1)a). Selon ce libellé, si le juge du procès conclut que la victime a consenti à se battre avec Jobidon, il appert que ce dernier n'a pas pu se livrer à des voies de fait illégales, étant donné que le par. 265(2) stipule qu'en règle générale l'art. 265 s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris celles causant des lésions corporelles. Par conséquent, étant donné qu'il est fait mention de l'absence de consentement au



force is intentionally applied and which results in bodily harm would seem to serve as a defence for Jobidon. In that way, ss. 265(1) and 265(2) also appear to support the appellant's position that absence of consent is a requirement to be proved by the Crown beyond a reasonable doubt, in each and every instance of assault. (This understanding of the burden of proof, as distinct from the issue of the universal applicability of the requirement, is not explicit in s. 265, but it has been so interpreted by the courts, and is supported by some of the most recent academic literature. See, for example, A. W. Bryant, "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.) Given the *prima facie* appearance of support for the appellant's position, one might question how the Ontario Court of Appeal could hold that the deceased's consent to a fair fight did not preclude commission of the offence of assault.

That question would be well-aimed. Provincial courts of appeal have grappled with the issue on numerous occasions in recent years, sometimes arriving at divergent conclusions. Legal academics have experienced similar consternation. One has noted that the present state of the law in Canada is "confusing and conflicting". (Bryant, *op. cit.*, n. 24, at p. 99.) Another text states "this area of the law is so nebulous that it is difficult to be very precise" (Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 566). In 1984, the Law Reform Commission of Canada phrased the problem in more detailed terms:

As regards the present law, it is clear that sometimes, as in the case of mere touching, consent is a defence, and that in general, where the contact is intended to cause death or serious harm, consent is no defence. It is also clear that even in circumstances going beyond mere touching (for example, in surgical operations and in lawful sports) consent can prevent the force from being unlawful. What is unclear is the extent to which the same rule applies or does not apply in Canada outside

par. 265(1), la preuve du consentement à une bagarre à coups de poing, dans laquelle la force est intentionnellement utilisée et des lésions corporelles sont causées, semblerait pouvoir être invoquée comme moyen de défense par Jobidon. De cette façon, les par. 265(1) et (2) semblent également appuyer la position de l'appelant voulant que l'absence de consentement soit une condition que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable, et ce, dans chaque cas de voies de fait. (Cette interprétation du fardeau de la preuve, sans égard à la question de l'applicabilité universelle de la condition, n'est pas expressément énoncée à l'art. 265, mais elle a été interprétée de cette façon par les tribunaux et est appuyée par certains des ouvrages de doctrine les plus récents. Voir, par exemple, A. W. Bryant, «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.) Étant donné que la position de l'appelant semble à première vue fondée, on pourrait se demander comment la Cour d'appel de l'Ontario a pu juger que le consentement de la victime à un combat loyal n'a pas empêché la perpétration de l'infraction de voies de fait.

Cette question serait pertinente. Les cours d'appel provinciales s'y sont arrêtées à maintes reprises au cours des dernières années et sont parfois arrivées à des conclusions divergentes. Les juristes ont connu les mêmes difficultés. Il faut noter que l'état actuel du droit au Canada [TRADUCTION] «prête à confusion et est contradictoire» (Bryant, *op. cit.*, renvoi 24, à la p. 99). Un autre auteur déclare que [TRADUCTION] «cette partie du droit est si nébuleuse qu'il est difficile d'être très précis» (Mewett et Manning, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 566). En 1984, la Commission de réforme du droit du Canada a formulé le problème de manière plus détaillée:

Dans certains cas, par exemple lorsque l'infraction consiste en un simple toucher, le consentement de la victime constitue sans aucun doute un moyen de défense tandis que lorsque le contact est provoqué avec l'intention de causer la mort ou des blessures graves, ce n'est en général pas le cas. Le consentement peut en outre légitimer l'emploi de la force même quand il ne s'agit pas de simples touchers: citons par exemple les interventions chirurgicales et la pratique des sports. Mais, au Canada, la même règle peut-elle s'appliquer dans d'autres circonstances, par exemple à l'égard des pra-

the operating theatre and the sports arena, for example, in sado-masochistic circumstances. [Emphasis added.]

(Working Paper 38: *Assault*, at p. 24.)

It is the purpose of the remaining analysis to clarify <sup>a</sup> the role of consent in relation to a fist fight or brawl.

(a) The General Influence of the Common Law on the Code's Definition of Assault

Although containing myriad provisions of a relatively detailed nature, the *Criminal Code* has been inspired by general principles of criminal responsibility. Section 265 is no exception. It speaks in a universal tone and sets out a general rule that one cannot commit assault if the other person agrees to the application of force.

However, while it is true that the general rule says all forms of assault are covered by the various clauses of s. 265, it does not attempt to define the situations or forms of conduct or eventual consequences which the law will recognize as being valid objects of consent for the purpose of the offence. It does not attempt to define the situations in which consent will or will not be legally effective. The present *Code* is silent in this regard.

The original statutory definition of assault did not define consent, except to indicate the longstanding rule that a fraudulently induced consent is legally ineffective. That traditional common law rule, and its incorporation in the first statutory definition of assault, is explained by Watt, *op. cit.*, at p. 219, and is examined in greater detail below. Later statutes also omitted full definitions of consent. The 1983 amendments defined consent only in part, by negatively indicating a few ways consent could be vitiated. If Parliament had sought to perform the comprehensive task of indicating what one could and could not consent to, it likely would have offered more guidance. (It is noteworthy that in its revised and enlarged report on recodification, the Law Reform Commission of Canada has suggested that consent be defined

tiques sadomasochistes? La réponse à cette question demeure incertaine. [Je souligne.]

(Document de travail 38: *Les voies de fait*, à la p. 26.)

Le reste de l'analyse a pour objet d'éclaircir le rôle du consentement dans les cas de rixes ou de bagarres à coups de poing.

a) L'influence générale de la common law sur la définition des voies de fait figurant dans le Code

Le *Code criminel* s'inspire des principes généraux de la responsabilité criminelle, même s'il contient une myriade de dispositions relativement détaillées. L'article 265 ne fait pas exception. Il est formulé en termes généraux et il énonce une règle générale, à savoir qu'il ne peut pas y avoir voies de fait si l'autre personne consent à ce que la force soit utilisée.

Toutefois, s'il est vrai qu'en règle générale, toutes les espèces de voies de fait sont visées par les diverses dispositions de l'art. 265, ce dernier ne tente pas de définir les circonstances, ou les genres de conduite ou encore les conséquences éventuelles qui seront légalement reconnus comme étant des objets légitimes de consentement pour les fins de l'infraction. Cet article ne tente pas de définir les circonstances où le consentement aura ou n'aura pas un effet juridique. À l'heure actuelle, le *Code* ne dit rien à ce sujet.

La définition légale initiale des voies de fait ne parlait pas du consentement, sauf pour reprendre la règle ancienne selon laquelle un consentement obtenu frauduleusement n'a pas d'effet juridique. La règle traditionnelle de common law, et son insertion dans la première définition légale des voies de fait, est expliquée par Watt, *op. cit.*, à la p. 219, et examinée plus à fond ci-dessous. Les lois subséquentes ne contenaient pas non plus de définition complète du consentement. Les modifications de 1983 ne définissaient le consentement qu'en partie, en indiquant à la forme négative quelques façons dont le consentement pouvait être vicié. Si le législateur avait entrepris d'indiquer globalement ce à quoi une personne pouvait ou non consentir, il aurait vraisemblablement donné plus de précisions. (Il vaut la peine de noter que, dans l'édition révisée et augmentée de son rapport sur la nouvelle codification, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que le consen-

in a definition section of a new code (Report 31: *Recodifying Criminal Law* (1987), at p. 10).)

Parliament could have specified whether the term “consent” is aimed simply at the kind of activity being purportedly consented to (here a fist fight), or whether it refers to consent to a trivial injury which does not amount to bodily harm (such as might be sustained in sporting activities), or whether for the defence to apply the consent must be as to the precise extent of harm actually caused by the application of force. At any point in the history of the provision Parliament could have taken the opportunity to specify whether the common law, which already had had much to say about assault and the requirement of consent, was being emptied of relevance. But it did not do these things. Nor did it have to.

Just as the common law has built up a rich jurisprudence around the concepts of agreement in contract law, and *volenti non fit injuria* in the law of negligence, it has also generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has done this in respect of assault. In the same way that the common law established principles of public policy negating the legal effectiveness of certain types of contracts—contracts in restraint of trade for example—it has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and shelter an assailant from the sanctions of our criminal law.

There is no indication in s. 265 that the jurisprudence of the criminal common law was to be undermined by its enactment. There was no hint that traditional policy limits on consent, described below in greater detail, were to be ousted by s. 258 of the first *Criminal Code* of 1892, nor by enactment of its successor provision in s. 244 (now s. 265). This should not be surprising. As the foregoing sketch of the history of the offence demonstrates, far from intending

tement soit défini dans une disposition particulière du nouveau code (Rapport 31: *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), à la p. 12).)

<sup>a</sup> Le législateur aurait pu préciser si le mot «consentement» vise simplement le genre d'activité à laquelle le consentement est censé être donné (en l'espèce, une bagarre à coups de poing) ou s'il se rapporte au <sup>b</sup> consentement à des blessures légères n'équivalant pas à des lésions corporelles (comme celles qui pourraient résulter d'activités sportives), ou si, pour que le moyen de défense puisse être invoqué, le <sup>c</sup> consentement doit porter sur l'étendue précise du préjudice réellement causé par le recours à la force. À toutes les étapes de l'évolution de la disposition, le législateur aurait pu saisir l'occasion de préciser si la <sup>d</sup> common law, qui avait déjà eu beaucoup à dire au sujet des voies de fait et du consentement requis, n'était plus pertinente. Cependant, il ne l'a pas fait. Et il n'avait pas à le faire.

<sup>e</sup> De même que la common law s'est exprimée dans une abondante jurisprudence sur les notions de consentement en droit des contrats et le principe *volenti non fit injuria* en matière de négligence, elle a également engendré un ensemble de règles juridiques <sup>f</sup> visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle l'a fait à l'égard des voies de fait. De la même manière qu'elle a établi des principes d'intérêt public annulant l'effet juridique de certains <sup>g</sup> types de contrats, comme ceux portant sur la restriction du commerce, par exemple, la common law a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et de protéger ainsi l'assailant contre les <sup>h</sup> sanctions de notre droit criminel.

Rien n'indique à l'art. 265 que son adoption devait miner la jurisprudence de la common law en matière <sup>i</sup> criminelle. Rien n'indique non plus que les limites de principe traditionnelles en matière de consentement, dont nous reparlerons plus à fond, devaient être écartées par l'art. 258 du premier *Code criminel* de 1892, ou par l'adoption des dispositions de l'art. 244 qui <sup>j</sup> l'ont remplacé (maintenant l'art. 265). Cela ne devrait pas nous étonner. L'aperçu historique de l'in-

to curtail the authority of that law, the *Code* was a partial expression of it.

All criminal offences in Canada are now defined in the *Code* (s. 9). But that does not mean the common law no longer illuminates these definitions nor gives content to the various principles of criminal responsibility those definitions draw from. As the Law Reform Commission of Canada has noted in its 31st report on recodification, the basic premises of our criminal law—the necessary conditions for criminal liability—are at present left to the common law. (*Recodifying Criminal Law*, at pp. 17, 28 and 34. Reference may also be made to E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at pp. 16-17.) The *Code* itself, in s. 8, explicitly acknowledges the ongoing common law influence:

8. . . .

(2) The criminal law of England that was in force in a province immediately before April 1, 1955 continues in force in the province except as altered, varied, modified or affected by this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

Section 8 expressly indicates that the common law rules and principles continue to apply, but only to the extent that they are not inconsistent with the *Code* or other Act of Parliament and have not been altered by them. While little judicial analysis of this section of the *Code* has been undertaken, the references made to it have predominantly concerned exceptional circumstances which provide defences or which deny certain features of an offence. (See Colvin, *op. cit.*, at pp. 16-17.) This Court's leading interpretation of s. 8(3) is found in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487. Laskin C.J. expressly rejected a static

fraction qui est fait plus haut montre bien que, loin de viser à limiter la portée de ces règles de droit, le *Code* en est une expression partielle.

<sup>a</sup> Au Canada, toutes les infractions criminelles sont maintenant définies dans le *Code* (art. 9). Toutefois, cela ne veut pas dire que la common law ne transparaît plus dans ces définitions ni qu'elle ne donne plus substance aux divers principes de responsabilité criminelle dont ces définitions s'inspirent. Comme la Commission de réforme du droit du Canada le fait remarquer dans son 31<sup>e</sup> rapport sur la nouvelle codification, les prémisses fondamentales de notre droit criminel—les conditions nécessaires à la responsabilité criminelle—découlent actuellement de la common law. (*Pour une nouvelle codification du droit pénal*, aux pp. 17, 31 et 37. Voir aussi E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), aux pp. 16 et 17.)  
<sup>b</sup>  
<sup>c</sup>  
<sup>d</sup> Le *Code* lui-même, à l'art. 8, reconnaît expressément l'influence continue de la common law:

8. . . .

(2) Le droit criminel d'Angleterre qui était en vigueur dans une province immédiatement avant le 1<sup>er</sup> avril 1955 demeure en vigueur dans la province, sauf en tant qu'il est changé, modifié ou atteint par la présente loi ou toute autre loi fédérale.

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

<sup>h</sup> L'article 8 prévoit expressément que les règles et principes de la common law continuent à s'appliquer, mais uniquement dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le *Code* ou une autre loi fédérale et n'ont pas été modifiés par ceux-ci. Cette disposition du *Code* a rarement fait l'objet d'un examen judiciaire, mais il en a été fait mention surtout dans des cas exceptionnels où des moyens de défense pouvaient être invoqués ou certains aspects d'une infraction rejetés. (Voir Colvin, *op. cit.*, aux pp. 16 et 17.)  
<sup>i</sup>  
<sup>j</sup> L'interprétation du par. 8(3) qui fait autorité figure dans l'arrêt de notre Cour *Kirzner c. La Reine*, [1978]

view of the common law under s. 8(3) (formerly s. 7(3)). Though speaking in the context of alleged prosecutorial impropriety, and a claimed defence of entrapment, Laskin C.J. offered an expansive, developmental view, at p. 496:

There are good reasons for leaving the question open [re: application of an entrapment defence]. Indeed, if that position is based on a static view of s. 7(3) of the *Criminal Code* I find it unacceptable. I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences . . . .

The approach of Laskin C.J. in *Kirzner* was later reinforced in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418. Writing in dissent, on behalf of Laskin C.J., McIntyre and Lamer JJ., Estey J. applied what he termed the “ordinary rule of construction where statutes and common law meet” to conclude that “s. 7(3) is the authority for the courts of criminal jurisdiction to adopt, if appropriate in the view of the court, defences including the defence of entrapment” (p. 445). The Court’s majority did not disagree with this determination. In reasoning to that conclusion, Estey J. made the following comments, at p. 443:

The conventional view has been that the common law is always speaking. Some theories hold that it is a process of discovery, others of evolution. Whatever it might be properly classified to be in jurisprudence it would take the clearest and most precise language in a statute which purports to incorporate the principles of common law to so construe it as to crystallize the common law at the date of enactment of the statute. If so, the importation of common law principles would be limited to those which had crystallized and developed prior to the effective date of the statute. Section 7(3) does not employ such words. It is at most ambiguous, susceptible either to the static view or to the view that it makes reference to the common law as an evolving, developing system of rules and principles. Where a statute might be read as displacing the common law the appropriate canon of interpretation is a preference for that construction which preserves the

2 R.C.S. 487. Le juge en chef Laskin a expressément rejeté la conception statique de la common law aux fins du par. 8(3) (autrefois par. 7(3)). Bien que ce soit dans le contexte d’une allégation de pratique répréhensible de la part du ministère public et de la revendication d’une défense de provocation policière, le juge en chef Laskin a donné une interprétation susceptible d’être développée et d’évoluer, à la p. 496:

Il est préférable de ne pas trancher la question [à savoir si la provocation policière peut être invoquée comme moyen de défense]. En fait, si cette opinion est fondée sur une vue statique du par. 7(3) du *Code criminel*, elle est, à mon avis, inacceptable. Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d’étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense . . .

Le point de vue exprimé par le juge en chef Laskin dans l’arrêt *Kirzner* a par la suite été renforcé dans l’arrêt *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418. Le juge Estey, qui a rédigé des motifs dissidents au nom du juge en chef Laskin ainsi que des juges McIntyre et Lamer, a appliqué ce qu’il a appelé la «règle ordinaire d’interprétation lorsque les lois et la *common law* se rencontrent» pour conclure que «le par. 7(3) permet aux cours de juridiction criminelle d’adopter, si le tribunal l’estime opportun, les moyens de défense dont la provocation policière» (p. 445). La majorité dans cet arrêt n’a pas exprimé de désaccord avec cette opinion. En tirant cette conclusion, le juge Estey a fait les observations suivantes, à la p. 443:

On estime d’ordinaire que la *common law* s’applique toujours. Selon certaines théories, c’est un processus de découverte, selon d’autres, un processus d’évolution. Quelle que soit la classification que lui attribue la jurisprudence, il faudrait qu’une loi qui prétend incorporer les principes de la *common law* emploie les termes les plus clairs et les plus précis pour qu’on puisse dire qu’elle cristallise la *common law* à la date de son adoption. Dans ce cas, l’importation des principes de la *common law* se limiterait à ceux qui sont déjà cristallisés et qui ont été élaborés avant la date d’entrée en vigueur de la loi. Le paragraphe 7(3) n’emploie pas de tels termes. Il est au plus ambigu, et on peut considérer qu’il est statique ou qu’il se rapporte à la *common law* comme à un ensemble de règles et de principes qui évoluent et se développent. Quand on peut dire d’une loi qu’elle remplace la *common law*, la règle d’interprétation qui s’im-

rule of common law where it can be done consistently with the statute.

Estey J. also referred extensively to s. 19 of the Report of the Imperial Commissioners of the draft Code of 1879, which is the forerunner of the present s. 8(3). In *Amato, supra*, at pp. 443-44, they are quoted as explaining their inclusion of the section in these terms:

But whilst we exclude from the category of indictable offences any culpable act or omission not provided for by this or some other Act of Parliament, there is another branch of the unwritten law which introduces different considerations; namely, the principles which declare what circumstances amount to a justification or excuse for doing that which would be otherwise a crime, or at least would alter the quality of the crime. In the cases of ordinary occurrence, the decisions of the Courts and the opinions of great lawyers enable us to say how the principles of the law are to be applied.

In light of this communicated understanding of the antecedents and purpose of s. 8(3), it can hardly be said that the common law's developed approach to the role and scope of consent as a defence to assault has no place in our criminal law. If s. 8(3) and its interaction with the common law can be used to develop entirely new defences not inconsistent with the *Code*, it surely authorizes the courts to look to preexisting common law rules and principles to give meaning to, and explain the outlines and boundaries of an existing defence or justification, indicating where they will not be recognized as legally effective—provided of course that there is no clear language in the *Code* which indicates that the *Code* has displaced the common law. That sort of language cannot be found in the *Code*. As such, the common law legitimately serves in this appeal as an archive in which one may locate situations or forms of conduct to which the law will not allow a person to consent.

pose est celle qui permet le maintien de la règle de la *common law*, lorsque cela est possible sans déroger à la loi.

Le juge Estey s'est également longuement rapporté à l'art. 19 du Rapport des Commissaires impériaux sur le projet de Code de 1879, qui est le précurseur de notre par. 8(3) actuel. Dans l'arrêt *Amato*, précité, aux pp. 443 et 444, il est mentionné que les commissaires avaient expliqué comme suit l'inclusion de la disposition en question:

[TRADUCTION] Mais bien que nous excluions de la catégorie des actes criminels tout acte ou toute omission coupables qui ne sont pas prévus par la présente loi ou par une autre loi du Parlement, il y a une autre partie du droit non écrit qui introduit des considérations différentes; il s'agit des principes qui énoncent quelles circonstances permettent de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs un acte criminel ou du moins de modifier la nature de l'acte criminel. Dans les cas courants les décisions des tribunaux et les opinions des grands juristes nous permettent de dire comment doivent être appliqués les principes juridiques.

Compte tenu de cette interprétation expresse des origines et de l'objet du par. 8(3), on peut difficilement dire que la façon dont la *common law* a abordé le rôle et la portée du consentement comme moyen de défense contre une accusation de voies de fait n'a pas sa place dans notre droit criminel. Si le par. 8(3) et son interaction avec la *common law* peuvent être utilisés pour concevoir des moyens de défense entièrement nouveaux qui ne soient pas incompatibles avec le *Code*, cela permet certainement aux tribunaux d'examiner les règles et principes de *common law* préexistants pour donner un sens aux grandes lignes et aux limites d'une défense ou d'une justification existantes, et les expliquer, et pour montrer dans quels cas elles ne seront pas reconnues comme ayant un effet juridique—à la condition, bien sûr, que le *Code* ne contienne aucune disposition claire indiquant qu'il a remplacé la *common law*. Or, le *Code* ne contient aucune disposition de ce genre. En tant que telle, la *common law* sert ici légitimement d'archives où il est possible de trouver les cas ou les formes de conduite qui, en droit, ne peuvent pas faire l'objet d'un consentement.

Of course this general analysis does not answer all of the appellant's arguments to the contrary. Responding to them requires a more directed focus on the specific conjunction of the *Code* and common law in the fist fight type of situation.

(b) The Specific Relationship Between the *Code* and the Common Law of Assault in Cases of Fist Fights

(i) *The Relationship Between Consent and Section 265(3)*

The appellant argued that the 1983 amendments to s. 265 reflected Parliament's intent to replace any common law doctrines that might have negated the legal effectiveness of consent to an act which would otherwise constitute assault. In particular, reference was made to s. 265(3), which sets out four factors that may vitiate consent: application of force, threats of force, fraud, or the exercise of authority. It was argued that because Parliament explicitly specified these factors, any others, even though they may have applied prior to 1983, could no longer be drawn from the common law. Since the trial judge found that Haggart had consented to the fight and did not hold that such consent was invalidated on any of the four grounds, it should be effective, and should serve as a defence to assault as the plain words of ss. 265(1) and 265(2) appear to require.

While at first glance the appellant's argument may seem cogent, it is ultimately unpersuasive. Parliament did not set foot into new territory when listing the four vitiating factors in s. 265(3). On the contrary it will be seen that, for the most part, that list merely concretized, and made more explicit, basic limits on the legal effectiveness of consent which had for centuries formed part of the criminal law in England and in Canada. Their expression in the *Code* did not reflect an intent to remove the existing body of common law which already described those limitations and their respective scope. The *Code* just spelled them out more clearly, in a general form.

Bien sûr, cette analyse générale ne répond pas à tous les arguments contraires de l'appellant. Pour ce faire, il faut centrer plus directement l'analyse sur la conjonction précise du *Code* et de la common law dans le cas d'une bagarre à coups de poing.

b) Le rapport précis entre le *Code* et les règles de common law en matière de voies de fait dans le cas des bagarres à coups de poing

(i) *Le rapport entre le consentement et le par. 265(3)*

Selon l'appellant, les modifications apportées à l'art. 265 en 1983 montrent que le législateur voulait remplacer toute théorie de common law susceptible d'annuler l'effet juridique du consentement à un acte qui constituerait par ailleurs des voies de fait. En particulier, il invoque le par. 265(3), qui énonce quatre facteurs susceptibles de vicier le consentement: l'emploi de la force, les menaces de contrainte, la fraude et l'exercice de l'autorité. Il soutient qu'étant donné que le législateur a expressément mentionné ces facteurs, tout autre facteur, même s'il avait pu s'appliquer avant 1983, ne pouvait plus être tiré de la common law. Puisque le juge du procès a conclu que Haggart avait consenti à la bagarre et n'a pas jugé que le consentement avait été invalidé pour l'un quelconque des quatre motifs énoncés, celui-ci devrait avoir effet et constituer un moyen de défense opposable à une accusation de voies de fait, comme le texte clair des par. 265(1) et (2) semble l'exiger.

À première vue, l'argument de l'appellant peut sembler convaincant, mais en fin de compte il ne l'est pas. Le législateur ne s'est pas engagé dans un domaine vierge lorsqu'il a énuméré, au par. 265(3), les quatre facteurs qui vicier le consentement. Au contraire, nous verrons qu'en majeure partie cette liste a simplement concrétisé, et rendu plus explicites, les limites fondamentales de l'effet juridique du consentement que reconnaissaient depuis des siècles, le droit criminel en Angleterre et au Canada. Les dispositions du *Code* à ce sujet n'exprimaient pas l'intention de supprimer l'ensemble des règles de common law qui décrivaient déjà ces limites et leur portée respective. Le *Code* se contentait de les énoncer plus clairement, d'une manière générale.

That common law is rich and extensive, with roots reaching back well into the decades preceding Canada's adoption of the *Code* of 1892. For instance it provided that, as a general rule, consent would only be valid or legally effective if it was given freely by a rational and sober person. (See *Russell on Crime*, *op. cit.*, at p. 678.)<sup>a</sup>

Thus in *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909, the English criminal court, speaking through Lord Tindal C.J., held that a fraudulently obtained consent to common assault was no consent at all (p. 911). The parallel in our *Code* is in s. 265(3)(c). In *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, an English criminal court held that eight-year-old boys were too young to understand the nature of a sexual act with a grown man to be able to consent to it. Submission by a young child to an older, stronger person, an authority figure, would not be considered consensual. The consent would in all probability have been obtained under a coerced and ill-informed will. This principle now finds expression in Canada in s. 265(3)(d).<sup>b</sup>

As for consent in the context of fist fights, the English common law displayed a similar penchant for limiting its role as an exculpatory defence. However it is vital to note that the basis of the concern was different than in the case of fraud, threats, or forced "consents". The early cases often did not explicitly acknowledge that different basis, but hints of it may be identified. It was a concern that the offence of assault—more particularly the element of consent—be informed by considerations of public policy. Such considerations were thought sufficiently important to justify nullifying the legal validity of consent as a defence to a charge of assault.<sup>c</sup>

For instance, in *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b, the English criminal court held that, not only would a man be punished at law for procuring another to sever his hand—to assist his career as a mendicant—but the person effecting the task would<sup>d</sup>

Cette common law est riche et de vaste portée, son origine remontant aux décennies qui ont précédé l'adoption par le Canada du *Code* de 1892. Ainsi, elle prévoyait qu'en général, le consentement ne serait valide et n'aurait un effet juridique que s'il était donné de plein gré par une personne rationnelle et sobre. (Voir *Russell on Crime*, *op. cit.*, à la p. 678.)

Ainsi, dans l'arrêt *R. v. March* (1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909, la cour criminelle anglaise, par la voix du lord juge en chef Tindal, a jugé qu'un consentement à des voies de fait simples obtenu frauduleusement ne constituait aucunement un consentement (p. 911). Dans notre *Code*, on trouve l'équivalent à l'al. 265(3)c). Dans l'arrêt *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, la cour criminelle anglaise a jugé que des garçons de huit ans étaient trop jeunes pour comprendre la nature d'un acte sexuel avec un homme mûr de façon à pouvoir y consentir. La soumission d'un jeune enfant à une personne plus âgée et plus forte, représentant l'autorité, ne serait pas considérée comme un consentement car il aurait probablement été donné par contrainte et d'une manière mal informée. Au Canada, ce principe figure maintenant à l'al. 265(3)d).<sup>e</sup>

En ce qui concerne le consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing, la common law anglaise a manifesté une tendance similaire à en limiter le rôle comme moyen de défense disculpatoire. Cependant, il est essentiel de noter que son fondement n'était pas le même que dans les cas de fraude, de menaces ou de «consentement» forcé. Les anciens arrêts exprimaient rarement la reconnaissance expresse de ce fondement différent, mais on peut en trouver certains indices. On envisageait que l'infraction de voies de fait—et en particulier l'élément de consentement—soit soumise à des considérations d'intérêt public. Ces considérations, croyait-on, étaient suffisamment importantes pour justifier d'écarter la validité juridique du consentement à titre de moyen de défense contre une accusation de voies de fait.<sup>f</sup>

Ainsi, dans l'arrêt connu sous le nom de *Wright's Case* (1603), Co. Litt. f. 127 a-b, la cour criminelle anglaise a jugé qu'un homme serait non seulement puni par la loi pour avoir amené une autre personne à lui couper la main—pour qu'il lui soit plus facile de<sup>g</sup>



also be liable to criminal sanction, irrespective of the other's consent. In *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438, it was held that a man may not license another to beat him as that act amounted to a breach of the peace. This principle was repeated in *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16, where it was determined that it is no defence to a charge of assault that the two persons fought by mutual consent. Coleridge J. reaffirmed the doctrine in *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874, a case involving a fight between two men outside a dance hall, which had resulted in the death of a man from blows sustained to his head. Coleridge J. stated, at p. 875: "it ought to be known, that, whenever two persons go out to strike each other, and do so, each is guilty of an assault".

It will be seen that this nullification of the defence of consent in fist fight cases in England has continued forward uninterruptedly to the present day. In Canada the same principle was applied for many decades before the appropriateness of such invalidation was ever brought into question. Indeed it was for reasons of public policy that the Court of Appeal nullified Haggart's consent.

We have observed from the general analysis of the Code and common law that, in the history of our criminal law, codification did not replace common law principles of criminal responsibility, but in fact reflected them. That history also reveals that policy-based limitations of the sort at issue here boast a lineage in the common law equally as long as the factors which vitiate involuntary consent. Since these policy-based limitations also existed before the codification of Canada's criminal law there is no reason to think they have been ousted by statutory revisions and amendments made to the Code along the way.

On this understanding, even if it could be concluded, contrary to my own view of the law, that s. 265(3) negated the applicability of common law rules which describe when consent to assault will be vitiated for involuntariness, or defects in the will

mendier—mais que la personne qui s'était chargée de le faire était également passible de sanction pénale, et ce, malgré le consentement de l'autre. Dans l'arrêt *Matthew v. Ollerton* (1693), Comb. 218, 90 E.R. 438, il a été jugé qu'un homme ne peut pas autoriser un autre à le battre puisque cela équivaut à troubler la paix. Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *Boulter v. Clarke* (1747), Bull. N.P. 16, où il a été jugé que le fait que deux personnes se sont battues de plein gré ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation de voies de fait. Le juge Coleridge a confirmé la théorie établie, dans l'arrêt *R. v. Lewis* (1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874, où, à la suite d'une bagarre entre deux hommes à l'extérieur d'un dancing, l'un de ceux-ci, qui avait reçu des coups à la tête, était mort. À la page 875, le juge a écrit: [TRADUCTION] «on devrait savoir que dès que deux individus sortent pour se battre et qu'ils se battent, chacun d'eux est coupable de voies de fait.»

Nous verrons qu'en Angleterre, on a continué jusqu'à nos jours à invalider le moyen de défense fondé sur le consentement dans le cas de bagarres à coups de poing. Au Canada, le même principe a été appliqué pendant de nombreuses décennies avant que le bien-fondé de cette invalidation ne soit remise en question. En fait, c'est pour des raisons d'intérêt public que la Cour d'appel a invalidé le consentement donné par Haggart.

Cette analyse générale du Code et de la common law nous permet de constater que, dans l'histoire de notre droit criminel, la codification n'a pas remplacé les principes de responsabilité criminelle existant en common law, mais en est le reflet. Cet historique montre également que les limites de principe du genre ici en litige sont d'origine aussi ancienne en common law que les facteurs qui vicient le consentement involontaire. Étant donné que ces limites de principes précédaient également la codification du droit criminel canadien, rien ne nous permet de croire que les refontes du Code et les modifications qu'il a subies au fil des ans les ont supprimées.

Cela étant, même s'il était possible de conclure, contrairement à ma propre interprétation de la loi, que le par. 265(3) écarte l'application des règles de common law qui décrivent les cas dans lesquels le consentement à des voies de fait est vicié parce qu'il

underlying the apparent consent, it would not follow that those amendments erased limitations based on public policy. If Parliament had so intended, it would have stated that intention. As it is, the *Code* as amended in 1983 is entirely silent in this regard.

This view accords with the interpretation of the Law Reform Commission of Canada. In its working paper on assault it notes that, regardless of the wording of s. 265(3), not all consents will be accepted as being legally effective. Irrespective of a finding of real or implied consent, in some cases (resembling the situation in the instant appeal) “the victim’s consent or non-consent is quite irrelevant.” (It cites as one example at p. 6 the situation where the application of force is intended to cause death or serious bodily harm, and another when a blow is struck in the course of an illegal fight.) That irrelevance is the result of policy considerations which in some circumstances nullify the legal effectiveness of consent.

Furthermore, since s. 8(3) of the *Code* expressly confirms the common law’s continued authority and provides that exculpatory defences not expressly struck down by the *Code* continue to operate to exclude criminal liability, in this appeal, where the *Code* has not erased the common law limit in fist fights, it must continue to define the scope of legally effective consent. Some may object that s. 8(3) cannot be used to support this interpretation because consent is not really a defence, but instead forms part of the offence; indeed it is the absence of consent that is relevant as an element of the offence of assault. For example, Mewett and Manning, *op. cit.*, at p. 567, write that “Real consent is therefore an essential element of assault going to the *actus reus* in the sense that if consent is present no offence can have been committed”. Yet while that objection may have some relevance from a strictly formalistic perspective, it is of little consequence from a substantive point of view. Moreover it conflicts with the spirit of this

n’a pas été donné volontairement, ou parce qu’est entachée la volonté qui sous-tend le consentement apparent, il ne s’ensuivrait pas que ces modifications ont eu pour effet de supprimer les limites fondées sur l’intérêt public. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait exprimé cette intention. Or, le *Code*, qui a été modifié en 1983, est tout à fait muet à ce sujet.

Ce point de vue est conforme à l’interprétation donnée par la Commission de réforme du droit du Canada. Dans son document de travail sur les voies de fait, la Commission fait remarquer qu’indépendamment du libellé du par. 265(3), le consentement ne sera pas toujours considéré comme ayant un effet juridique. En effet, même si l’on conclut à l’existence d’un consentement réel ou implicite, dans certains cas (ressemblant à la situation en l’espèce) «le consentement de la victime ou l’absence de consentement n’a aucune pertinence.» (À la page 6, la Commission donne, comme exemple, le cas où la force est employée dans l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, et celui où le coup est porté au cours d’un combat illégal.) Cette absence de pertinence résulte de considérations de principe qui, dans certains cas, invalident l’effet juridique du consentement.

En outre, étant donné que le par. 8(3) du *Code* confirme expressément que la common law demeure en vigueur et prévoit que les moyens de défense disculpatoires qui ne sont pas expressément éliminés par le *Code* continuent à s’appliquer de façon à exclure la responsabilité criminelle, dans le présent pourvoi, où le *Code* n’a pas supprimé la limite établie en common law à l’égard des bagarres à coups de poing, elle doit continuer à définir la portée du consentement ayant effet juridique. Certains peuvent rétorquer que le par. 8(3) ne peut pas être utilisé pour appuyer cette interprétation parce que le consentement n’est pas réellement un moyen de défense, mais fait plutôt partie de l’infraction; en fait, c’est l’absence de consentement qui est pertinente à titre d’élément de l’infraction de voies de fait. Par exemple, Mewett et Manning, *op. cit.*, à la p. 567, écrivent que [TRADUCTION] «Le consentement réel est donc un élément essentiel des voies de fait qui se rapporte à l’*actus reus* en ce sens que si le consentement existe, aucune

Court's previously expressed understanding of s. 8(3).

Whether consent is formally categorized as part of the *actus reus* of the offence, or as a defence, its essential function remains unaltered—if consent is proved, or if absence of consent is not proved, an individual accused of assault will generally be able to rely on the consent of the complainant to bar a conviction. He will be able to lean on the consent as a defence to liability. This basic reality has been widely recognized. English and Canadian courts widely refer to consent as being in the nature of a defence. Leading treatises on criminal law conceive it this way. See Watt, *op. cit.*, at p. 216; Clarkson and Keating, *op. cit.*, at pp. 283-92; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 549 and 576-78; and Law Reform Commission of Canada, Working Paper 38, *Assault*, at p. 24. We have also observed, in the general interpretative section above, that the law confers on s. 8(3) an open and developmental view of the common law's role. Section 8(3) strongly suggests preservation of the common law approach to consent in assault.

Assault has been given a very encompassing definition in s. 265. It arises whenever a person intentionally applies force to a person "directly or indirectly", without the other's consent. The definition says nothing about the degree of harm which must be sustained. Nor does it refer to the motives for the touching. If taken at face value, this formulation would mean that the most trivial intended touching would constitute assault. As just one of many possible examples, a father would assault his daughter if he attempted to place a scarf around her neck to protect her from the cold but she did not consent to that touching, thinking the scarf ugly or undesirable. (Even an argument for implied consent would not

infraction ne peut avoir été commise». Pourtant, bien que cette objection puisse être dans une certaine mesure pertinente d'un point de vue strictement formaliste, elle est de peu d'importance sur le fond. En outre, elle va à l'encontre de l'interprétation que notre Cour a déjà donnée au par. 8(3).

Que le consentement soit formellement considéré comme faisant partie de l'*actus reus* de l'infraction, ou comme moyen de défense, sa fonction essentielle demeure inchangée—si le consentement est prouvé, ou si l'absence de consentement n'est pas prouvée, une personne accusée de voies de fait pourra en général s'appuyer sur le consentement du plaignant pour empêcher sa condamnation. Elle pourra invoquer le consentement pour nier sa responsabilité. Cette réalité fondamentale est largement reconnue. Les tribunaux anglais et canadiens parlent dans une large mesure du consentement comme participant d'un moyen de défense. Les auteurs qui font autorité en droit criminel le conçoivent de cette façon. Voir Watt, *op. cit.*, à la p. 216, Clarkson et Keating, *op. cit.*, aux pp. 283 à 292, G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), aux pp. 549 et 576 à 578, et la Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 38: *Les voies de fait*, à la p. 26. Nous avons également remarqué, dans la section d'interprétation générale précédente, que la loi donne au par. 8(3) une conception non limitative et évolutive du rôle de la common law. Le paragraphe 8(3) laisse fortement supposer qu'il y a lieu de préserver la façon dont la common law aborde le consentement en matière de voies de fait.

Les voies de fait sont définies d'une manière très générale à l'art. 265. En effet, elles sont commises dès qu'une personne, d'une manière intentionnelle, emploie la force «directement ou indirectement» contre une autre personne sans son consentement. La définition ne dit rien au sujet du degré de préjudice qui doit être subi. Elle ne parle pas non plus des motifs du contact. À première vue, cette formulation voudrait dire que le contact intentionnel le plus banal constituerait des voies de fait. Pour ne mentionner qu'un des nombreux exemples possibles, citons le cas du père qui se livrerait à des voies de fait sur la personne de sa fille s'il tentait de placer une écharpe autour de son cou pour la protéger du froid, mais que

seem to apply in a case like this.) That absurd consequence could not have been intended by Parliament. Rather its intention must have been for the courts to explain the content of the offence, incrementally and over the course of time.

Furthermore, whereas the factors specified in s. 265(3) are readily identifiable, and are generally applicable to all sorts of situations, that is inherently not true of limitations based on policy considerations, which are fact-specific by nature. It would have been quite impractical, if not impossible, for Parliament to establish an adequate list of exceptions to apply to all situations, old and new. Policy-based limits are almost always the product of a balancing of individual autonomy (the freedom to choose to have force intentionally applied to oneself) and some larger societal interest. That balancing may be better performed in the light of actual situations, rather than in the abstract, as Parliament would be compelled to do.

With the offence of assault, that kind of balancing is a function the courts are well-suited to perform. They will continue to be faced with real situations in which complicated actions and motivations interact, as they have in the past. I do not accept the argument that by failing to enact a list of objects or forms of conduct to which one could not validly consent, Parliament intended to eliminate their role in the offence of assault and to rely only on the four factors specified in s. 265(3). Such a major departure from well-established policy calls for more than mere silence, particularly as such a list would have been unduly difficult and impractical to prescribe, and was unnecessary given their existing entrenchment in the common law. The common law is the register of the balancing function of the courts—a register Parliament has authorized the courts to administer in respect of

celle-ci ne consentait pas à ce contact, parce qu'elle trouvait que l'écharpe était laide et ne voulait pas la porter. (Même un argument fondé sur le consentement implicite ne semblerait pas s'appliquer dans un cas comme celui-là.) Le législateur n'a certainement pas voulu cette conséquence absurde. Son intention devait plutôt être que les tribunaux expliquent le contenu de l'infraction et, avec le temps, y apportent progressivement des précisions.

En outre, alors que les facteurs énoncés au par. 265(3) sont facilement identifiables et susceptibles de s'appliquer généralement à toutes sortes de situations, cela n'est pas vrai en soi dans le cas des limites fondées sur des considérations de principe qui, de par leur nature, dépendent des faits. Il aurait été peu pratique, voire impossible, pour le législateur de dresser une liste adéquate d'exceptions destinée à s'appliquer à toutes les situations, anciennes et nouvelles. Les limites de principe sont presque toujours le produit de la recherche d'un équilibre entre l'autonomie individuelle (la liberté de décider que la force sera intentionnellement utilisée contre soi-même) et quelque intérêt social plus général. Il est peut-être plus facile de réaliser cet équilibre à la lumière de cas concrets plutôt que dans l'abstrait, comme le législateur aurait à le faire.

Quant à l'infraction de voies de fait, les tribunaux sont bien placés pour assumer cette fonction d'appréciation. Comme par le passé, ils continueront à faire face à des cas concrets dans lesquels il y a interaction d'actes et de mobiles complexes. Je n'accepte pas l'argument selon lequel en omettant de dresser une liste des objets ou des formes de conduite auxquels il serait impossible de consentir valablement, le législateur avait l'intention d'éliminer leur pertinence à l'infraction de voies de fait et de retenir uniquement les quatre facteurs énoncés au par. 265(3). Une dérogation aussi importante à une politique bien établie exige plus qu'un simple silence, étant donné en particulier que cette liste aurait été beaucoup trop difficile et peu pratique à dresser et qu'il aurait été inutile de le faire, puisque la common law s'en chargeait déjà. La common law est le registre de la fonction d'appréciation que les tribunaux exercent—un registre que les tribunaux sont autorisés par le législateur à administrer en ce qui concerne les limites de principe aux-

policy-based limits on the role and scope of consent in s. 265 of the *Code*.

(ii) *The Relationship Between Consent and Section 265(2)*

The appellant argues that the interpretation favouring limits on consent being advanced here would render s. 265(1)(a) (“without the consent of another”) otiose and meaningless, in so far as s. 265(2) specifies that s. 265(1)(a) is to apply to all forms of assault, including assault causing bodily harm. However, this objection is not sustainable.

By specifying in s. 265(2) that s. 265 is to apply to all forms of assault, Parliament undoubtedly sought to ensure that the basic elements of the offence of assault in s. 265(1)(a) to (c), the circumstances listed in s. 265(3) for vitiating consent due to a coerced or misinformed volition, and the required state of mind for raising a defence in s. 265(4), would be applied without exception, irrespective of the peculiar form of assault. That is plain. Yet it does not follow from that expression that Parliament intended to eliminate the common law prescription of objects or forms of conduct to which legally effective consent may not be given. Section 265 was deliberately left open in that regard, for the above reasons.

(iii) *Consent and Section 14 of the Code*

Section 14 nullifies consent to the infliction of death in a broad and open-textured fashion. It provides:

14. No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given.

A final argument made by the appellant is that by enacting s. 14 of the *Code*, Parliament reflected its intention to negate consent solely in situations where

quelles sont assujettis le rôle et la portée du consentement prévu à l’art. 265 du *Code*.

(ii) *Le rapport entre le consentement et le par. 265(2)*

L’appelant soutient que l’interprétation qui favorise l’imposition de limites au consentement, qui est proposée en l’espèce, aurait pour effet de rendre superflu et vide de sens l’al. 265(1)a («sans son consentement»), dans la mesure où le par. 265(2) prévoit que cet alinéa s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les voies de fait causant des lésions corporelles. Toutefois, cette objection n’est pas soutenable.

En précisant, au par. 265(2), que l’art. 265 doit s’appliquer à toutes les espèces de voies de fait, le législateur a sans aucun doute cherché à s’assurer que, indépendamment du genre de voies de fait commises, s’appliqueraient sans exception les éléments fondamentaux de l’infraction de voies de fait énoncés aux al. 265(1)a) à c), les circonstances énumérées au par. 265(3), où le consentement est vicié s’il a été donné par contrainte ou d’une manière mal informée, et l’état d’esprit requis pour qu’un moyen de défense puisse être invoqué, selon le par. 265(4). Cela est clair. Pourtant, il ne s’ensuit pas que le législateur voulait éliminer les règles de common law concernant les objets ou formes de conduite auxquels il est impossible de donner un consentement ayant effet juridique. À cet égard, l’art. 265 a délibérément été formulé en termes non limitatifs, et ce, pour les motifs susmentionnés.

(iii) *Le consentement et l’art. 14 du Code*

L’article 14 écarte, d’une manière large et non limitative, le consentement de quiconque à ce que la mort lui soit infligée:

14. Nul n’a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n’atteint pas la responsabilité pénale d’une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

L’appelant soutient en dernier lieu qu’en adoptant l’art. 14 du *Code*, le législateur a manifesté son intention de nier le consentement uniquement dans les cas

death was intended to be caused. With other situations, and with forms of conduct like the fist fight between Jobidon and Haggart where that consequence was not intended, consent should be given full legal effect. In other words, the appellant suggested a version of the interpretative principle expressed by the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. But this argument also fails.

Section 14 is an absolute exclusion of consent to death in all circumstances. It follows neither from logic nor from the structure of the *Code* that absent death, consent to any or all forms of bodily injury is permissible, regardless of the circumstances. The section speaks only of consent to the infliction of death. It does not comment on consent to other consequences, any more than it comments on sexual offences or any other form of assault. It stands on its own.

(c) Common Law Limits in Fist Fights and Brawls

Limits on consent to assault have long been recognized by English and Canadian courts. We have already seen the earliest antecedents of them in the English jurisprudence, in fist fights and otherwise; here we are concerned only with the former situation. In present times as well, the English courts have on the whole been very consistent when confronted by assaults arising from fist fights and brawls. Since the English cases have set the overall direction for the Canadian common law in the assault context, and apparently continues to do so, it is of particular relevance in the circumstances of this case. The Canadian authorities also favour limits on consent. However, in recent years there has evolved a mixed record across provincial courts of appeal. This appeal therefore presents a timely opportunity for clarification.

où on a l'intention d'infliger la mort. Dans les autres cas, et en ce qui concerne les formes de conduite comme la bagarre à coups de poing entre Jobidon et Haggart, où cette conséquence n'était pas voulue, le consentement donné devrait avoir plein effet juridique. En d'autres termes, l'appelant propose une version du principe d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*. Toutefois, cet argument doit être rejeté lui aussi.

L'article 14 exclut d'une manière absolue le consentement à la mort, et ce, dans tous les cas. On ne peut en déduire ni logiquement ni en raison de la structure du *Code* que hormis la mort il est possible de consentir à subir des lésions corporelles quelconques, indépendamment des circonstances. Cette disposition parle uniquement du consentement à se voir infliger la mort. Elle ne parle pas du consentement à d'autres conséquences, pas plus qu'elle ne traite d'infractions sexuelles ou de quelque autre espèce de voies de fait. Cette disposition s'applique isolément.

c) Limites établies en common law dans le cas de rixes et de bagarres à coups de poing

Les tribunaux anglais et canadiens reconnaissent depuis longtemps des limites au consentement dans le cas des voies de fait. Nous avons déjà parlé de leurs origines premières dans les arrêts anglais, à l'égard de bagarres à coups de poing et d'autres cas; en l'espèce, nous ne nous intéressons qu'à la première situation. De nos jours également, les tribunaux anglais se prononcent, dans l'ensemble, de manière très uniforme dans les affaires de voies de fait découlant de rixes et de bagarres à coups de poing. Étant donné que les arrêts anglais ont donné l'orientation générale à la common law canadienne en matière de voies de fait et qu'ils continuent apparemment à le faire, ils sont particulièrement pertinents en l'espèce. La jurisprudence canadienne favorise également l'imposition de limites au consentement. Depuis quelques années toutefois, les arrêts rendus par les cours d'appel provinciales ne sont pas uniformes. Il est donc opportun de clarifier la situation.

(i) *The English Authorities*

We have seen that the readiness of the common law to constrain the role and the effectiveness of consent in cases of assault may be identified as far back as 1603 and that it runs well into the 19th century. But that willingness did not suddenly cease in the late 1800s.

The springboard for the modern authorities was a decision of the English Court of Queen's Bench in *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534. Eleven judges held that a prize fight was illegal and that all persons aiding and abetting the fight were guilty of assault. For public policy reasons, differently expressed by various members of the court, consent of the fighters was held to be ineffective. The essence of the court's justification was that consensual fist fights tend to encourage public disturbances and breaches of the peace and should not be condoned by the criminal law. The view was expressed by Stephen J., at p. 549, that:

When one person is indicted for inflicting personal injury upon another, the consent of the person who sustains the injury is no defence to the person who inflicts the injury, if the injury is of such a nature, or is inflicted under such circumstances, that its infliction is injurious to the public as well as to the person injured.

The English Court of Criminal Appeal had an opportunity to build on *Coney* in *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207. The accused had beaten a 17-year-old girl with a cane but denied he was guilty of indecent and common assault on the ground that the girl had consented to the beating. At certain points in its judgment the court seems to determine the issue on a factual basis, namely that the victim did not actually consent, nonetheless it chose to pronounce its decision in these terms, as *per* Swift J., at p. 210:

As a general rule, although it is a rule to which there are well-established exceptions, it is an unlawful act to beat another person with such a degree of violence that the

(i) *La jurisprudence anglaise*

Nous avons vu que, dès 1603, la common law était prête à limiter le rôle et l'effet du consentement dans le cas des voies de fait et qu'elle a continué à le faire jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Cependant, cette volonté n'a pas soudainement disparu à la fin du siècle dernier.

Le point de départ de la jurisprudence contemporaine est un jugement prononcé par la Cour du Banc de la Reine anglaise dans l'affaire *R. v. Coney* (1882), 8 Q.B.D. 534. Onze juges avaient déclaré qu'un combat concerté était illégal et que toutes les personnes qui avaient aidé au combat ou l'avaient encouragé étaient coupables de voies de fait. Pour des raisons d'intérêt public, exprimées différemment par les divers membres de la cour, on a décidé que le consentement des adversaires était sans effet. La cour a essentiellement déclaré que les bagarres à coups de poing entre adversaires consentants tendent à encourager les gens à troubler la paix et l'ordre public et ne devraient pas être tolérées par le droit criminel. À la page 549, le juge Stephen a exprimé cet avis comme suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne est accusée d'avoir blessé une autre personne, le consentement de cette dernière ne peut pas être invoqué comme moyen de défense si la blessure est telle, ou est infligée dans des circonstances telles, que cela cause un préjudice tant au public qu'à la personne blessée.

Dans l'arrêt *R. v. Donovan*, [1934] All E.R. 207, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a eu l'occasion d'élaborer davantage à partir de l'arrêt *Coney*. L'accusé avait battu une jeune fille de 17 ans avec une canne, mais avait nié être coupable d'attentat à la pudeur et de voies de fait simples parce que celle-ci avait consenti à se faire battre. À certains moments dans son jugement, la cour semble trancher la question en se fondant sur les faits, soit que la victime n'avait pas réellement donné son consentement, mais elle a néanmoins décidé de prononcer sa décision en ces termes (le juge Swift, à la p. 210):

[TRADUCTION] De façon générale, bien que la règle comporte des exceptions bien établies, il est illégal de battre une autre personne avec un tel degré de violence que

infliction of bodily harm is a probable consequence, and, when such an act is proved, consent is immaterial.

Finally, in 1980, the English Court of Appeal was asked to state the law in *Attorney General's Reference, supra*. It was a reference prompted by a street fight between two young men who, in a relatively calm fashion, had decided to settle differences between them by resorting to their fists. One suffered a bleeding nose and some bruises. The other was charged with assault, but acquitted. The question put to the appellate court was, at p. 1058:

Where two persons fight (otherwise than in the course of sport) in a public place can it be a defence for one of those persons to a charge of assault arising out of the fight that the other consented to fight?

The court held that because it is not in the public interest that people should cause each other bodily harm for no good reason, consent is no answer to a charge of assault when "actual bodily harm is intended and/or caused" (p. 1059). This meant that most fights would be unlawful regardless of consent. Only minor struggles, or rough but properly conducted sporting events—which may have some positive social value—were combative activities where consent would be an effective bar to a charge of assault. Of course lawful chastisement and reasonable surgical interference were also activities in which the public interest does not require nullification of consent. In such cases the general rule applies: the Crown must prove absence of consent to get a conviction for assault. The English Court of Appeal added that the public nature of the forum in which the fight occurs is not determinative of the effectiveness of consent. Private fights deserved no more protection than public ones.

If determinative of this appeal, the English authorities would undoubtedly support the decision of the

cette dernière risque probablement de subir des lésions corporelles; lorsque pareil acte est prouvé, le consentement est sans importance.

Enfin, en 1980, on a demandé à la Cour d'appel anglaise d'énoncer le droit dans *Attorney General's Reference*, précité. Ce renvoi avait eu lieu à la suite d'une bataille de rue entre deux jeunes hommes qui, d'une façon relativement calme, avaient décidé de régler un différend à l'aide de leurs poings. L'un d'eux a eu un saignement de nez et des ecchymoses. L'autre a été accusé de voies de fait, mais il a été acquitté. La question suivante a été posée à la Cour d'appel, à la p. 1058:

[TRADUCTION] Lorsque deux personnes se battent (autrement que dans le cadre de la pratique d'un sport), dans un endroit public, est-il possible pour celle qui, par suite de la bataille, est accusée de voies de fait d'invoquer comme moyen de défense le fait que l'autre a consenti à se battre?

La cour a jugé qu'étant donné qu'il n'est pas dans l'intérêt public que les gens s'infligent mutuellement des lésions corporelles sans raison valable, le consentement ne constitue pas une réponse à une accusation de voies de fait lorsqu'il y a [TRADUCTION] «l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux» (p. 1059). Cela voulait dire que la plupart des bagarres seraient illégales, sans égard au consentement. Seules les bagarres mineures, ou des activités sportives violentes, mais menées selon les règles—qui peuvent avoir une certaine valeur sociale positive—étaient des activités de combat où le consentement serait un moyen de défense efficace contre une accusation de voies de fait. Bien sûr, pour les punitions légitimes et les interventions chirurgicales raisonnables, l'intérêt public n'exigeait pas non plus l'invalidation du consentement. En pareils cas, la règle générale s'applique: pour obtenir une déclaration de culpabilité de voies de fait, le ministère public doit prouver l'absence de consentement. La Cour d'appel anglaise a ajouté que le fait que l'endroit où a lieu la bagarre est public n'est pas déterminant quant à l'effet du consentement. Les batailles privées ne méritent pas plus d'être protégées que les batailles publiques.

Si elle était déterminante en l'espèce, la jurisprudence anglaise appuierait sans aucun doute l'arrêt de



court below. Here the assault occurred in circumstances which appear very nearly to have amounted to a disturbance of the peace. And there is no question that the punches thrown by Jobidon were intentional applications of force intended to cause the deceased bodily harm. Rodney Haggart's apparent consent would provide no defence to Jobidon in England.

(ii) *The Canadian Authorities*

We have seen that the statutory definition of assault has always contained a general requirement that the Crown prove absence of consent, and has made reference to some circumstances in which consent would be considered involuntary. But this Court has not previously confronted the precise issue on appeal. Provincial appellate courts on the other hand have dealt with numerous cases of purportedly consensual beatings or fights giving rise to charges of assault (and sometimes manslaughter) though the overwhelming bulk of these have surfaced in recent times. Prior to the 1970s, only one reported decision squarely addressed the issue: *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442 (Man. C.A.), decided a few years after the offence was incorporated in the *Code* of 1892.

Sitting in appeal, the Manitoba Court of Queen's Bench accepted the principle stated in *Coney* that consent to assault should be ineffectual in the context of fist fights where bodily harm is intended. The court held that a blow landed in a fist fight amounted to assault regardless of consent, citing at pp. 446-47 the following passage from *Coney, supra, per* Cave J.:

The true view is . . . that a blow struck in anger, or which is likely or is intended to do corporal hurt, is an assault, but that a blow struck in sport, and not likely, nor intended to cause bodily harm, is not an assault, and that, an assault being a breach of the peace and unlawful, the consent of the person struck is immaterial.

la Cour d'appel. Dans la présente affaire, les voies de fait se sont produites dans des circonstances qui ressemblent fort à un trouble de la paix. De plus, il est certain qu'en assenant les coups, Jobidon a intentionnellement eu recours à la force en vue de causer des lésions corporelles à la victime. Le consentement apparent de Rodney Haggart ne fournirait aucun moyen de défense à Jobidon en Angleterre.

(ii) *La jurisprudence canadienne*

Nous avons vu que la définition légale des voies de fait a toujours comporté une exigence générale que le ministère public prouve l'absence de consentement, et qu'il y est fait mention de certains cas où le consentement ne serait pas considéré comme volontaire. Notre Cour n'a jamais été saisie de cette question précise jusqu'à maintenant, mais des cours d'appel provinciales ont examiné de nombreuses affaires d'échanges de coups ou de bagarres auxquels les adversaires avaient apparemment consenti et qui ont donné lieu à des accusations de voies de fait (et parfois d'homicide involontaire). Toutefois la grande majorité de ces affaires sont récentes. Avant les années 70, un seul arrêt publié traite directement de la question: *R. v. Buchanan* (1898), 1 C.C.C. 442 (C.A. Man.), rendu quelques années après l'inclusion de l'infraction dans le *Code* de 1892.

En appel, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a retenu le principe énoncé dans l'arrêt *Coney*, selon lequel le consentement à des voies de fait est sans effet dans le contexte de bagarres à coups de poing où on a l'intention de causer des lésions corporelles. Citant aux pp. 446 et 447 l'extrait suivant de l'arrêt *Coney*, précité (le juge Cave), la cour a jugé qu'un coup asséné pendant une bagarre à coups de poing constitue des voies de fait sans égard au consentement:

[TRADUCTION] Le véritable principe est [. . .] qu'un coup qui est asséné sous l'effet de la colère, ou encore qui risque de causer des blessures corporelles ou est destiné à le faire, constitue des voies de fait, mais qu'un coup porté dans le cadre d'une activité sportive, et qui ne risque pas de causer des lésions corporelles ni n'est destiné à en causer, ne constitue pas des voies de fait, et qu'étant donné que se livrer à des voies de fait, c'est troubler la paix et commettre un acte illégal, le consentement de la personne frappée est sans importance.

The *Coney* principle was reconfirmed, *en passant*, by the Ontario Court of Appeal in *Bradley v. Coleman* (1925), 28 O.W.N. 261, at p. 262, a fist fight case, and in *obiter dicta* in *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1, at p. 9, aff'd [1949] S.C.R. 658, which dealt with unilateral aggression in a rape. But the issue was not again squarely addressed as it had been in *Buchanan* until the 1970s, when the earlier view became seriously disturbed. Provincial courts of appeal began rendering statements which appeared directly to contradict *Buchanan* and the English approach in *Coney* and *Donovan*. Indeed the first appeals either ignored the English jurisprudence completely, or discounted its applicability to the Canadian statutory assault provisions. As for *Buchanan*, it was entirely absent from the courts' deliberations.

In 1972, the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court rendered its decision in *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206, a case in which two boys got in a schoolyard fight that ended when one boy sustained a broken nose from kicks landed by the other. The court simply assumed that consent was an operative defence to a charge of assault under (then) s. 244 of the *Code*—the onus being on the Crown to prove absence of consent beyond a reasonable doubt. However, in strict terms that view was *obiter* because, on the facts, while the injured boy had consented to a "fair fight", he had not consented to having his "head kicked in". He had not agreed to having that kind of force inflicted on him, nor had he agreed to that particular form of activity. The court upheld the conviction on that basis, not on the ground that the defence of consent must in all situations be legally effective.

Ontario's appellate court joined New Brunswick's approach in *R. v. Dix, supra*. The court faced a situation partly similar to the one here. A scuffle occurred in a beverage room. The two men went outside the

Le principe énoncé dans l'arrêt *Coney* a de nouveau été confirmé, en passant, par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Bradley v. Coleman* (1925), 28 O.W.N. 261, à la p. 262, une affaire de bagarre à coups de poing, et dans une opinion incidente de l'arrêt *R. v. Cullen* (1948), 93 C.C.C. 1, à la p. 9, confirmé par [1949] R.C.S. 658, qui portait sur une agression unilatérale dans un cas de viol. Cependant, la question n'a plus été traitée directement comme elle l'avait été dans l'arrêt *Buchanan*, jusqu'aux années 70 et c'est alors que le point de vue antérieur a été sérieusement mis en doute. Les cours d'appel provinciales ont commencé à faire des déclarations qui paraissaient contredire directement l'arrêt *Buchanan* et le point de vue exprimé en Angleterre dans les affaires *Coney* et *Donovan*. En effet, les premiers appels ne tenaient aucun compte de la jurisprudence anglaise, ou encore la jugeaient inapplicable aux dispositions législatives canadiennes en matière de voies de fait. Quant à l'arrêt *Buchanan*, les tribunaux n'en parlaient même pas.

En 1972, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a rendu l'arrêt *R. v. MacTavish* (1972), 8 C.C.C. (2d) 206, une affaire de bagarre de cour d'école entre deux garçons dont l'un, en fin de compte, avait cassé le nez de l'autre à coups de pied. La cour a simplement présumé que le consentement constituait un moyen de défense opposable à une accusation de voies de fait portée en vertu de ce qui était alors l'art. 244 du *Code*, le ministère public étant tenu de prouver l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable. Toutefois, à proprement parler, cette opinion était incidente car, selon les faits, le garçon blessé avait consenti à un «combat loyal», mais il n'avait pas consenti à [TRADUCTION] «se faire frapper la tête à coups de pied». Il n'avait pas consenti à ce qu'une telle force soit utilisée contre lui, ni à ce qu'on se livre à ce genre d'activité. La cour a confirmé le verdict de culpabilité pour ce motif, et non pour le motif que le moyen de défense fondé sur le consentement doit dans tous les cas avoir un effet juridique.

La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit au point de vue exprimé au Nouveau-Brunswick dans l'affaire *R. v. Dix*, précitée, concernant une situation en partie semblable à celle qui existe en l'espèce. Une échauf-

premises to fight, with the consequence that the complainant was severely injured. The trial judge convicted the accused of assault causing bodily harm.

The Court of Appeal stated its legal opinion in unequivocal terms, at p. 325:

There is no doubt that the Crown proved that the accused intentionally applied force to his victim, and thereby caused bodily harm to him, but the intentional application of force does not amount to an assault unless the force was applied without the victim's consent. The Judge found that there was consent, in the sense that the two persons involved agreed to fight. The onus then was on the Crown, as it seems to us, to satisfy the Judge that what the appellant did was beyond the scope of the consent that had been given.

The appellate court overturned the conviction on the ground stated by Gale C.J.O., at pp. 325-26, that: "the Crown failed to prove the necessary element of lack of consent to that which was done. The two parties consented to a fight and the fight was had in a normal manner, if I might use that phrase."

*R. v. Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390 (Que. C.A.), was next in the growing series of decisions in which (then) s. 244 was read to require the Crown to prove absence of consent, this time to a charge of common assault of a man's wife—through punches and kicks to her head and by pulling her hair on a public street. The Quebec Court of Appeal held that the accused had been wrongly precluded from raising consent as a defence to the charge at his trial, notwithstanding that the assault may have constituted a breach of the peace, as *per* Gagnon J.A., at p. 334 C.C.C.:

[TRANSLATION] Section 244 of the *Criminal Code* makes the absence of the victim's consent an essential ingredient of the crime of assault and this ingredient must be established by the prosecution beyond all reasonable doubt. It appears to me that because of this statutory particular, the English case law on this point must

fourée avait éclaté dans un bar. Deux hommes étaient sortis des lieux pour se battre et le plaignant avait été grièvement blessé. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

La Cour d'appel a exprimé son avis en des termes non équivoques, à la p. 325:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, le ministère public a prouvé que l'accusé avait intentionnellement eu recours à la force contre la victime, et lui avait ainsi causé des lésions corporelles, mais l'utilisation intentionnelle de la force n'équivaut à des voies de fait que si cette force a été utilisée sans le consentement de la victime. Le juge a conclu qu'il y avait eu consentement en ce sens que les deux personnes en cause avaient convenu de se battre. Il incombait alors au ministère public, nous semble-t-il, de convaincre le juge que l'appelant était allé plus loin que ce à quoi son adversaire avait consenti.

La Cour d'appel a infirmé le verdict de culpabilité pour le motif énoncé par le juge en chef Gale, aux pp. 325 et 326: [TRADUCTION] «le ministère public n'a pas prouvé l'élément nécessaire de l'absence de consentement à ce qui a été fait. Les deux parties ont consenti à se battre et elles se sont battues normalement, si je puis employer cette expression.»

L'arrêt *R. v. Abraham* (1974), 26 C.R.N.S. 390 (C.A. Qué.), a suivi dans cette lignée croissante de jugements interprétant l'art. 244 (alors en vigueur) comme exigeant la preuve par le ministère public de l'absence de consentement, cette fois-ci à une accusation de voies de fait simples subies par une femme qui, en pleine rue, s'était fait tirer les cheveux et rouer de coups de poing et de coups de pied à la tête par son mari. La Cour d'appel du Québec a jugé que c'est à tort qu'on avait empêché l'accusé d'invoquer le consentement comme moyen de défense contre l'accusation pendant son procès, nonobstant le fait que les voies de fait pouvaient avoir constitué une violation de la paix publique (le juge Gagnon, à la p. 392):

L'article 244 du Code criminel fait de l'absence de consentement de la victime un élément essentiel des offenses de voies de fait et cet élément doit être établi par la poursuite hors de tout doute raisonnable. Il me semble qu'à cause de cette particularité statutaire, la jurisprudence anglaise sur ce point ne peut être reçue

be accepted with caution. . . . Finally, I do not believe that the accused is precluded from pleading consent by the fact that an assault may constitute a breach of the peace.

Having registered this view, the court proceeded to uphold the conviction on the ground that even though the accused should have been permitted to raise the issue, the facts could not support a finding of consent. As in *MacTavish*, *supra*, in strict terms, the court's statements about the applicability of the defence of consent were *obiter dicta*.

A fourth province added its voice to this developing chorus in *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109. The Saskatchewan Court of Appeal confronted a situation in which a fight had erupted between two men outside the residence in which they had been drinking. As in the case at bar, the fight ended in the death of one of them. The trial judge had relied on *Coney* and *Donovan* to hold that a fight by consenting parties was unlawful assault *per se*, regardless of consent. The Saskatchewan Court of Appeal directly rejected the interpretation after a close examination of the terms of s. 244 of the *Code* and after reviewing and agreeing with the author of *Tremear's Annotated Criminal Code* (6th ed. 1964), who, following an exposition of the English cases, concluded:

It is, however, very doubtful in view of the wording of the Code, whether there can in any circumstances be an assault where the person assaulted has consented, unless that consent has been obtained by fraud.

Finally, drawing on *Dix* and *Abraham*, the court had this to say, at p. 114:

The language defining assault makes it absolutely clear that the proof of lack of consent to the assault is an essential element which must be proved if a conviction is to be found. . . . The instruction that a fight by consent, *per se*, was an unlawful act, was wrong in law.

With this interpretation in hand, the Saskatchewan Court of Appeal allowed *Setrum's* appeal of the con-

qu'avec circonspection [. . .] Enfin, je ne croirais pas que le fait qu'un assaut puisse constituer une violation de la paix publique empêche l'accusé de plaider consentement.

Après avoir exprimé cet avis, la cour a confirmé le verdict de culpabilité pour le motif que, même si l'accusé aurait dû être autorisé à soulever la question, les faits ne permettaient pas de conclure que le consentement avait été donné. Comme dans l'arrêt *MacTavish*, précité, les déclarations de la cour au sujet de l'applicabilité du moyen de défense fondé sur le consentement constituaient, à proprement parler, des opinions incidentes.

Une quatrième province s'est jointe à ce consensus grandissant, dans l'arrêt *R. v. Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109. La Cour d'appel de la Saskatchewan était saisie d'une situation où une bagarre avait eu lieu entre deux hommes en dehors de la résidence où ils venaient de boire. Comme en l'espèce, la bagarre s'est terminée par la mort de l'un des deux adversaires. Le juge du procès s'était appuyé sur les arrêts *Coney* et *Donovan* pour juger qu'une bagarre entre des parties consentantes constituait en soi des voies de fait illégales, sans égard au consentement. La Cour d'appel de la Saskatchewan a directement rejeté cette interprétation après avoir soigneusement examiné le texte de l'art. 244 du *Code* et après avoir examiné et approuvé une observation de l'auteur de *Tremear's Annotated Criminal Code* (6<sup>e</sup> éd. 1964) qui, après avoir commenté la jurisprudence anglaise, concluait:

[TRADUCTION] Toutefois, compte tenu de la formulation du Code, il est fort douteux qu'il puisse y avoir des cas où des voies de fait sont commises lorsque la victime a consenti à la chose, à moins que ce consentement n'ait été obtenu frauduleusement.

Enfin, se fondant sur les arrêts *Dix* et *Abraham*, la cour a dit ceci, à la p. 114:

[TRADUCTION] La définition des voies de fait montre très clairement que la preuve de l'absence de consentement est un élément essentiel à établir pour qu'un verdict de culpabilité soit prononcé [. . .] La directive selon laquelle une bagarre entre adversaires consentants est en soi un acte illégal est erronée en droit.

Compte tenu de cette interprétation, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel interjeté par

viction for manslaughter, and ordered a new trial. *Setrum* was followed by Creaghan J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench in *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1.

If the preceding line of authority were singularly determinative of the common law binding this Court, there should be little question about the result called for here. Given the finding of consent by the trial judge, Jobidon would not have committed the offence of assault. But the path is by no means as straight and clear as these cases seem to indicate. Since *Setrum*, certain decisions have in varying degrees pulled away from that bright-line, absolutist approach which more or less ignores the traditional view of consent in fist fight cases. The respondent relies on some of these more recent decisions when claiming that the *MacTavish—Dix—Abraham—Setrum* line should not be followed.

While some of the most recent decisions are consistent with that chain of cases, others take due note of the established common law policy to insist that fist fights are special situations which call for some limits on the effectiveness of the element of consent in s. 265. There are of course shades of opinion as to the most appropriate place to draw protective lines in different situations.

Although dealing with homicide and the defence of provocation, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (rev'd on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13), found occasion to rely on both *Coney* and *Donovan* (omitting reference to *R. v. Dix, supra*) to conclude that the mere fact of consent between two persons to administer blows to one another did not of itself make such blows lawful, as per Martin J.A., at p. 230:

Where two persons engage in a fight in anger by mutual consent the blows struck by each constitute an

*Setrum* à la suite de sa déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et a ordonné un nouveau procès. L'arrêt *Setrum* a été suivi par le juge Creaghan, de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *R. v. Crouse* (1982), 39 N.B.R. (2d) 1.

Si le courant de jurisprudence précédent établissait d'une manière toute déterminante les règles de common law qui lient notre Cour, il n'y aurait guère d'incertitude quant à la décision à rendre. Étant donné que le juge du procès a conclu à l'existence d'un consentement, Jobidon n'aurait pas commis l'infraction de voies de fait. Cependant, la solution est loin d'être aussi claire et nette que ces arrêts semblent l'indiquer. Depuis l'arrêt *Setrum*, certaines décisions se sont plus ou moins éloignées de cette approche nette et absolue qui écarte ni plus ni moins la conception traditionnelle du consentement dans le cas de bagarres à coups de poing. L'intimée s'appuie sur certaines de ces décisions plus récentes pour soutenir que le courant de jurisprudence *MacTavish, Dix, Abraham* et *Setrum* ne devrait pas être suivi.

Quoique certaines des décisions les plus récentes soient compatibles avec cette série d'arrêts, d'autres prennent dûment acte du principe établi de common law pour soutenir que les bagarres à coups de poing sont des cas spéciaux qui exigent l'imposition de certaines limites à l'effet du consentement prévu à l'art. 265. Bien sûr, les opinions diffèrent au sujet des lignes de démarcation qu'il convient de tirer dans différents cas.

Quoique traitant d'une affaire d'homicide où la provocation était invoquée en défense, la Cour d'appel de l'Ontario a eu l'occasion, dans l'arrêt *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (infirmé pour d'autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13), de s'appuyer sur les arrêts *Coney* et *Donovan* (sans faire mention de l'arrêt *R. v. Dix*, précité) pour conclure que le simple fait que deux personnes consentent à s'assener mutuellement des coups ne suffit pas pour que ces coups soient légaux (le juge Martin, à la p. 230):

[TRADUCTION] Lorsque deux personnes en colère consentent à se battre, les coups assenés par l'une consti-

assault on the other, unless justifiable in self-defence in accordance with the provisions of the *Code* . . .

The Supreme Court of the Northwest Territories <sup>a</sup> staked out the same interpretative ground in *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; also in *obiter dicta*. In a case dealing with the s. 244 offence of causing bodily harm with intent to wound (formerly s. 228), the judge held that a man who had intentionally applied <sup>b</sup> force to another while trying to break up a fight was guilty of the included offence of assault causing bodily harm. Marshall J. found occasion to stress, at p. 247, that it was the policy of the law that one cannot validly consent to a touching that is “intended to truly injure”. He noted that the law has long discouraged this brand of “self-help” and should instead deter violence and breaches of the peace. (*Contra R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277 (N.W.T.S.C.)) <sup>c</sup>

The Nova Scotia Court of Appeal supported these views in *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511. There the accused and the victim had been armed with knives and fought with them in the victim’s house. <sup>f</sup> The complainant sustained serious cuts to his hands. *Inter alia*, the accused was charged with unlawfully using a weapon in committing an assault contrary to (then) s. 245.1 of the *Code*. The accused invoked the consent of the victim as his primary defence. After stating that the *Code* had not negated the applicability of the common law in the assault context, and relying on the trio of English cases, the court distinguished *MacTavish*, *Dix*, *Abraham* and *Setrum* on the basis <sup>h</sup> that they dealt with assault charges arising out of fist fights, not the use of dangerous weapons. In coming to its conclusion that the trial judge had erred in instructing the jury that consent was a defence to the charge, and relying heavily on the *Attorney General’s Reference*, *supra*, the Nova Scotia Court of Appeal <sup>i</sup>

tuent des voies de fait sur l’autre, à moins qu’ils ne soient justifiables à titre de légitime défense conformément aux dispositions du *Code* . . .

La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a <sup>a</sup> adopté la même interprétation dans l’arrêt *R. v. Kusyj* (1983), 51 A.R. 243; il s’agissait là aussi d’une opinion incidente. Dans une affaire portant sur l’infraction prévue par l’art. 244, soit le fait de causer des lésions corporelles dans l’intention d’infliger des blessures (autrefois l’art. 228), le juge a conclu qu’un homme qui avait intentionnellement eu recours à la force contre une autre personne pendant qu’il essayait de mettre fin à une bagarre était coupable de l’infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge Marshall a profité de l’occasion pour souligner, à la p. 247, qu’il était de principe qu’en droit, une personne ne peut pas valablement <sup>b</sup> consentir à un contact qui est [TRADUCTION] «destiné à causer de véritables blessures». Il a fait remarquer que la loi décourage depuis longtemps ce genre d’«efforts personnels» et devrait plutôt décourager la violence et les violations de la paix publique. (*Contra R. v. Jerome*, [1990] 1 W.W.R. 277 (C.S.T.N.-O.)) <sup>c</sup>

La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a appuyé ce point de vue dans l’arrêt *R. v. Gur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 511. Dans cette affaire, l’accusé et la victime, armés de couteaux, se battaient dans la maison de cette dernière. Le plaignant a subi de graves coupures aux mains. L’inculpé était notamment <sup>f</sup> accusé d’avoir illégalement utilisé une arme en se livrant à des voies de fait, contrairement à l’art. 245.1 (alors en vigueur) du *Code*. L’inculpé a invoqué le consentement de la victime à titre de moyen de défense principal. Après avoir dit que le *Code* n’avait pas nié l’applicabilité de la common law dans le contexte des voies de fait et s’être appuyée sur la trilogie d’arrêts anglais, la cour a fait une distinction d’avec les arrêts *MacTavish*, *Dix*, *Abraham* et *Setrum*, fondée sur le fait qu’il y était question d’accusations de voies de fait découlant de bagarres à coups de poing, et non de l’utilisation d’armes dangereuses. En concluant que le juge du procès avait commis une erreur en affirmant, dans ses directives au jury, que le consentement pouvait être opposé comme moyen de <sup>h</sup> défense à l’accusation et en s’appuyant fortement sur l’affaire *Attorney General’s Reference*, précitée, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a exposé son <sup>i</sup>

stated its interpretation of the law in direct and open-ended terms, *per* Jones J.A., at p. 518:

As it is an offence to commit an assault where bodily harm is intended or caused then consent cannot be a defence to using a weapon for the purpose of committing an assault. . . . I cannot agree that a person can consent to the infliction of bodily harm that results in death. [Emphasis added.]

This approach was more broadly applied by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294. The sole issue in that appeal was whether a participant in a fist fight can give a legally effective consent to the intentional infliction of bodily harm upon himself. After reviewing the relevant jurisprudence, the unanimous court, speaking through Macdonald J.A., concluded that because it was not in the public interest that people should try to cause each other actual bodily harm for no good reason, most fights would be unlawful regardless of consent.

In fairly quick succession, the Alberta Court of Appeal was thrice required to grapple with this issue, first in *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257, then in *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25, and most recently in *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193.

In *R. v. Carriere*, two women engaged in a fist fight in the lobby of a hotel. Stopped briefly, and moved outdoors, the fight was renewed in a parking lot, this time with knives. The victim sustained a stab wound in her abdomen. The accused was charged and convicted of aggravated assault contrary to (then) s. 245.2 of the *Code*. The Court of Appeal upheld that conviction. In delivering the judgment of the court, Laycraft C.J.A. stated unequivocally that the English cases demonstrated a definite rule that a victim's consent provides no defence "where the assault maimed the victim". He noted that Professor Williams, *op. cit.*, at p. 585, has suggested that in modern times the rationale of the rule may be that the victim will likely

interprétation de la loi en des termes directs et non limitatifs (le juge Jones, à la p. 518):

[TRADUCTION] Vu que commet une infraction qui conque a l'intention de causer des lésions corporelles ou en cause en se livrant à des voies de fait, le consentement ne peut pas être invoqué pour justifier l'utilisation d'une arme dans la perpétration de voies de fait [. . .] Je ne puis accepter qu'une personne puisse consentir à ce que des lésions corporelles qui entraînent sa mort lui soient infligées. [Je souligne.]

Cette méthode a été appliquée de façon plus générale par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. v. McIntosh* (1991), 64 C.C.C. (3d) 294. La seule question en litige dans cet appel était de savoir si la personne qui participe à une bagarre à coups de poing peut donner un consentement ayant effet juridique à ce que des lésions corporelles lui soient intentionnellement infligées. Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, le juge Macdonald, au nom de la cour unanime, a conclu que parce qu'il n'était pas dans l'intérêt public que les gens tentent de s'infliger mutuellement de véritables lésions corporelles sans raison valable, la plupart des bagarres seraient illégales, sans égard au consentement.

Dans trois affaires très rapprochées dans le temps, la Cour d'appel de l'Alberta a dû s'attaquer à la question, d'abord dans l'affaire *R. v. Carriere* (1987), 56 C.R. (3d) 257, puis dans l'affaire *R. v. Bergner* (1987), 36 C.C.C. (3d) 25, et plus récemment dans l'affaire *R. v. Loonskin* (1990), 103 A.R. 193.

Dans l'affaire *R. v. Carriere*, deux femmes s'étaient battues à coups de poing dans le hall d'un hôtel. Après une brève interruption, elles sont sorties à l'extérieur et ont recommencé à se battre dans le stationnement, avec des couteaux cette fois. La victime a reçu un coup de couteau à l'abdomen. L'accusée a été accusée et reconnue coupable de voies de fait graves, en violation de l'art. 245.2 (alors en vigueur) du *Code*. La Cour d'appel a confirmé cette déclaration de culpabilité. En prononçant le jugement de la cour, le juge en chef Laycraft a affirmé sans équivoque que les arrêts anglais montraient qu'il existait une règle précise selon laquelle le consentement de la victime ne peut pas être invoqué en

become a public charge, contrary to the public interest.

With lesser forms of bodily harm, Laycraft C.J.A. conceded that Canadian authorities reflect a considerable diversity of opinion. So, although he acknowledged that "fists are not insignificant weapons" and that fist fights often end in serious injury or death, he restricted his holding to the narrower issue before the court, concluding, at p. 269:

I have, however, no doubt of the answer which the law must reach in a fight with knives where the charge is under one of the assault sections. One cannot consent to be stabbed. The public policy of the law intervenes to nullify the apparent consent of each of the combatants.

Before completing his judgment, Laycraft C.J.A. commented, in passing, that some cases dealt with under the assault sections of the *Criminal Code* might be better handled by charges of criminal negligence.

In *R. v. Bergner*, heard later the same year, the court was given the chance to decide the issue of fist fights on which it had refrained from commenting in *Carriere*. The accused, Bergner, had been charged with assault causing bodily harm, arising from a fight initiated in a hotel bar and continued outside on the street. Bergner hit the inebriated complainant repeatedly in the stomach and face with his fist, and then kicked the complainant's face and ribs with his boots. The complainant suffered a fractured nose and cheekbone, as well as damage to an optic nerve which left him blind in one eye.

The trial judge held that it was a consensual fist fight and on that basis acquitted Bergner of assault

défense [TRADUCTION] «lorsque les voies de fait ont eu pour effet de mutiler la victime». Il a fait remarquer que le professeur Williams, *op. cit.*, à la p. 585, avait laissé entendre qu'à l'époque contemporaine, le fondement de la règle peut être que la victime est susceptible de tomber à la charge de l'État, contrairement à l'intérêt public.

Pour ce qui est des lésions corporelles moins graves, le juge en chef Laycraft a reconnu qu'il existe dans la jurisprudence canadienne une grande diversité d'opinions. Ainsi, tout en reconnaissant que [TRADUCTION] «les poings ne sont pas des armes négligeables» et que les bagarres à coups de poing entraînent souvent des blessures graves ou la mort, il a restreint sa décision à la question plus stricte dont la cour avait été saisie et a conclu, à la p. 269:

[TRADUCTION] Toutefois, je ne doute aucunement de la réponse à laquelle le droit doit arriver dans le cas d'une bataille à coups de couteau où l'accusation est portée en vertu de l'une des dispositions concernant les voies de fait. Une personne ne peut pas consentir à se faire poignarder. La politique générale du droit intervient pour annuler le consentement apparent de chacun des adversaires.

Avant de conclure, le juge en chef Laycraft a fait remarquer, en passant, que certaines affaires examinées en vertu des dispositions du *Code criminel* en matière de voies de fait seraient mieux traitées au moyen d'accusations de négligence criminelle.

Dans l'affaire *R. v. Bergner*, entendue plus tard la même année, la cour a eu l'occasion de trancher la question des bagarres à coups de poing qu'elle s'était abstenue de commenter dans l'affaire *Carriere*. L'inculpé Bergner avait été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles à la suite d'une bagarre qui avait commencé dans le bar d'un hôtel et qui s'était poursuivie à l'extérieur, dans la rue. Bergner a frappé le plaignant ivre à maintes reprises à l'estomac et au visage avec son poing, puis il lui a donné des coups de pied au visage et dans les côtes avec ses bottes. Le plaignant a subi une fracture du nez et de l'os jugal et l'endommagement d'un nerf optique l'a rendu borgne.

Le juge du procès a décidé qu'il s'agissait d'une bagarre à coups de poing entre adversaires consen-



causing bodily harm. Laycraft C.J.A. again noted that in Canada cases of consensual fist fights show considerable variation in both result and rationale. Due to that indeterminacy, Laycraft C.J.A. thought himself obliged to allow policy considerations to decide the issue. In the end, he determined that consent to fist fights should not be nullified on the basis of the tests of “blow[s] struck in anger” (*Buchanan, Squire*) and where “actual bodily harm is intended and/or caused” (*Attorney General’s Reference*), even when intentional bodily harm was caused. In his opinion, the extent of such nullification would be overly encompassing—it would invalidate too many consents, in numerous activities, at p. 31:

If anger, or the intention to do corporal hurt or to truly injure or to cause actual bodily harm is to trigger the intervention of public policy and so nullify consent, it is difficult to imagine the case in which there would be no such intervention. School boys in disagreement, with or without boxing-gloves, intend and strive mightily to injure or cause bodily harm; they are certainly angry. Even professional boxers fighting for money may not be able to resist the onset of a certain choler. The contestants in fights in hockey or football also meet all the criteria. The friendly fight is a rare phenomenon.

... the expressed tests do not, in my respectful opinion, focus on one of the elements which should even more quickly induce the public policy of the law to nullify consent [the fact that in most fist fights challengers are often large, trained bullies, and the genuine consent of the other person is dubious at best].

Having rejected these tests for fist fight cases, Laycraft C.J.A. stated that once consent to a fist fight is truly established, it will preclude conviction for assault. Unlike fights with weapons, it would be too

tants et a déclaré Bergner non coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge en chef Laycraft a, de nouveau, fait remarquer qu’au Canada les jugements rendus dans les affaires de bagarres à coups de poing entre adversaires consentants varient énormément tant sur le plan du résultat que sur celui du raisonnement. Vu cette incertitude, le Juge en chef s’est estimé tenu de trancher l’affaire en se fondant sur des considérations de principe. En fin de compte, il a conclu que le consentement à une bagarre à coups de poing ne devrait pas être invalidé sur la base des critères fondés sur [TRADUCTION] «le coup asséné sous l’effet de la colère» (*Buchanan, Squire*) et [TRADUCTION] «l’intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux» (*Attorney General’s Reference*), et ce, même lorsque des lésions corporelles sont intentionnellement infligées. À son avis, la portée d’une telle invalidation serait trop générale—car elle toucherait un trop grand nombre de consentements, dans de nombreuses activités (à la p. 31):

[TRADUCTION] Si la colère, ou l’intention d’infliger un mal corporel ou de blesser vraiment ou de causer de véritables lésions corporelles doit faire entrer en jeu l’intérêt public et invalider ainsi le consentement, il est difficile d’imaginer une affaire dans laquelle l’intérêt public ne jouerait pas. Les écoliers qui se disputent, avec ou sans gants de boxe, ont l’intention de s’infliger des blessures ou de se causer des lésions corporelles et s’efforcent rudement de le faire; ils sont certainement en colère. Même les boxeurs professionnels qui se battent pour de l’argent ne sont peut-être pas capables de résister aux manifestations d’une certaine colère. Ceux qui se battent pendant une partie de hockey ou de football satisfont également à tous ces critères. Le combat amical est un phénomène rare.

... à mon avis, les critères énoncés ne mettent pas l’accent sur l’un des éléments qui devraient encore plus rapidement entraîner l’application de la politique générale de la loi de manière à annuler le consentement [le fait que, dans la plupart des bagarres à coups de poing, les adversaires sont souvent de grosses brutes entraînées et le fait que l’adversaire a véritablement donné son consentement est pour le moins douteux].

Après avoir rejeté ces critères dans le cas des bagarres à coups de poing, le juge en chef Laycraft affirme que, dès que le consentement à une bagarre à coups de poing est vraiment prouvé, il empêche une

difficult, and bordering on judicial usurpation of political authority, to formulate a code of tests for nullifying the consent of weaponless fighters based on anger or intent to cause bodily harm. Thus, even though it disagreed with the trial judge's factual finding of consent, the Court of Appeal regretfully dismissed the Crown's appeal. Provincial appellate courts have thrice been asked to interpret the role of consent in assault-based offences after *Bergner*.

In *R. v. Loonskin*, *supra*, the Alberta Court of Appeal followed the approach it established in *Bergner*. It held that, while the Crown was required by s. 265 to prove absence of consent to ground a conviction of aggravated assault, on the facts of the case before it where one of the combatants in a fist fight had bitten off part of the other's ear, consent had in fact not been given. Any consent to a fight, in general, was exceeded by the extent and force of the accused's harmful conduct.

The court took the opportunity to emphasize that while a legal defence of consent exists, nevertheless truly consensual fights would be very rare: "[w]here . . . one person attacks and another defends, and even in many cases where a challenge is met by a defence, it is not realistic to speak of a consensual fight" (p. 194). In overturning the acquittal, the Court of Appeal distinguished *Bergner* on the ground that in *Bergner* it was easier to find as a matter of fact that the combatants had consented to fight, because they deliberately moved from one place to another with the express intention of settling their differences by combat; not so in *Loonskin* where the fight had

déclaration de culpabilité de voies de fait. Contrairement aux batailles armées, il serait trop difficile, et cela friserait l'usurpation judiciaire du pouvoir politique, de formuler un code de critères qui permettraient d'invalider le consentement donné par des adversaires non armés et qui seraient fondés sur la colère ou l'intention de causer des lésions corporelles. Bien qu'en désaccord avec la conclusion de fait tirée par le juge du procès au sujet du consentement, la Cour d'appel a ainsi rejeté à regret l'appel interjeté par le ministère public. Après l'affaire *Bergner*, on a demandé à trois reprises aux cours d'appel provinciales d'interpréter le rôle du consentement dans le cas d'une infraction fondée sur des voies de fait.

Dans l'arrêt *R. v. Loonskin*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a suivi le point de vue qu'elle avait énoncé dans l'affaire *Bergner*. Elle a jugé que, même si l'art. 265 obligeait le ministère public à prouver l'absence de consentement pour justifier une déclaration de culpabilité de voies de fait graves, compte tenu des faits de l'affaire dont elle était saisie, où l'un des adversaires dans une bagarre à coups de poing avait arraché une partie de l'oreille de l'autre en la mordant, le consentement n'avait pas en fait été donné. En général, l'étendue et la force de la conduite préjudiciable de l'accusé allait au delà de tout consentement donné à une bagarre.

La cour a profité de l'occasion pour souligner qu'il existe en droit une défense fondée sur le consentement, mais que les bagarres où il y a véritable consentement sont très rares: [TRADUCTION] «[I]orsque une personne attaque et que l'autre se défend, et même dans de nombreux cas où une personne relève un défi en se défendant, il n'est pas réaliste de parler de bagarre entre adversaires consentants» (p. 194). En écartant le verdict de non-culpabilité, la Cour d'appel a fait une distinction à l'égard de l'affaire *Bergner* en affirmant que, dans cette dernière affaire, il était plus facile de tirer la conclusion de fait que les adversaires avaient consenti à se battre, parce qu'ils s'étaient délibérément déplacés d'un endroit à l'autre dans l'intention expresse de régler leur différend par la bagarre; ce n'était pas le cas dans l'affaire *Loonskin* où la bagarre avait éclaté plutôt spontanément et

erupted rather spontaneously and without agreement that bites would be involved.

Having not faced this issue of consent since its decision in *Setrum*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal returned to it in *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480, apparently with a very different mind set. *Cey* involved a charge of assault causing severe bodily harm under s. 245.1 of the *Code* for injuries sustained in a hockey game when the accused stick-checked the complainant in the neck and face. The complainant suffered injuries to his head and was found to have sustained a concussion and a whiplash, keeping him hospitalized for three days. The trial judge found that the accused had not intended to injure the complainant, nor had he intended to apply any greater force to the victim than was customary in the game. Since the complainant had continued to play the game after he received the injuries, the trial judge held that that willingness amounted to an implied consent to the bodily contact which had occurred, and used that finding as a basis for acquitting the accused. The Crown appealed on the partial ground that the trial judge had misdirected himself on the issue of consent.

Without referring to *Setrum*, the majority in *Cey* came to its conclusion by relying on *Attorney General's Reference*, *supra*, and on the Ontario Court of Appeal's decision in the case at bar; both cases having been decided subsequent to its earlier decision in *Setrum*. To that extent, the reasoning in *Cey* is as much at stake in this appeal as that of the Ontario Court of Appeal below. The Saskatchewan Court of Appeal held that, although consent to the application of force may be implied, and may thereby constitute a valid and effective consent, nonetheless its effective scope is limited, not only by circumstance, but also by the law, at pp. 492-93:

The trial judge, if he found either express or implied consent, was in my view required to consider whether the nature of the act was such that the victim could in

sans que les parties conviennent que des morsures seraient infligées.

N'ayant pas été saisie de la question du consentement depuis qu'elle avait rendu sa décision dans l'affaire *Setrum*, précitée, la Cour d'appel de la Saskatchewan y est revenue dans l'arrêt *R. v. Cey* (1989), 48 C.C.C. (3d) 480, apparemment dans un état d'esprit fort différent. Il s'agissait d'une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles graves qui avait été portée en vertu de l'art. 245.1 du *Code* et qui découlait de blessures infligées au cours d'une partie de hockey, quand l'accusé avait frappé le plaignant au cou et au visage avec son bâton. Le plaignant a été blessé à la tête et on a constaté qu'il avait subi une commotion et une entorse cervicale, pour lesquelles il a été hospitalisé pendant trois jours. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas eu l'intention de blesser le plaignant, pas plus qu'il n'avait eu l'intention d'utiliser contre la victime une force plus grande que celle qui est habituellement utilisée dans les parties de hockey. Le juge du procès a conclu que, puisque le plaignant avait continué à jouer après avoir été blessé, celui-ci avait implicitement consenti aux contacts physiques qui avaient eu lieu; il s'est fondé sur cette conclusion pour acquitter l'accusé. Le ministère public a interjeté appel pour le motif, notamment, que le juge du procès s'était mal instruit du droit sur la question du consentement.

Sans mentionner l'affaire *Setrum*, la cour à la majorité, dans l'affaire *Cey*, est arrivée à sa conclusion en s'appuyant sur l'affaire *Attorney General's Reference*, précitée, et sur l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario; ces deux affaires ont été tranchées postérieurement à son jugement dans l'affaire *Setrum*. Dans cette mesure, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Cey* est ici tout autant en jeu que celui qui a été adopté par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. La Cour d'appel de la Saskatchewan a jugé que, même si le consentement au recours à la force peut être implicite et peut donc constituer un consentement valide et efficace, son effet est néanmoins restreint, non seulement en fait, mais également en droit (aux pp. 492 et 493):

[TRADUCTION] S'il conclut à l'existence d'un consentement exprès ou implicite, le juge du procès est, à mon avis, tenu de se demander si la nature de l'acte était telle

law consent to it. I am in agreement with the analysis of the term “assault” and the limits for a victim to consent thereof in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Jobidon*. . . .

While the *Jobidon* case dealt with a consensual fight outside a bar and while the English reference case referred to activity outside of sport, I see no reason in principle why the consent, express or implied, to assault in the context of a sporting event should not be considered similarly. That is in sporting events as well the mere fact that a type of assault occurs with some frequency does not necessarily mean that it is not of such a severe nature that consent thereto is precluded. In a sport such as hockey, however, I believe the test may be more limited than in the *Attorney-General’s Reference* case—that is, I think the alternate reference to “caused” to be inappropriate where actions to which there is implied consent may in extraordinary circumstances cause harm. [Emphasis added.]

Since the trial judge had not directed himself to the nature of the act impliedly consented to, the acquittal was set aside.

(d) Summary of the Common Law

(i) *The English Position*

*Attorney General’s Reference* makes it clear that a conviction of assault will not be barred if “bodily harm is intended and/or caused”. Since this test is framed in the alternative, consent could be nullified even in situations where the assailant did not intend to cause the injured person bodily harm but did so inadvertently. In Canada, however, this very broad formulation cannot strictly apply, since the definition of assault in s. 265 is explicitly restricted to intentional application of force. Any test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused.

que la victime pouvait y consentir en droit. Je souscris à l’analyse de l’expression «voies de fait» et des limites du consentement que peut donner la victime, que la Cour d’appel d’Ontario a faite dans l’affaire *R. v. Jobidon* . . .

L’affaire *Jobidon* portait sur une bagarre entre adversaires consentants survenue à l’extérieur d’un bar, et le renvoi anglais portait sur une activité non liée à la pratique d’un sport, mais je ne vois pas pourquoi en principe le consentement, exprès ou implicite, à des voies de fait dans le contexte d’une activité sportive ne devrait pas être considéré de la même manière. C’est-à-dire, dans les activités sportives également, le simple fait qu’un genre de voies de fait se produit assez souvent ne veut pas nécessairement dire qu’il n’est pas d’une nature assez grave pour empêcher une personne d’y consentir. Toutefois, dans un sport comme le hockey, je crois que le critère peut être plus restreint que dans l’affaire *Attorney-General’s Reference*—c’est-à-dire qu’à mon avis, il ne convient pas de retenir comme alternative distincte les lésions corporelles causées mais non voulues lorsque les actions à l’égard desquelles un consentement implicite a été donné peuvent exceptionnellement causer un préjudice. [Je souligne.]

Étant donné que le juge du procès n’avait pas examiné la nature de l’acte à l’égard duquel un consentement implicite avait été donné, le verdict de non-culpabilité a été annulé.

d) Résumé de la common law

(i) *La position anglaise*

L’affaire *Attorney General’s Reference* montre clairement qu’on n’empêchera pas une déclaration de culpabilité de voies de fait s’il y a [TRADUCTION] «l’intention ou le fait de causer des lésions corporelles, ou les deux». Étant donné que ce critère est présenté comme une alternative, le consentement pourrait être invalidé même dans le cas où l’assaillant n’avait pas l’intention de causer des lésions corporelles, mais l’a fait par inadvertance. Toutefois, au Canada, cette formulation très générale ne saurait s’appliquer tel quel, étant donné que la définition des voies de fait figurant à l’art. 265 est expressément limitée à l’utilisation intentionnelle de la force. Tout critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées.

(ii) *The Canadian Position*

The preceding analysis reveals division in the Canadian jurisprudence. Decisions by courts of appeal in Manitoba, Ontario, Nova Scotia and (lately) Saskatchewan would nullify consent to intentionally inflicted bodily harm arising from a fist fight. Their approach is contained, respectively, in *Buchanan* (1898), *Cullen* (1948), *Squire* (1975), *Jobidon* (1988), *Gur* (1986), *McIntosh* (1991), and *Cey* (1989). (There is of course general support for the idea of policy-based nullification in the Alberta Court of Appeal; witness the language of Laycraft C.J.A. in *R. v. Carriere, supra*.)

On the other side are decisions of appellate courts in New Brunswick (*MacTavish* (1972)), Quebec (*Abraham* (1974)), Saskatchewan (*Setrum* (1976)), and Alberta (*Bergner* (1987) and *Loonskin* (1990)).

Although there is certainly no crystal-clear position in the modern Canadian common law, still, when one takes into account the combined English and Canadian jurisprudence, when one keeps sight of the common law's centuries-old persistence to limit the legal effectiveness of consent to a fist fight, and when one understands that s. 265 has always incorporated that persistence, the scale tips rather heavily against the validity of a person's consent to the infliction of bodily injury in a fight.

The thrust of the English common law is particularly important in this regard because it has been consistent for many decades, indeed, centuries. It became an integral component of the Canadian common law and has remained so to this day. Many of the seemingly pivotal pro-consent decisions made by courts in the 1970s were either *obiter* or were pronounced upon insufficient consideration of the important role of the traditional common law. Moreover they were decided prior to the decision in *Attorney General's Reference* (1981), which offered a very authoritative pronouncement of the common law position. The sig-

(ii) *La position canadienne*

L'examen qui précède révèle la division qui existe au sein de la jurisprudence canadienne. Des décisions rendues par les cours d'appel du Manitoba, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et (dernièrement) de la Saskatchewan invalideraient le consentement à des lésions corporelles intentionnellement infligées dans le cadre d'une bagarre à coups de poing. Ce point de vue est respectivement exprimé dans les arrêts *Buchanan* (1898), *Cullen* (1948), *Squire* (1975), *Jobidon* (1988), *Gur* (1986), *McIntosh* (1991) et *Cey* (1989). (Bien sûr, l'idée de l'invalidation fondée sur des raisons de principe est généralement appuyée en Cour d'appel de l'Alberta, comme en font foi les propos du juge en chef Laycraft dans l'arrêt *R. v. Carriere*, précité.)

En sens contraire, il y a les arrêts des cours d'appel du Nouveau-Brunswick (*MacTavish* (1972)), du Québec (*Abraham* (1974)), de la Saskatchewan (*Setrum* (1976)) et de l'Alberta (*Bergner* (1987)) et *Loonskin* (1990)).

Quoiqu'il n'existe certainement pas de position claire, nette et précise dans la common law canadienne contemporaine, il reste que, si on prend en considération la jurisprudence tant anglaise que canadienne, si l'on songe que, pendant des siècles, la common law a persisté à limiter l'effet juridique du consentement dans le cas d'une bagarre à coups de poing et si l'on comprend que l'art. 265 a toujours fait état de cette persistance, la balance penche plutôt fortement contre la validité du consentement à se faire infliger des lésions corporelles au cours d'une bagarre.

L'influence de la common law anglaise est particulièrement importante à cet égard étant donné qu'elle est uniforme depuis de nombreuses décennies, voire depuis des siècles. Elle a été intégrée à la common law canadienne et en fait encore partie aujourd'hui. Un grand nombre des décisions judiciaires apparemment cruciales rendues pendant les années 70 en faveur du consentement étaient des opinions incidentes ou ont été prononcées sans qu'il soit suffisamment tenu compte du rôle important de la common law traditionnelle. De plus, elles ont été rendues antérieurement à l'affaire *Attorney General's Reference*

nificance of that decision is perhaps best indicated in the instant appeal, for it provided the basis used by the Ontario Court of Appeal to overrule its decision in *R. v. Dix, supra*. The *Attorney General's Reference* case was again observed to be pivotal in the recent decision of the Appeal Court in Saskatchewan, in *R. v. Cey*. In light of these many considerations, I am of the view that the Canadian position is not as opaque or bifurcated as one might initially think.

Notwithstanding this conclusion, given the residual indeterminacy which admittedly lingers in the recent Canadian cases, it is useful to canvass policy considerations which exert a strong influence in this appeal, for they rather decisively support the respondent, bringing down the scales even more surely in support of the decision in the court below.

(e) Policy Considerations

Foremost among the policy considerations supporting the Crown is the social uselessness of fist fights. As the English Court of Appeal noted in the *Attorney General's Reference*, it is not in the public interest that adults should willingly cause harm to one another without a good reason. There is precious little utility in fist fights or street brawls. These events are motivated by unchecked passion. They so often result in serious injury to the participants. Here it resulted in a tragic death to a young man on his wedding day.

There was a time when pugilism was sheltered by the notion of "chivalry". Duelling was an activity not only condoned, but required by honour. Those days are fortunately long past. Our social norms no longer correlate strength of character with prowess at fist-cuffs. Indeed when we pride ourselves for making positive ethical and social strides, it tends to be on the basis of our developing reason. This is particularly true of the law, where reason is cast in a privileged light. Erasing longstanding limits on consent to

(1981), dans laquelle figure un énoncé de grande autorité quant à la position de la common law. L'importance de cet arrêt est peut-être plus manifeste en l'espèce, car c'est sur lui que s'est fondée la Cour d'appel de l'Ontario lorsqu'elle a renversé sa décision rendue dans l'affaire *R. v. Dix*, précitée. Dans son arrêt récent *R. v. Cey*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a de nouveau fait observer que l'affaire *Attorney General's Reference* a une importance cruciale. Compte tenu de ces nombreuses considérations, je suis d'avis que la position canadienne n'est pas aussi obscure ou aussi divisée qu'on pourrait le croire au premier abord.

Malgré cette conclusion, étant donné l'incertitude qui persiste dans la jurisprudence canadienne récente, il est utile d'examiner les considérations de principe qui exercent une profonde influence en l'espèce, car elles appuient d'une manière plutôt décisive la position de l'intimée et font pencher la balance encore plus nettement du côté de l'arrêt de la Cour d'appel.

e) Considérations de principe

Parmi les considérations de principe qui appuient la position du ministère public, il y a avant tout l'inutilité des bagarres à coups de poing, sur le plan social. Comme la Cour d'appel anglaise l'a fait remarquer dans l'affaire *Attorney General's Reference*, il n'est pas dans l'intérêt public que des adultes se blessent mutuellement, et ce, volontairement et sans raison valable. Les bagarres à coups de poing et les batailles de rues sont fort peu utiles. Elles sont motivées par des passions immodérées. Les participants sont souvent grièvement blessés. Ici, la bagarre a abouti à la mort tragique d'un jeune homme le jour de son mariage.

À une certaine époque, le pugilat était protégé par la notion de «chevalerie». Les duels étaient non seulement tolérés, mais également requis par l'honneur. Heureusement, ces jours sont depuis longtemps passés. Nos normes sociales n'associent plus force de caractère et prouesses dans les bagarres au poing. En fait, lorsque nous nous enorgueillissons du progrès réalisé sur les plans moral et social, nous tendons à le fonder sur l'évolution de la raison. C'est particulièrement vrai dans le domaine juridique, où la raison se

assault would be a regressive step, one which would retard the advance of civilised norms of conduct.

Quite apart from the valueless nature of fist fights from the combatants' perspective, it should also be recognized that consensual fights may sometimes lead to larger brawls and to serious breaches of the public peace. In the instant case, this tendency was openly observable. At the prospect of a fight between Jobidon and the deceased, in a truly macabre fashion many patrons of the hotel deliberately moved to the parking lot to witness the gruesome event. That scene easily could have erupted in more widespread aggression between allies of the respective combatants. Indeed it happened that the brothers of Jobidon and Haggart also took to each other with their fists.

Given the spontaneous, often drunken nature of many fist fights, I would not wish to push a deterrence rationale too far. Nonetheless, it seems reasonable to think that, in some cases, common law limitations on consent might serve some degree of deterrence to these sorts of activities.

Related to a deterrence rationale is the possibility that, by permitting a person to consent to force inflicted by the hand of another, in rare cases the latter may find he derives some form of pleasure from the activity, especially if he is doing so on a regular basis. It is perhaps not inconceivable that this kind of perversion could arise in a domestic or marital setting where one or more of the family members are of frail or unstable mental health. As one criminal law theorist has written:

... the self-destructive individual who induces another person to kill or to mutilate him implicates the latter in the violation of a significant social taboo. The person carrying out the killing or the mutilation crosses the threshold into a realm of conduct that, the second time, might be more easily carried out. And the second time, it might not be particularly significant whether the victim consents or not. Similarly, if someone is encouraged to inflict a sado-masochistic beating on a consenting

voit attribuer une place privilégiée. Supprimer les limites établies depuis longtemps à l'égard du consentement à des voies de fait serait régresser et donc retarder la progression des normes civilisées de conduite.

Indépendamment du fait que les bagarres à coups de poing n'ont aucune valeur pour les adversaires, il faut également reconnaître que les bagarres entre adversaires consentants peuvent parfois entraîner des rixes générales ou d'autres troubles graves à la paix publique. En l'espèce, cette tendance est tout à fait évidente. À la perspective d'une bagarre entre Jobidon et la victime, de nombreux clients de l'hôtel se sont délibérément rendus au stationnement, d'une façon vraiment macabre, pour être témoins de l'horrible événement. La chose aurait facilement pu dégénérer en une bagarre généralisée entre les alliés des adversaires respectifs. De fait, les frères de Jobidon et de Haggart se sont également battus à coups de poing.

Compte tenu de la nature spontanée de nombreuses bagarres à coups de poing, souvent attribuables à l'alcool, je ne voudrais pas trop insister sur l'argument de la dissuasion. Néanmoins, il semble raisonnable de croire que, dans certains cas, les limites imposées au consentement en common law pourraient dans une certaine mesure décourager ce genre d'activités.

Est également liée à l'argument de la dissuasion la possibilité qu'en autorisant une personne à consentir à ce qu'une autre personne utilise la force contre elle, cette dernière, dans de rares cas, éprouve un certain plaisir à se livrer à cette activité, surtout si elle le fait régulièrement. Il n'est peut-être pas inconcevable que ce genre de perversion puisse se manifester dans le cadre d'un ménage où l'état mental d'au moins l'un des membres de la famille est fragile ou instable. Comme un criminologue l'a dit:

[TRADUCTION] ... l'individu autodestructeur qui incite une autre personne à le tuer ou à le mutiler implique cette dernière dans la violation d'un tabou social important. La personne qui se charge de le tuer ou de le mutiler franchit un seuil qui, la seconde fois, pourrait être plus facile à franchir. Et la seconde fois, il ne serait peut-être pas particulièrement important que la victime consente ou non. De même, si quelqu'un est encouragé à battre une victime consentante dans le cadre d'une

victim, the experience of inflicting the beating might loosen the actor's inhibitions against sadism in general.

(G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at pp. 770-71.)

Of course this appeal does not concern sadism or intentional killing. But it comes close to mutilation. In any event, the weight of the argument could hold true for fights. If aggressive individuals are legally permitted to get into consensual fist fights, and they take advantage of that license from time to time, it may come to pass that they eventually lose all understanding that that activity is the subject of a powerful social taboo. They may too readily find their fists raised against a person whose consent they forgot to ascertain with full certitude. It is preferable that these sorts of omissions be strongly discouraged.

Wholly apart from deterrence, it is most unseemly from a moral point of view that the law would countenance, much less provide a backhanded sanction to the sort of interaction displayed by the facts of this appeal. The sanctity of the human body should militate against the validity of consent to bodily harm inflicted in a fight.

Some would say the offence of assault should not be concerned with these considerations. They might argue that in respect of street fights, deterrence and express disapprobation of the law is already contained in other provisions of the *Criminal Code*. For instance, Parliament has seen fit to prohibit "prize-fighting", on penalty of criminal sanction, in s. 83.

However, while it is true that s. 83 prohibits prize-fighting, it is unlikely that section would apply to the situation giving rise to this appeal, nor to the wide range of cases which arise in like fashion. The definition of prize-fighting is:

83. ...

(2) ... an encounter or fight with fists or hands between two persons who have met for that purpose by previous arrangement made by or for them, but a boxing

relation sadomasochiste, l'expérience pourrait amoindrir les inhibitions de l'auteur de l'acte par rapport au sadisme en général.

(G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), aux pp. 770 et 771.)

Bien sûr, il n'est pas ici question de sadisme ni d'homicide intentionnel. Cependant, l'affaire se rapproche des cas de mutilation. Quoi qu'il en soit, cet argument pourrait s'appliquer aux bagarres. Si des individus agressifs consentants sont légalement autorisés à se battre à coups de poing, et qu'ils profitent parfois de cette permission, ils pourraient en arriver à ne plus comprendre que cette activité est l'objet d'un tabou social puissant. Ils peuvent avoir trop facilement recours à leurs poings, en oubliant de s'assurer pleinement que l'adversaire a consenti à la chose. Il est préférable que les omissions de ce genre soient fortement découragées.

Tout à fait indépendamment de la dissuasion, il ne convient certes pas, au point de vue moral, que la loi tolère, et encore moins sanctionne indirectement, le genre d'interaction ici en cause. Le caractère sacré du corps humain milite contre la validité du consentement à se voir infliger des lésions corporelles dans une bagarre.

Certains diraient que ces considérations ne devraient pas entrer en ligne de compte en ce qui concerne l'infraction de voies de fait. Ils pourraient faire valoir que, dans le cas des batailles de rues, la dissuasion et la désapprobation expresse de la loi se manifestent déjà ailleurs dans le *Code criminel*. Ainsi, le législateur a jugé bon, à l'art. 83, d'interdire les «combats concertés», sous peine de sanction pénale.

Toutefois, bien qu'il soit vrai que l'art. 83 interdise les combats concertés, il est peu probable que cette disposition s'applique au cas à l'origine du présent pourvoi, ou à la gamme étendue des cas qui surviennent de façon similaire. Le combat concerté est ainsi défini:

83. ...

(2) ... un match ou combat, avec les poings ou les mains, entre deux personnes qui se sont rencontrées à cette fin par arrangement préalable conclu par elles, ou



contest between amateur sportsmen . . . shall be deemed not to be a prize fight. [Emphasis added.]

Since it is a condition of this offence that the fight be arranged previously, it is questionable whether the facts of this case would warrant a conviction on that basis. Although the trial judge found that the parties agreed to continue their fight outside the hotel, nonetheless it was essentially a spontaneous, *ad hoc* event. (In any event, this issue has not been raised in this appeal.)

The policy preference that people not be able to consent to intentionally inflicted harms is heard not only in the register of our common law. The *Criminal Code* also contains many examples of this propensity. As noted above, s. 14 of the *Code* vitiates the legal effectiveness of a person's consent to have death inflicted on him under any circumstances. The same policy appears to underlie ss. 150.1, 159 and 286 in respect of younger people, in the contexts of sexual offences, anal intercourse, and abduction, respectively. All this is to say that the notion of policy-based limits on the effectiveness of consent to some level of inflicted harms is not foreign. Parliament as well as the courts have been mindful of the need for such limits. Autonomy is not the only value which our law seeks to protect.

Some may see limiting the freedom of an adult to consent to applications of force in a fist fight as unduly paternalistic; a violation of individual self-rule. Yet while that view may commend itself to some, those persons cannot reasonably claim that the law does not know such limitations. All criminal law is "paternalistic" to some degree—top-down guidance is inherent in any prohibitive rule. That the common law has developed a strong resistance to recognizing the validity of consent to intentional applications of force in fist fights and brawls is merely one instance of the criminal law's concern

pour elles; cependant, n'est pas réputé combat concerté un match de boxe entre des sportifs amateurs . . . [Je souligne.]

Étant donné qu'une des conditions de l'infraction est que le combat doit avoir fait l'objet d'un arrangement préalable, on peut se demander si les faits de la présente espèce justifieraient une déclaration de culpabilité pour ce motif. Le juge du procès a conclu que les parties avaient convenu de continuer à se battre à l'extérieur de l'hôtel, mais il s'agissait néanmoins d'un événement spontané et improvisé. (Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas été soulevée dans le présent pourvoi.)

Le principe selon lequel les gens ne devraient pas être en mesure de consentir à ce que des lésions leur soient intentionnellement infligées ne fait pas uniquement partie de la common law. Le *Code criminel* en contient également de nombreux exemples. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, l'art. 14 du *Code* infirme l'effet juridique du consentement d'une personne à se voir infliger la mort, et ce, quelles que soient les circonstances. Le même principe paraît sous-tendre les art. 150.1, 159 et 286 en ce qui concerne les jeunes gens, dans le contexte des infractions sexuelles, de la sodomie et du rapt respectivement. Tout cela pour dire que la notion de limites de principe quant à l'efficacité d'un consentement à se faire infliger quelque lésion n'est pas une notion étrangère. Le législateur et les tribunaux ont été conscients du besoin de pareilles limites. L'autonomie n'est pas la seule valeur que notre droit cherche à protéger.

Certains peuvent percevoir comme trop paternaliste, comme une violation de l'autonomie personnelle, la restriction de la liberté d'un adulte à consentir à ce que la force soit utilisée au cours d'une bagarre à coups de poing. Pourtant, ceux qui préconisent ce point de vue ne sauraient raisonnablement affirmer que la loi ne connaît pas pareilles limitations. Tout le droit criminel est, dans une certaine mesure, «paternaliste»; toute règle prohibitive comporte en soi l'exercice d'une autorité supérieure. Le fait que la common law en soit venue à hésiter fortement à reconnaître la validité du consentement à l'utilisation intentionnelle de la force dans les rixes et dans les bagarres à coups de poing traduit simple-

that Canadian citizens treat each other humanely and with respect.

Finally, it must not be thought that by giving the green light to the common law, and a red light to consent to fights, this Court is thereby negating the role of consent in all situations or activities in which people willingly expose themselves to intentionally applied force. No such sweeping conclusion is entailed. The determination being made is much narrower in scope.

(f) Conclusion

How, and to what extent is consent limited?

The law's willingness to vitiate consent on policy grounds is significantly limited. Common law cases restrict the extent to which consent may be nullified; as do the relevant policy considerations. The unique situation under examination in this case, a weaponless fist fight between two adults, provides another important boundary.

The limitation demanded by s. 265 as it applies to the circumstances of this appeal is one which vitiates consent between adults intentionally to apply force causing serious hurt or non-trivial bodily harm to each other in the course of a fist fight or brawl. (This test entails that a minor's apparent consent to an adult's intentional application of force in a fight would also be negated.) This is the extent of the limit which the common law requires in the factual circumstances of this appeal. It may be that further limitations will be found to apply in other circumstances. But such limits, if any, are better developed on a case by case basis, so that the unique features of the situation may exert a rational influence on the extent of the limit and on the justification for it.

Stated in this way, the policy of the common law will not affect the validity or effectiveness of freely given consent to participate in rough sporting activities, so long as the intentional applications of force to which one consents are within the customary norms

ment le souci du droit criminel que les citoyens canadiens se traitent entre eux humainement et avec respect.

Enfin, il ne faut pas penser qu'en donnant le feu vert à la common law, et le feu rouge au consentement à se battre, notre Cour nie ainsi le rôle du consentement dans toutes les situations ou activités où les gens s'exposent de leur plein gré à ce que la force soit intentionnellement utilisée. On ne saurait tirer une conclusion si générale. La décision a une portée beaucoup plus restreinte.

f) Conclusion

Comment et dans quelle mesure le consentement est-il limité?

La volonté en droit d'écarter le consentement pour des raisons de principe est fort limitée. La jurisprudence de common law en restreint les circonstances; il en est de même des considérations de principe pertinentes. La situation unique ici à l'étude, soit une bagarre non armée à coups de poing entre deux adultes, fournit une autre limite importante.

La limite que requiert l'application de l'art. 265 aux faits de l'espèce, est l'annulation du consentement entre adultes à l'utilisation intentionnelle de la force pour s'infliger mutuellement des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles au cours d'une rixe ou d'une bagarre à coups de poing. (Ce critère signifie que le consentement apparent d'un mineur à ce qu'un adulte ait intentionnellement recours à la force dans une bagarre serait également invalidé.) Telle est l'étendue de la limite prescrite par la common law en l'espèce. Il se peut qu'il soit jugé, dans d'autres cas, que des limites supplémentaires s'appliquent. Cependant, il est préférable de fixer ces limites, s'il en est, dans chaque cas de sorte que les caractéristiques particulières de l'affaire puissent exercer une influence rationnelle sur l'étendue de la limite et sur sa justification.

Énoncé de cette façon, le principe de common law n'influera pas sur la validité ou sur l'effet du consentement donné librement par une personne à participer à des activités sportives violentes, dans la mesure où l'utilisation intentionnelle de la force à laquelle elle

and rules of the game. Unlike fist fights, sporting activities and games usually have a significant social value; they are worthwhile. In this regard the holding of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Cey*, *supra*, is apposite.

The court's majority determined that some forms of intentionally applied force will clearly fall within the scope of the rules of the game, and will therefore readily ground a finding of implied consent, to which effect should be given. On the other hand, very violent forms of force which clearly extend beyond the ordinary norms of conduct will not be recognized as legitimate conduct to which one can validly consent.

There is also nothing in the preceding formulation which would prevent a person from consenting to medical treatment or appropriate surgical interventions. Nor, for example, would it necessarily nullify consent between stuntmen who agree in advance to perform risky sparring or daredevil activities in the creation of a socially valuable cultural product. A charge of assault would be barred if the Crown failed to prove absence of consent in these situations, in so far as the activities have a positive social value and the intent of the actors is to produce a social benefit for the good of the people involved, and often for a wider group of people as well. This is a far cry from the situation presented in this appeal, where Jobidon's sole objective was to strike the deceased as hard as he physically could, until his opponent either gave up or retreated. Fist fights are worlds apart from these other forms of conduct.

Finally, the preceding formulation avoids nullification of consent to intentional applications of force which cause only minor hurt or trivial bodily harm. The bodily harm contemplated by the test is essentially equivalent to that contemplated by the definition found in s. 267(2) of the *Code*, dealing with the offence of assault causing bodily harm. The section defines bodily harm as "any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort

consent respecte les normes et les règles habituelles du jeu. Contrairement aux bagarres à coups de poing, les activités sportives et les jeux ont habituellement une valeur sociale importante; ils sont utiles. À cet égard, l'arrêt *R. v. Cey*, précité, de la Cour d'appel de la Saskatchewan est pertinent.

La cour à la majorité a décidé que certains genres de force intentionnelle sont clairement visés par les règles du jeu, de sorte qu'il est facile de conclure à l'existence d'un consentement implicite auquel il faut donner effet. Par ailleurs, des actes très violents qui dépassent clairement les normes ordinaires de conduite ne seront pas reconnus comme une conduite légitime à laquelle il est valablement possible de consentir.

Il n'y a rien dans l'énoncé qui précède qui empêcherait une personne de consentir à un traitement médical ou à des interventions chirurgicales appropriées. Il n'invaliderait pas nécessairement non plus le consentement entre des cascadeurs qui acceptent d'avance de se livrer à des combats de boxe ou des acrobaties dangereuses pour créer un produit culturel socialement valable. Une accusation de voies de fait échouerait si le ministère public n'arrivait pas à prouver l'absence de consentement en pareil cas, dans la mesure où ces activités ont une valeur sociale positive et où les acteurs ont l'intention de produire un avantage social pour le bien des personnes en cause, et souvent pour un groupe plus étendu également. Cela ne ressemble absolument pas à la situation ici en cause, où Jobidon cherchait uniquement à frapper la victime aussi fort qu'il pouvait physiquement le faire, jusqu'à ce que cette dernière abandonne la partie ou batte en retraite. Les bagarres à coups de poing sont loin de ressembler à ces autres formes de conduite.

Enfin, l'énoncé qui précède évite l'invalidation du consentement au recours intentionnel à la force causant seulement de légères blessures ou des lésions corporelles mineures. Les lésions corporelles visées par le critère sont essentiellement équivalentes à celles envisagées par la définition figurant au par. 267(2) du *Code*, concernant l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles. En vertu de cette disposition, l'expression «lésions corporelles»

of the complainant and that is more than merely transient or trifling in nature”.

On this definition, combined with the fact that the test is restricted to cases involving adults, the phenomenon of the “ordinary” schoolyard scuffle, where boys or girls immaturely seek to resolve differences with their hands, will not come within the scope of the limitation. That has never been the policy of the law and I do not intend to disrupt the status quo. However, I would leave open the question as to whether boys or girls under the age of 18 who truly intend to harm one another, and ultimately cause more than trivial bodily harm, would be afforded the protection of a defence of consent. (As was the accused in *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.), in which a boy was charged with manslaughter, via assault, for pushing another boy down a flight of stairs thereby causing the boy’s death. The trial judge held that the deceased boy had impliedly consented to rough-housing on the stairs as they descended.) The appropriate result will undoubtedly depend on the peculiar circumstances of each case.

It is now possible to move away from the issue of consent. But before summarizing the result of this appeal, it may be instructive briefly to address the possibility that criminal negligence could serve as an alternative unlawful act on which the charge of manslaughter could be grounded.

#### 4. *Alternative Grounds for Conviction of Manslaughter*

##### (a) Comparing Assault and Criminal Negligence

Since the trial judge found that the appellant was not criminally negligent, the point was not addressed in the court below, and the appellant has not raised the issue of criminal negligence on appeal, it is not strictly necessary to analyze criminal negligence in this appeal. Nevertheless it may be instructive to do

désigne «une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n’est pas de nature passagère ou sans importance».

Selon cette définition, et compte tenu du fait que le critère s’applique uniquement aux cas dans lesquels des adultes sont en cause, le phénomène de la bousculade «ordinaire» dans une cour d’école, où garçons ou filles cherchent, par manque de maturité, à régler leurs différends avec leurs mains, ne sera pas visé par cette limite. Cela n’a jamais été la politique de la loi et je n’ai pas l’intention de modifier le statu quo. Toutefois, je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si les garçons ou les filles âgés de moins de 18 ans qui ont vraiment l’intention de se blesser mutuellement, et qui se causent en fin de compte plus que des lésions corporelles mineures, pourraient invoquer le consentement comme moyen de défense. (Comme ce fut le cas pour l’accusé dans l’affaire *R. v. Barron* (1985), 23 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.), où un garçon avait été accusé d’homicide involontaire coupable, par suite de voies de fait, pour avoir poussé un autre garçon en bas d’un escalier et avoir causé sa mort. Le juge du procès a déclaré que la victime avait implicitement consenti à se bagarrer dans l’escalier pendant qu’ils descendaient.) Le résultat approprié dépendra sans aucun doute des circonstances propres à chaque affaire.

Il est maintenant possible de laisser de côté la question du consentement. Cependant, avant de résumer le résultat de ce pourvoi, il peut être intéressant de parler brièvement de la possibilité que la négligence criminelle puisse servir d’acte illégal subsidiaire sur lequel l’accusation d’homicide involontaire coupable pourrait être fondée.

#### 4. *Motifs subsidiaires de déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable*

##### a) Comparaison entre les voies de fait et la négligence criminelle

Étant donné que le juge du procès a conclu que l’appelant n’était pas coupable de négligence criminelle, que la Cour d’appel n’a pas examiné la question et que l’appelant ne l’a pas soulevée non plus dans le présent pourvoi, il n’est pas strictement nécessaire d’analyser ici la négligence criminelle.

so, to provide a more comprehensive understanding of the offence of assault, and to gain an adequate appreciation of the comparative operations of assault and criminal negligence. In *R. v. Carriere, supra*, Chief Justice Laycraft of the Alberta Court of Appeal suggested that in some fist fight or street fight cases, even if weapons are involved, criminal negligence causing death or bodily injury respectively under ss. 203 or 204 (now ss. 220 and 221) may be the more appropriate charges, since criminal negligence is behaviour which shows “wanton or reckless disregard for the safety of other persons” (p. 269). In the opinion of Laycraft C.J.A., a charge under those sections would focus on what he called the “real issue” in such cases, not whether there was consent, but whether the person who applied the force knew of the likelihood of risk to the life or safety of another person and proceeded with his action regardless of that risk.

While that reasoning might commend itself in obviating the sometimes unavoidably difficult task of assessing whether consent was given, and of determining precisely what was consented to—the form of activity and the sorts of consequences—on balance I am of the view that in the context now before the Court, in the fist fight or street fight situation, those tasks will remain largely unavoidable.

The prototypical fist fight constitutes a situation in which the concept and term “assault” fit quite naturally. Criminal negligence is less well tailored to the situation. In a fist fight two people line themselves up. They face one another and begin striking. There is typically an obvious intention to apply force to the other person. There is a consciousness that if one lands a hard blow to the other person, he or she will suffer some degree of pain or discomfort, at the very least. This conscious regard for some level of harmful consequence to the physical integrity of another person distinguishes assault from criminal negligence, where there is actually a disregard for the likely impact of one’s conduct on the other’s physical

Néanmoins, il peut être intéressant de le faire, de façon à mieux comprendre l’infraction de voies de fait et de bien saisir les différences entre les voies de fait et la négligence criminelle. Dans l’arrêt *R. v. Carriere*, précité, le juge en chef Laycraft de la Cour d’appel de l’Alberta a laissé entendre que, dans certaines affaires de bagarres à coups de poing ou de batailles de rues, même si des armes sont en cause, la négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles, en vertu des art. 203 ou 204 (maintenant les art. 220 et 221) respectivement, peut constituer l’accusation la plus appropriée, étant donné qu’il s’agit d’un comportement qui montre [TRADUCTION] «une insouciance déréglée ou téméraire pour la sécurité d’autrui» (p. 269). De l’avis du juge en chef Laycraft, une accusation fondée sur ces dispositions mettrait l’accent sur ce qu’il a appelé la [TRADUCTION] «véritable question» en pareils cas, c’est-à-dire non pas sur la question de savoir s’il y a eu consentement, mais si la personne qui a eu recours à la force savait que la vie ou la sécurité d’une autre personne était probablement en danger et a néanmoins agi sans égard à ce danger.

Ce raisonnement pourrait s’imposer pour écarter la tâche parfois inévitablement difficile de déterminer si le consentement a été donné, et sur quoi portait précisément ce consentement—le genre d’activité et le genre de conséquences—mais somme toute, j’estime que, dans la situation dont nous sommes saisis, soit le cas d’une bagarre à coups de poing ou d’une bataille de rue, cette tâche demeurera en bonne partie inévitable.

La bagarre à coups de poing typique constitue une situation dans laquelle la notion et l’expression de «voies de fait» s’appliquent d’une manière tout à fait naturelle. La négligence criminelle se prête moins bien à la situation. Dans une bagarre à coups de poing, deux personnes s’affrontent. Elles se font face et commencent à se frapper. Habituellement, elles ont de toute évidence l’intention d’utiliser la force l’une contre l’autre. Elles sont conscientes que si l’une d’elles frappe l’autre violemment, cette dernière subira tout au moins une certaine douleur ou un certain malaise. Or, cette conscience de certaines conséquences préjudiciables possibles pour l’intégrité physique de l’adversaire distingue les voies de fait de la

safety. With assault there is a turning of the mind toward the complainant. With criminal negligence there is in a sense a turning of the mind away from the complainant.

It may be that the foregoing reasoning has little merit in the context of injury caused by athletes in a rough sporting activity. For instance, it is easy to imagine a hockey player causing great harm to an opposing player by checking him hard, but in a way that would still be legitimately within the rules, save that in the quickness of the game he negligently failed to lower his stick just before making the check, thereby injuring the other through carelessness. Once again, however, I think it best that these sorts of presumptions be developed gradually over time, in cases where the facts more naturally allow for it.

(b) Other “Unlawful Acts” Which Might Ground a Conviction for Manslaughter

The Crown argued that if assault is barred by consent, Jobidon should be convicted of manslaughter on the alternative basis that he performed the unlawful act of causing a public disturbance. However, as this issue was not directly raised on appeal, it will not be addressed.

III—Disposition

I would uphold the decision of the Court of Appeal. The appeal is dismissed.

The reasons of Sopinka and Stevenson JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Gonthier J. and while I agree with his disposition of the matter I am unable to agree with his reasons. This appeal involves the role that consent plays in the offence of criminal assault. Unlike my colleague I am of the view that consent cannot be

négligence criminelle, puisque, dans ce dernier cas, la personne ne fait aucun cas des répercussions probables de sa conduite sur la sécurité physique de l'autre personne. L'individu qui se livre à des voies de fait songe au plaignant. L'individu qui commet une négligence criminelle omet, d'une certaine façon, de penser au plaignant.

Il se peut que le raisonnement qui précède soit peu fondé dans le contexte des blessures causées par des athlètes qui se livrent à une activité sportive violente. Par exemple, il est facile d'imaginer un joueur de hockey qui cause une blessure grave à un joueur de l'équipe adverse en lui appliquant une dure mise en échec, mais d'une façon qui serait encore conforme aux règles, sauf que compte tenu de la rapidité du jeu, le joueur, par négligence, a omis de baisser son bâton juste avant la mise en échec et a blessé l'autre joueur par négligence. Toutefois, ici encore, je crois qu'il est préférable que les présomptions de ce genre soient conçues progressivement avec le temps, dans les cas où les faits le permettent plus naturellement.

b) Autres «actes illégaux» qui pourraient fonder une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable

Le ministère public a soutenu que, si les voies de fait ne peuvent pas être retenues pour cause de consentement, Jobidon devrait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour le motif subsidiaire qu'il a troublé l'ordre public. Toutefois, étant donné que cette question n'a pas été directement soulevée en appel, nous ne l'examinerons pas.

III—Dispositif

Je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka et Stevenson rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge Gonthier et, bien que je sois d'accord avec le dispositif, je ne puis souscrire à son raisonnement. Le présent pourvoi concerne le rôle que joue le consentement dans l'infraction criminelle de voies de fait. Contrairement à mon collègue,

read out of the offence. I come to this conclusion for two reasons: (1) consent is a fundamental element of many criminal offences, including assault, and (2) the statutory provision creating the offence of assault explicitly provides for the element of consent.

### Facts

The facts of this case are substantially as put forward by Gonthier J. in his reasons. For the purposes of my reasons I wish to highlight a few crucial facts.

The altercation which led to the unfortunate death of Rodney Haggart was a result of a consensual fist fight. The trial judge found that the fight commenced after mutual invitations to fight between Haggart and the accused. The accused was found to have honestly and reasonably believed that Haggart had consented to a "fair" fist fight. The judge also found that Haggart was rendered unconscious as a result of the first blow from the accused but that the accused continued to strike Haggart four to six times while he was unconscious.

#### *1. General Principles of the Criminal Law*

While the consent of the victim cannot transform a crime into lawful conduct, it is a vital element in determining what conduct constitutes a crime. It is a well-accepted principle of the criminal law that the absence of consent is an essential ingredient of the *actus reus*. Thus it is not theft to steal if the owner consents and consensual intercourse is not sexual assault. In D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), the author states (at p. 469):

The general principle, to which there are exceptions, that the true consent of the victim is always a defence to criminal responsibility is a fundamental principle of the criminal law.

je suis d'avis que le consentement ne peut pas être isolé de l'infraction. J'en arrive à cette conclusion pour deux raisons: (1) le consentement constitue un élément essentiel de beaucoup d'infractions criminelles, dont les voies de fait, et (2) la disposition législative qui crée l'infraction de voies de fait prévoit expressément l'élément du consentement.

### Les faits

Les faits de l'espèce sont, en substance, ceux que le juge Gonthier a exposés dans ses motifs. Toutefois, pour les fins de mes propres motifs, je désire souligner quelques faits très importants.

L'altercation qui a, malheureusement, abouti au décès de Rodney Haggart est survenue à la suite de la décision des personnes concernées de se battre à coups de poing. Le juge du procès a conclu que la bagarre a commencé après que Haggart et l'accusé se furent invités l'un et l'autre à se battre. Il a estimé que l'accusé croyait sincèrement et raisonnablement que Haggart avait consenti à une bagarre «loyale» à coups de poing. Le juge a également conclu que Haggart s'est évanoui à la suite du premier coup assené par l'accusé mais que ce dernier a continué de frapper Haggart quatre à six fois pendant qu'il était inconscient.

#### *1. Les principes généraux du droit criminel*

Bien que le consentement donné par la victime ne puisse pas transformer un crime en un comportement licite, il constitue un élément fondamental pour déterminer quel comportement constitue un crime. Il est bien reconnu en droit criminel que l'absence de consentement est un élément essentiel de l'*actus reus*. Ainsi, il n'y a pas de vol si le propriétaire de la chose donne son consentement, et les rapports sexuels entre personnes consentantes ne constituent pas une agression sexuelle. Dans son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> éd. 1987), D. Stuart écrit (à la p. 469):

[TRADUCTION] Le principe général, qui souffre des exceptions, selon lequel le véritable consentement de la victime constitue toujours un moyen de défense opposable à la responsabilité criminelle est un principe fondamental du droit criminel.

He later adds at p. 472 that:

It is disappointing that our courts have based the rejection only on statutory construction. Lack of consent is a fundamental principle. *Donovan* [the English line of authority] should have been rejected even if lack of consent had not been expressed in our definition of assault.

In *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, this Court held that the offence of breaking and entering was not made out when it was carried out by pre-arrangement with the agent of the owner. The consent of the owner deprived the activity of an essential feature of the *actus reus*. Lack of consent as part of the *actus reus* is often confused with the defence of honest belief in consent which relates not to the *actus reus* of the offence but to the *mens rea* or mind state of the accused. Although there is no consent, an honest belief that there was consent may constitute a defence. See *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

There is moreover no generally accepted exception to this principle with respect to the intentional infliction of physical harm. There are many activities in society which involve the intentional application of force which may result in serious bodily harm but which are not criminal. Surgical operations and sporting events are examples. It was no doubt the absence of an exception to this principle that lead Parliament to enact s. 14 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which creates an exception for the most serious of assaults, the intentional infliction of death.

In my view Parliament has chosen to extend this principle to all assaults save murder in the interests of making this aspect of the criminal law certain. I see no evidence in the clear and simple language of s. 265 that it intended to outlaw consensual fighting in the interests of avoiding breaches of the peace or to allow it if a judge thought that it occurred in circumstances that were socially useful. Rather, the pol-

Il ajoute plus loin à la p. 472 que:

[TRADUCTION] Il est décevant que nos tribunaux aient fondé le rejet de ce principe uniquement sur l'interprétation de dispositions législatives. L'absence de consentement est un principe fondamental. L'arrêt *Donovan* [qui représente le courant de jurisprudence anglaise] n'aurait pas dû être suivi même si l'absence de consentement n'avait pas été mentionnée dans notre définition des voies de fait.

Dans l'arrêt *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492, notre Cour a statué qu'il n'y avait pas introduction par effraction lorsque la personne s'est introduite dans un lieu à la suite d'un arrangement préalable avec le mandataire du propriétaire. Le consentement du propriétaire a dépouillé l'activité en question d'une caractéristique essentielle de l'*actus reus*. On confond souvent l'absence de consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* avec le moyen de défense fondé sur la croyance sincère qu'il y a eu consentement, lequel se rapporte non pas à l'*actus reus* de l'infraction mais à la *mens rea* ou à l'état d'esprit de l'accusé. Bien qu'il n'y ait pas consentement, la croyance sincère qu'il y a eu consentement peut constituer un moyen de défense. Voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

Il n'y a d'ailleurs pas d'exception généralement admise à ce principe en ce qui concerne le fait d'infliger intentionnellement des blessures. Il existe dans la société beaucoup d'activités qui comportent une utilisation intentionnelle de la force pouvant causer des blessures graves, mais qui ne sont pas criminelles. Les opérations chirurgicales et les activités sportives en sont des exemples. C'est sans aucun doute l'absence d'exception à ce principe qui a amené le Parlement à adopter l'art. 14 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui crée une exception dans le cas des voies de fait les plus graves, soit le fait de causer intentionnellement la mort.

À mon avis, le Parlement a choisi d'étendre ce principe à toutes les voies de fait, attaques ou agressions, à l'exception du meurtre, dans le but de préciser cet aspect du droit criminel. Le texte clair et simple de l'art. 265 ne me semble pas indiquer que le Parlement a voulu proscrire les bagarres entre adversaires consentants dans le but d'empêcher des atteintes à la paix publique ou de les permettre si un



icy reflected in s. 265 is to make the absence of consent a requirement in the definition of the offence but to restrict consent to those intentional applications of force in respect of which there is a clear and effective consent by a victim who is free of coercion or misrepresentation. Instead of reading the words "without the consent of another person" out of s. 265 I am of the opinion that the intention of Parliament is respected by close scrutiny of the scope of consent to an assault. Instead of attempting to evaluate the utility of the activity the trial judge will scrutinize the consent to determine whether it applied to the very activity which is the subject of the charge. The more serious the assault the more difficult it should be to establish consent.

## 2. Interpretation of Section 265

Section 265 states that "[a] person commits an assault when without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person. . . ." (emphasis added). My colleague Gonthier J. concludes that on the basis of cases which applied the common law, that section should be interpreted as excluding the absence of consent as an element of the *actus reus* in respect of an assault with intent to commit intentional bodily harm. In coming to his conclusion my colleague relies on a number of English authorities. The issue was not finally resolved in England until the decision of the English Court of Appeal on a reference to it by the Attorney General in 1980. See *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057. Unconstrained by the expression of legislative policy, the court moulded the common law to accord with the court's view of what was in the public interest. On this basis the court discarded the absence of consent as an element in assaults in which actual bodily harm was either caused or intended. Exceptions were created for assaults that have some positive social value such as sporting events. In Canada, the criminal law has been codified and the judiciary is constrained by the wording of sections defining criminal offences. The courts' application of public policy is governed by the expression of public policy in the *Criminal*

juge pense qu'elles se sont produites dans des circonstances qui étaient socialement utiles. Plus exactement, la politique que traduit l'art. 265 est de faire de l'absence de consentement une condition dans la définition de l'infraction, mais de limiter le consentement aux utilisations intentionnelles de la force à l'égard desquelles la victime a donné un consentement clair et véritable qui soit libre de toute coercition ou présentation inexacte des faits. Au lieu de faire abstraction des mots «contre une autre personne sans son consentement» de l'art. 265, j'estime qu'un examen minutieux de la portée du consentement à des voies de fait respecte la volonté du Parlement. Au lieu de tenter d'évaluer l'utilité de l'activité, le juge du procès examinera le consentement afin de déterminer s'il visait l'activité même qui fait l'objet de l'accusation. Plus les voies de fait sont graves, plus il devrait être difficile de prouver qu'il y a eu consentement.

## 2. Interprétation de l'art. 265

D'après l'art. 265, «[c]ommet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas [. . .] d'une manière intentionnelle, emploie la force [. . .] contre une autre personne sans son consentement . . .» (je souligne). Mon collègue le juge Gonthier conclut que, compte tenu des affaires où on a appliqué la common law, cet article devrait s'interpréter comme excluant l'absence de consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* dans le cas des voies de fait commises dans l'intention de causer des blessures. Pour tirer sa conclusion, mon collègue s'appuie sur un certain nombre de précédents anglais. La question n'a été réglée de façon définitive en Angleterre qu'au moment de l'arrêt rendu par la Cour d'appel anglaise à la suite d'un renvoi que lui avait adressé le procureur général en 1980. Voir *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057. Non contrainte par l'expression d'une politique législative, la cour a façonné la common law de manière à ce qu'elle concorde avec ce qu'elle croyait être dans l'intérêt public. Dans ces conditions, la cour a écarté l'absence de consentement comme élément des voies de fait où l'on causait ou avait l'intention de causer véritablement des blessures. On a créé des exceptions dans le cas des voies de fait, attaques ou agressions qui ont une certaine valeur sociale positive telles que les activités sportives. Au

*Code*. If Parliament intended to adopt the public policy which the English Court of Appeal developed it used singularly inappropriate language. It made the absence of consent a specific requirement and provided that this applied to all assaults without exception. The conflict in the Canadian cases which my colleague's review discloses is largely due to the application of these two disparate strains of public policy.

In my opinion the above observations as to the appropriate use of public policy are sufficient to conclude that the absence of consent cannot be swept away by a robust application of judge-made policy. This proposition is strengthened and confirmed by the specific dictates of the *Code* with reference to the essential elements of a criminal offence. Section 9(a) of the *Code* provides that "[n]otwithstanding anything in this Act or any other Act, no person shall be convicted . . . (a) of an offence at common law". The effect of my colleague's approach is to create an offence where one does not exist under the terms of the *Code* by application of the common law. The offence created is the intentional application of force with the consent of the victim. I appreciate that my colleague's approach is to interpret the section in light of the common law but, in my view, use of the common law to eliminate an element of the offence that is required by statute is more than interpretation and is contrary to not only the spirit but also the letter of s. 9(a). One of the basic reasons for s. 9(a) is the importance of certainty in determining what conduct constitutes a criminal offence. That is the reason we have codified the offences in the *Criminal Code*. An accused should not have to search the books to discover the common law in order to determine if the offence charged is indeed an offence at law. Where does one search to determine the social utility of a fight during a hockey game to take one example? There are those that would argue that it is an important part of the attraction. Judges may not agree. Is this a matter for judicial notice or does it require evi-

Canada, le droit criminel a été codifié et les juges doivent s'en tenir au texte des articles qui définissent les infractions criminelles. L'application de la notion d'intérêt public par les tribunaux est régie par la formulation de la notion d'intérêt public dans le *Code criminel*. Si le Parlement a voulu adopter la notion d'intérêt public qui a été conçue par la Cour d'appel anglaise, il s'est particulièrement mal exprimé. Il a fait de l'absence de consentement une condition précise et a prévu que cela s'appliquait à toutes les voies de fait, attaques ou agressions sans exception. La contradiction dans les précédents canadiens que révèle l'examen auquel s'est livré mon collègue est due en grande partie à l'application de ces deux conceptions différentes de l'intérêt public.

À mon avis, les observations précédentes au sujet de l'utilisation appropriée de la notion d'intérêt public suffisent pour conclure que l'absence de consentement ne peut être écartée par l'application énergique d'une politique conçue par des juges. Les préceptes particuliers du *Code* en ce qui concerne les éléments essentiels d'une infraction criminelle viennent renforcer et confirmer cette proposition. L'alinéa 9a) du *Code* prévoit que «[n]onobstant toute autre disposition de la présente loi ou de quelque autre loi, nul ne peut être déclaré coupable . . . a) [d']une infraction en *common law*». La méthode utilisée par mon collègue a pour effet de créer une infraction là où il n'en existe pas selon les termes mêmes du *Code* par application de la common law. L'infraction créée consiste dans l'utilisation intentionnelle de la force avec le consentement de la victime. Je me rends compte que la méthode utilisée par mon collègue consiste à interpréter l'article en fonction de la common law, mais, selon moi, le recours à la common law pour éliminer un élément de l'infraction qui est exigé par la loi constitue plus que de l'interprétation et va à l'encontre non seulement de l'esprit mais aussi de la lettre de l'al. 9a). L'une des raisons fondamentales de l'existence de l'al. 9a) est l'importance de la certitude dans la détermination des comportements qui constituent une infraction criminelle. C'est la raison pour laquelle nous avons codifié les infractions dans le *Code criminel*. L'accusé ne devrait pas être obligé de chercher à découvrir la common law dans les livres afin de déterminer si l'infraction dont il est inculpé est vraiment une infraction en droit. Où

dence? The problem of uncertainty which the social utility test creates is greater than searching out the common law, a problem which lead to the prohibition in s. 9(a).

### Application to this Appeal

Given the danger inherent in the violent activity in this case, the scope of the consent required careful scrutiny. The trial judge found that the consent given by Haggart did not extend to a continuation of the fight once he had lost consciousness. By striking Haggart once he was unconscious, the accused acted beyond the scope of the consent of Haggart and thus committed the *actus reus* of assault.

Although satisfying the *actus reus*, did the accused have the requisite state of mind? I now turn to the issue of honest belief in consent.

The accused believed that the victim, Haggart, was consenting to a fair fight. In his own evidence the accused stated that the object of the fight was to prevent injury to himself. The trial judge indicated:

I accept the evidence of the accused that he did not mean to kill Mr. Haggart or cause him serious bodily harm. He believed that Haggart consented to a fair fight. It was a fight in anger, and no friendly sparring contest or test of strength. The object of the fight was to hit the other man as hard as physically possible until he gave up or retreated. Physical injury was intended and contemplated. [Emphasis added.]

((1987), 36 C.C.C. (3d) 340, at p. 349.)

It appears clear from the findings of the trial judge that the accused had an honest belief in consent but that consent extended only until Haggart "gave up or retreated". The extent of the consent given by Haggart did not, therefore, extend to being struck once he

faut-il chercher pour déterminer l'utilité sociale d'une bagarre durant un match de hockey, par exemple? Il y a ceux qui soutiendraient que c'est une partie importante du spectacle. Les juges peuvent ne pas être d'accord. Est-ce une question de connaissance d'office ou faut-il des éléments de preuve? Le problème de l'incertitude qu'engendre le critère de l'utilité sociale dépasse celui de la recherche de la common law, problème qui a conduit à l'interdiction visée à l'al. 9a).

### Application au présent pourvoi

Vu le danger inhérent à l'activité violente dans la présente affaire, la portée du consentement devait faire l'objet d'un examen minutieux. Le juge du procès a conclu que le consentement donné par Haggart ne s'étendait pas à la poursuite de la bagarre une fois qu'il avait perdu connaissance. En frappant Haggart après qu'il se fut évanoui, l'accusé a outrepassé le consentement donné par Haggart et a commis ainsi l'*actus reus* des voies de fait.

Bien qu'il ait satisfait aux conditions à remplir pour qu'il y ait *actus reus*, l'accusé avait-il l'état d'esprit requis? Je vais aborder maintenant la question de la croyance sincère à l'existence d'un consentement.

L'accusé croyait que la victime, Haggart, avait consenti à une bagarre loyale. Durant son propre témoignage, l'accusé a déclaré qu'il s'était battu pour éviter d'être blessé. Le juge du procès a indiqué:

[TRADUCTION] J'accepte le témoignage de l'accusé selon lequel il ne voulait pas tuer M. Haggart ni lui infliger des blessures graves. Il croyait que Haggart avait consenti à une bagarre loyale. Ce fut une bagarre furieuse et non pas une épreuve de force modérée et amicale. Le but de la bagarre était de frapper l'adversaire aussi fort qu'il était physiquement possible de le faire jusqu'à ce qu'il abandonne la partie ou batte en retraite. Il y avait intention de blesser. [Je souligne.]

((1987), 36 C.C.C. (3d) 340, à la p. 349.)

Il semble évident, d'après les conclusions du juge du procès, que l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement, mais que ce consentement valait seulement jusqu'à ce que Haggart «abandonne la partie ou batte en retraite». Par ce consentement, Hag-

had been knocked unconscious. The accused knew that Haggart's consent did not extend beyond consciousness.

In my opinion, based on his own findings the trial judge misconstrued the evidence with respect to the accused's belief that all the blows were struck prior to Haggart losing consciousness. The following passage in the evidence of the accused shows that he knew that Haggart was unconscious after the second punch:

Q. What happened next?

A. It dazed him a fair amount and he was still struggling and he was swinging at me. He was cocking back. He couldn't cock back because his back was on the car and his elbow would only go to his side, and he swung and I swung again, and I hit him and he was out after the second punch.

Q. Where did the second punch land?

A. In the same spot in the cheek or the cheek or the jaw.

Q. You are telling us about two punches outside?

A. That is correct.

Q. Were there any others?

A. No, there was not.

In his reasons the trial judge found that the accused struck Haggart four to six times after Haggart was unconscious (p. 348). The trial judge, therefore, did not accept the testimony of the accused that he struck Haggart only twice and one is left with the admission of the accused that he realized Haggart was unconscious after the second punch. By continuing to pummel Haggart after the accused realized Haggart was unconscious, the accused acted, to his knowledge, beyond the ambit of Haggart's consent thereby committing an assault.

Having found that the accused committed an assault, and given that Mr. Haggart died as a result of that unlawful act, the accused is therefore guilty of

gart ne consentait pas à être frappé une fois qu'il avait été mis hors de combat. L'accusé savait que le consentement de Haggart ne valait que pendant que celui-ci était conscient.

*a*

À mon avis, compte tenu de ses propres conclusions, le juge du procès a mal interprété la preuve en ce qui concernait la croyance de l'accusé que tous les coups avaient été assenés avant que Haggart ne perde connaissance. Le passage suivant du témoignage de l'accusé montre qu'il savait que Haggart était inconscient après le deuxième coup de poing:

[TRADUCTION]

*c*

Q. Qu'est-il arrivé ensuite?

R. Ça l'a pas mal étourdi et il se battait encore et il me donnait des coups de poing. Il essayait de prendre son élan. Il ne pouvait pas le faire parce qu'il était couché sur la voiture et que son coude allait seulement vers son côté, et il m'a donné un coup de poing et j'en ai donné un autre et je l'ai atteint et il était hors de combat après le deuxième coup de poing.

*e*

Q. À quel endroit a été porté le deuxième coup de poing?

R. Au même endroit de la joue ou à la joue ou à la mâchoire.

*f*

Q. Vous êtes en train de nous parler de deux coups de poing à l'extérieur?

R. C'est exact.

Q. Y en a-t-il eu d'autres?

*g*

R. Non.

Dans ses motifs, le juge du procès a conclu que l'accusé a frappé Haggart quatre à six fois après que celui-ci se fut évanoui (p. 348). Le juge du procès n'a donc pas admis le témoignage de l'accusé selon lequel il a frappé Haggart deux fois seulement et il reste que l'accusé a avoué s'être rendu compte que Haggart était inconscient après le deuxième coup de poing. En continuant de rouer Haggart de coups après s'être rendu compte que celui-ci était inconscient, l'accusé a outrepassé sciemment le consentement de Haggart et a donc commis des voies de fait.

*j*

Vu ma conclusion que l'accusé a commis des voies de fait et que M. Haggart est décédé des suites de cet acte illicite, l'accusé est donc coupable d'homicide

manslaughter via *Criminal Code* ss. 222(5)(a) and 234. I would therefore dispose of the appeal as proposed by Gonthier J.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

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

involontaire coupable en vertu de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code criminel*. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Gonthier.

<sup>a</sup>

*Pourvoi rejeté.*

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

<sup>b</sup>

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





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1991 Vol. 2**

and Tables

Cited as [1991] 2 S.C.R. { i-xxxii  
779-906

**5<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 2**

et Tables

Renvoi [1991] 2 R.C.S. { i-xxxii  
779-906

---

## **NOTICE**

There will be a Volume 3 of the Supreme Court Reports [1991] and it will contain five parts.

The list of motions will appear in the [1991] 3 S.C.R. Part 5.

March 1992

## **AVIS**

Il y aura un troisième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1991] et il comprendra cinq cahiers.

La liste des requêtes apparaîtra dans [1991] 3 R.C.S., cahier 5.

Mars 1992



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
LYNE RENAUD  
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

---

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Table of Judgments .....	v
Table of Cases Cited .....	ix
Statutes and Regulations Cited .....	xxi
Authors Cited .....	xxv
Index .....	895
<b>Kindler v. Canada (Minister of Justice) .....</b>	<b>779</b>
Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from	

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges .....	iii
Errata .....	iv
Table des jugements .....	vii
Table de la jurisprudence .....	ix
Lois et règlements cités .....	xxiii
Doctrine citée .....	xxv
Index .....	901
<b>Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) .....</b>	<b>779</b>
Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extradition proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Administrative law — Natural justice — Extradition — Minister's decision to surrender fugitive made without oral hearing — Whether requirements of natural justice complied with — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.

### **Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee..... 869**

Barristers and solicitors — Discipline — Costs — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Disciplinary proceedings against lawyer — Whether s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Droit administratif — Justice naturelle — Extradition — Décision du ministre de livrer un fugitif prise sans audience — Les exigences de la justice naturelle ont-elles été respectées? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.

### **Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba..... 869**

Avocats et procureurs — Discipline — Frais — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### Reference Re Ng Extradition (Can.)..... 858

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extradition proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

## SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Procédures disciplinaires contre un avocat — Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

### Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)..... 858

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.



## 1991 Volume 2

### **Canada Supreme Court Reports**

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Deputy Registrar*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Co-ordinator, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Editorial Assistants*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secretaries*  
Lyne Renaud  
Suzanne Giguère

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

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Registraire adjoint*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Directrice des publications*  
Odile Calder

*Arrêtiistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Coordonnatrice, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Adjointes à l'édition*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secrétaires*  
Lyne Renaud  
Suzanne Giguère

**JUDGES  
OF THE  
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

The Honourable FRANK IACOBUCCI

On the 4th day of January 1991, the Honourable BERTHA WILSON, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 7th day of January 1991, the Honourable FRANK IACOBUCCI, Chief Justice of the Federal Court of Canada, was appointed Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES  
DE LA  
COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable BERTHA WILSON, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 4 janvier 1991.

Le 7 janvier 1991, l'honorable FRANK IACOBUCCI, Juge en chef de la Cour fédérale du Canada, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

## ERRATA

- [1990] 2 S.C.R. p. 494, line *c*-1 of the English version. Read “The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L’Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by” instead of “The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L’Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by”.
- [1990] 2 S.C.R. p. 494, line *c*-1 of the French version. Read “Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L’Heureux-Dubé et Cory rendu par” instead of “Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest, L’Heureux-Dubé et Cory rendu par”.
- [1991] 1 S.C.R. p. 441, line *c*-4 of the French version. Read “une ligne de conduite que n’aurait pas adoptée un notaire” instead of “une ligne de conduite que n’aurait pas adopté un notaire”.
- [1991] 2 S.C.R. p. 142, line *b*-2 of the French version. Read “peut-être” instead of “peut être”.
- [1990] 2 R.C.S. p. 494, ligne *c*-1 de la version anglaise. Lire «The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L’Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by» au lieu de «The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L’Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by».
- [1990] 2 R.C.S. p. 494, ligne *c*-1 de la version française. Lire «Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L’Heureux-Dubé et Cory rendu par» au lieu de «Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest, L’Heureux-Dubé et Cory rendu par».
- [1991] 1 R.C.S. p. 441, ligne *c*-4 de la version française. Lire «une ligne de conduite que n’aurait pas adoptée un notaire» au lieu de «une ligne de conduite que n’aurait pas adopté un notaire».
- [1991] 2 R.C.S. p. 142, ligne *b*-2 de la version française. Lire «peut-être» au lieu de «peut être».

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as " entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
A.S.U., R. v. ....	204	Dominion Industrial Supplies Ltd., Marchischuk v. ....	61
Attorney General see also "Canada" or the name of province		<b>E</b>	
Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board .....	201	Easton, R. v. ....	209
<b>B</b>		<b>G</b>	
Barnhart, Canada (Treasury Board) v. ....	69	Gayme, R. v. ....	577
Barnhart, Public Service Commission v. ....	69	Goodman Estate, Geffen v. ....	353
Bear Island Foundation, Ontario (Attorney General) v. ....	570	Geffen v. Goodman Estate.....	353
Brown, R. v. ....	518	<b>J</b>	
<b>C</b>		Jobidon, R. v. ....	714
Canac-Marquis Grenier Ltée, Vanier (City) v. ....	203	<b>K</b>	
Canada (Director of Soldier Settlement) v. Snider Estate .....	481	Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	779
Canada (Employment and Immigration Commission), Tétreault-Gadoury v. ....	22	<b>L</b>	
Canada (Minister of Justice), Kindler v. ....	779	Lambert-Picotte, Longueuil (City) v. ....	401
Canada (Treasury Board), Barnhart v. ....	69	Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	211
Canada (Treasury Board), Millar v. ....	69	Lippé, R. v. ....	114
Canada (Treasury Board), Osborne v. ....	69	Lippé, Quebec (Attorney General) v. ....	114
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	5	Longueuil (City) v. Lambert-Picotte .....	401
Commission see also "Canada" or the name of province		<b>M</b>	
<b>D</b>		Malcolm, Waldick v. ....	456
Desfossés, R. v. ....	207	Manitoba Law Society Judicial Committee, Pearlman v. ....	869



	PAGE		PAGE
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada	50	R. v. Gayme .....	577
Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village)	3	R. v. Jobidon .....	714
Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.....	61	R. v. Lippé.....	114
Millar v. Canada (Treasury Board) .....	69	R. v. Phillips.....	209
Millar, Public Service Commission v. ....	69	R. v. Seaboyer.....	577
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Sheridan.....	205
		Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.).....	525
		Reference Re Constitutional Question Act .....	525
		Reference Re Ng Extradition (Can.) .....	858
		Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)	158
<b>O</b>			
Office see also "Canada" or the name of province			
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation .....	570		
Ontario (Labour Relations Board), Cuddy Chicks Ltd. v. ....	5		
Ontario Public Service Employees Union, Lavigne v.....	211		
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	69		
Osborne, Public Service Commission v.....	69		
<b>P</b>			
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee .....	869		
Phillips, R. v.....	209		
Public Service Commission v. Barnhart .....	69		
Public Service Commission v. Millar .....	69		
Public Service Commission v. Osborne.....	69		
<b>Q</b>			
Quebec (Attorney General) v. Lippé.....	114		
Queen see also "R."			
<b>R</b>			
R. v. A.S.U. ....	204		
R. v. Brown .....	518		
R. v. Desfossés .....	207		
R. v. Easton .....	209		
<b>S</b>			
		Seaboyer, R. v. ....	577
		Sheridan, R. v.....	205
		Snider Estate, Canada (Director of Soldier Settlement) v. ....	481
		Ste-Rosalie (Village), Maska Auto Spring Ltée v.	3
<b>T</b>			
		Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	22
		The Queen see also "R."	
		Travellers Indemnity Co. of Canada, Maracle v.	50
<b>U</b>			
		Union see also under abbreviated name	
		University Hospitals Board, Alberta Union of Provincial Employees v.....	201
<b>V</b>			
		Vanier (City) v. Canac-Marquis Grenier Ltée .....	203
<b>W</b>			
		Waldick v. Malcolm .....	456

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
A.S.U., R. c. ....	204	Desfossés, R. c. ....	207
Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board .....	201	Dominion Industrial Supplies Ltd., Marchischuk c. ....	61
<b>B</b>		<b>E</b>	
Barnhart c. Canada (Conseil du Trésor) .....	69	Easton, R. c. ....	209
Barnhart, Commission de la fonction publique c. Bear Island Foundation, Ontario (Procureur Général) c. ....	69		
Brown, R. c. ....	570	<b>G</b>	
	518	Gayme, R. c. ....	577
		Geffen c. Succession Goodman .....	353
<b>C</b>		<b>J</b>	
Canac-Marquis Grenier Ltée, Vanier (Ville) c. ....	203	Jobidon, R. c. ....	714
Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), Tétreault-Gadoury c. ....	22		
Canada (Conseil du Trésor), Barnhart c. ....	69	<b>K</b>	
Canada (Conseil du Trésor), Millar c. ....	69	Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) .....	779
Canada (Conseil du Trésor), Osborne c. ....	69		
Canada (Directeur de l'établissement de soldats) c. Succession Snider .....	481	<b>L</b>	
Canada (Ministre de la Justice), Kindler c. ....	779	La Reine voir aussi «R.»	
Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba, Pearlman c. ....	869	Lambert-Picotte, Longueuil (Ville) c. ....	401
Commission de la fonction publique c. Barnhart	69	Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario .....	211
Commission de la fonction publique c. Millar ...	69	Lippé, Québec (Procureur général) c. ....	114
Commission de la fonction publique c. Osborne	69	Lippé, R. c. ....	114
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Longueuil (Ville) c. Lambert-Picotte .....	401
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail) .....	5		

	PAGE		PAGE
<b>M</b>			
Malcolm, Waldick c. ....	456	R. c. Phillips .....	209
Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada	50	R. c. Seaboyer .....	577
Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd.	61	R. c. Sheridan .....	205
Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)	3	Reference Re Constitutional Question Act .....	525
Millar c. Canada (Conseil du Trésor) .....	69	Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.).....	858
Millar, Commission de la fonction publique c. ...	69	Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.) .....	158
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.) .....	525
<b>O</b>		<b>S</b>	
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		Seaboyer, R. c. ....	577
Ontario (Commission des relations de travail), Cuddy Chicks Ltd. c. ....	5	Sheridan, R. c. ....	205
Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Founda- tion .....	570	Ste-Rosalie (Village), Maska Auto Spring Ltée c.	3
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	69	Succession Goodman, Geffen c. ....	353
Osborne, Commission de la fonction publique c.	69	Succession Snider, Canada (Directeur de l'établissement Snider) c. ....	481
		Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, Lavigne c. ....	211
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
<b>P</b>		<b>T</b>	
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba .....	869	Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	22
Phillips, R. c. ....	209	Travellers Indemnity Co. of Canada, Maracle c.	50
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province			
<b>Q</b>		<b>U</b>	
Québec (Procureur général) c. Lippé .....	114	University Hospitals Board, Alberta Union of Provincial Employees c. ....	201
<b>R</b>		<b>V</b>	
Reine voir aussi «R.»		Vanier (Ville) c. Canac-Marquis Grenier Ltée.....	203
R. c. A.S.U. ....	204		
R. c. Brown .....	518	<b>W</b>	
R. c. Desfossés .....	207	Waldick c. Malcolm .....	456
R. c. Easton .....	209		
R. c. Gayme.....	577		
R. c. Jobidon.....	714		
R. c. Lippé.....	114		

## TABLE OF CASES CITED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Abood v. Detroit Board of Education.....	431 U.S. 209 (1977).....	256, 330, 349
Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.....	[1982] O.L.R.B. Rep. 1767.....	287
Affaire Campbell et Fell.....	Cour eur. D. H., arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80.....	155
Affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere.....	Cour eur. D. H., arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43.....	154
Affaire Piersack.....	Cour eur. D. H., arrêt du 1 <sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53.....	154
Affaire Ringeisen.....	Cour eur. D.H., arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13.....	154
Affaire Soering.....	Cour eur. D. H., arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.....	823, 835, 856, 865
Alford v. United States.....	282 U.S. 687 (1931).....	607
Allard v. Ville de Québec.....	[1978] T.E. 463.....	435
Allcard v. Skinner.....	(1887), 36 Ch. D. 145.....	368, 398
Altun c. République fédérale d'Allemagne.....	3 mai 1983, D.R. 36, p. 209.....	822
Altun v. Federal Republic of Germany.....	May 3, 1983, D.R. 36, p. 209.....	822
Amato v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 418.....	737
Amusement Realty Corp. v. Minister of Roads of Quebec.....	[1949] Que. K.B. 562.....	431
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	39, 259, 704, 815
Anjou (Town) v. Krum.....	(1990), 44 L.C.R. 266, 38 Q.A.C. 1.....	416, 448
Anjou (Ville) c. Krum.....	(1990), 38 Q.A.C. 1.....	416, 448
Application No. 6315/73.....	September 30, 1974, D.R. 1, p. 73.....	822
Application No. 10308/83.....	May 3, 1983, D.R. 36, p. 209.....	822
Application No. 10479/83.....	March 12, 1984, D.R. 37, p. 158.....	823, 856
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	387, 621
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	821, 837, 846
Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario (Minister of Labour).....	(1988), 67 O.R. (2d) 225.....	253
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville).....	[1990] 3 R.C.S. 1170.....	884
Attorney-General (Aus.); Ex rel. McKinlay v. Commonwealth.....	(1975), 135 C.L.R. 1.....	187
Attorney-General for Canada v. Cain.....	[1906] A.C. 542.....	834
Attorney-General for New South Wales v. Trethowan.....	[1932] A.C. 526.....	561
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 735.....	540

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	887
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada.....	[1912] A.C. 571 .....	555
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada .....	(1889), 14 App. Cas. 295.....	487
Attorney General's Reference (No. 6 of 1980).....	[1981] 2 All E.R. 1057.....	724, 773
<b>B</b>		
B.C. Motor Vehicle Act, Re .....	[1985] 2 S.C.R. 486..... 180, 257, 603, 697, 791, 812, 847	
Baker v. Carr .....	369 U.S. 186 (1962).....	185
Baldwin and B.C. Government Employee's Union, Re.....	(1986), 28 D.L.R. (4th) 301 .....	234
Bank of Credit & Commerce International S.A. v. Aboody .....	[1989] 2 W.L.R. 759 .....	373
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce .....	[1984] 1 R.C.S. 269.....	276
Bateman v. Association of Professional Engineers of Manitoba....	(1984), 28 Man. R. (2d) 264.....	875
Bates v. Lord Hailsham .....	[1972] 3 All E.R. 1019.....	558
Beatty v. Brad-Lea Meadows Ltd. ....	(1986), 39 A.C.W.S. (2d) 334.....	476
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	574
Beauregard v. Canada .....	[1986] 2 S.C.R. 56.....	136, 152
Bell v. Smith .....	[1968] S.C.R. 664.....	383
Bellerose v. Talbot .....	[1957] Que. Q.B. 637.....	430
Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348, Re.....	(1985), 20 D.L.R. (4th) 386.....	233, 311
Blainey and Ontario Hockey Association, Re .....	(1986), 54 O.R. (2d) 513.....	44
Blanusa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	(1989), 27 F.T.R. 107.....	834
Blanusa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	(1989), 27 F.T.R. 107.....	834
Bliss c. Procureur général du Canada .....	[1979] 1 R.C.S. 183.....	41
Bliss v. Attorney General of Canada .....	[1979] 1 S.C.R. 183.....	41
Blyth v. Blyth.....	[1966] A.C. 643 .....	398
Borowski c. Canada (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 342.....	545
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	545
Boulter v. Clarke .....	(1747), Bull. N.P. 16 .....	740
Bradley v. Coleman.....	(1925), 28 O.W.N. 261.....	749
British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co. ....	[1923] A.C. 48 .....	414
Brocklehurst, Re .....	[1978] 1 All E.R. 767.....	374
Bullivant v. Attorney-General for Victoria.....	[1901] A.C. 196 .....	384
Bunker v. Charles Brand & Son, Ltd. ....	[1969] 2 All E.R. 59.....	477
<b>C</b>		
Campbell and Fell, case of.....	Eur. Court H. R., judgment of 28 June 1984, Series A No. 80 .....	155
Canada v. Schmidt .....	[1987] 1 S.C.R. 500... 189, 790, 798, 831, 845	
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) .....	[1989] 2 S.C.R. 49.....	189, 545
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) .....	[1989] 2 S.C.R. 49.....	545
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	95, 109

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	95, 109
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.....	[1983] 1 S.C.R. 147.....	19
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) .....	[1989] 2 R.C.S. 49.....	189, 545
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 122.....	677
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	16
Cemp Investments Ltd. v. Lakeshore School Board.....	[1985] C.A. 584.....	450
Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1959] S.C.R. 602.....	397
Cité de Ste-Foy v. Société Immobilière Enic Inc. ....	[1967] S.C.R. 121.....	430
City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 S.C.R. 368.....	96
Club athlétique Champlain Ltée v. Ministre de la Voirie du Québec	[1979] C.A. 161.....	435
Collavino Inc. v. Employers Mutual Liability Insurance Co. of Wis- consin.....	(1984), 5 C.C.L.I. 94.....	55
Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago.....	[1969] 2 All E.R. 1207.....	291
Comité pour la République du Canada c. Canada .....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	111, 266
Commission scolaire de la Jeune Lorette v. Fédération des Caisses populaires Desjardins de Québec.....	C.A. Québec, No. 200-09-000354-834, August 28, 1985.....	449
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369.....	885
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	885
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada .....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	111, 266
Commonwealth v. Black.....	487 A.2d 396 (1985).....	615
Commonwealth v. Majorana.....	470 A.2d 80 (1983).....	614
Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau.....	[1982] 2 R.C.S. 866.....	451
Conseil canadien des relations de travail c. Paul L'Anglais Inc....	[1983] 1 R.C.S. 147.....	19
Corporation de la ville de Princeville v. Houle .....	[1985] T.E. 186.....	448
Corporation municipale de la ville de St-Georges Ouest v. Comact Inc.....	[1980] C.A. 521.....	416
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.....	[1988] 1 S.C.R. 1186.....	469
Csada v. Csada.....	[1985] 2 W.W.R. 265.....	376
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	29, 47

## D

D. Dupéré Inc. c. Procureur général du Québec .....	C.A. Québec, n° 200-09-000397-74, 1 <sup>er</sup> septem- bre, 1977.....	429
Davis v. Alaska .....	415 U.S. 308 (1974).....	607
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505.....	700
Dingman, Re.....	(1915), 35 O.L.R. 51.....	391
Director of Public Prosecutions v. Boardman .....	[1975] A.C. 421.....	387
Disposal Services Ltd. v. Municipality of Metropolitan Toronto....	(1973), 4 L.C.R. 242.....	417
Dixon v. British Columbia (A.G.).....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 174.....	179
Dixon v. British Columbia (A.G.).....	[1989] 4 W.W.R. 393.....	183
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	466
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	13, 19, 47, 242, 311, 637
Drewry v. Towns.....	(1951), 2 W.W.R. (N.S.) 217.....	473

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Dube v. Labar.....	[1986] 1 S.C.R. 649.....	465
Duke v. The Queen .....	[1972] S.C.R. 917.....	607
<b>E</b>		
Eain v. Wilkes .....	641 F.2d 504.....	865
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	343, 647
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	343, 647
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	180
Ellis v. Barker .....	(1871), 7 Ch. App. 104 .....	370
Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks.....	466 U.S. 435 (1984).....	261, 331
Elrod v. Burns .....	427 U.S. 347 (1976).....	274
Engineered Homes Ltd. v. Mason.....	[1983] 1 S.C.R. 641.....	57
États-Unis c. Allard.....	[1987] 1 R.C.S. 564.....	791
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	95, 109, 181, 836
<b>F</b>		
Fanshawe College of Applied Arts and Technology.....	[1967] O.L.R.B. Rep. 829.....	243
Farm Credit Corp. v. Dunwoody Ltd.....	(1988), 59 Alta. L.R. (2d) 279.....	495
Federal Republic of Germany and Rauca, Re .....	(1983), 41 O.R. (2d) 225.....	298
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	269
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	269
Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.....	Reprinted in 1 C.L.L.R. (CCH, 1989) (looseleaf), para. 2150 .....	284
Forsythe v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 268.....	640, 671
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique.....	[1980] 1 R.C.S. 1031.....	19
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031.....	19
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction pub- lique .....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	89, 107, 283
Fraser v. Public Service Staff Relations Board .....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	89, 107, 283
Furman v. Georgia .....	408 U.S. 238 (1972).....	838
<b>G</b>		
Gillis v. Bourgard.....	(1983), 41 O.R. (2d) 107.....	55
Gingras v. Gagnon .....	[1972] C.A. 306.....	415, 418
Glass v. Louisiana .....	471 U.S. 1080 (1984).....	839
Goldsworthy v. Brickell.....	[1987] 2 W.L.R. 133 .....	372
Greenough v. Gaskell.....	(1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618 .....	383
Gregg v. Georgia.....	428 U.S. 153 (1976).....	807
Gross v. Brodrecht .....	(1897), 24 O.A.R. 687.....	672

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>H</b>		
Harper v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 2.....	388
Harrison v. University of British Columbia.....	[1990] 3 S.C.R. 451.....	311
Hillingdon Estates Co. v. Stonefield Estates Ltd. ....	[1952] Ch. 627.....	417
Hogan v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 574.....	563
Hornal v. Neuberger Products Ltd. ....	[1957] 1 Q.B. 247.....	398
Huguenin v. Baseley .....	(1807), 14 Ves. Jun. 273, 33 E.R. 526.....	376
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	180, 629
Hylton v. Hylton .....	(1754), 2 Ves. Sen. 547, 28 E.R. 349.....	370
<b>I</b>		
Immeubles P.J. Ltée v. Laval (Ville de).....	J.E. 85-676 .....	431
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Ter- ritoires du Nord-Ouest (Commissaire).....	[1990] 2 R.C.S. 367.....	252
International Association of Machinists v. Street.....	367 U.S. 740 (1961).....	290, 324, 350
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	43, 92, 111, 626, 708
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927....	43, 265, 339, 344, 626, 708
Isabelle v. Procureur général du Québec .....	[1953] Que. Q.B. 747.....	430
Isabey v. Manitoba Health Services Commission .....	[1986] 4 W.W.R. 310.....	279
<b>J</b>		
James v. River East School Division No. 9 .....	(1975), 64 D.L.R. (3d) 338.....	473
John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.....	[1968] S.C.R. 607.....	57
Johnson v. Buttress .....	(1936), 56 C.L.R. 113 .....	376
<b>K</b>		
Karcher v. Daggett.....	462 U.S. 725 (1983).....	185
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	861, 864, 866, 867
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	861, 864, 866, 867
Kindler v. MacDonald.....	[1987] 3 F.C. 34 .....	834
Kirkpatrick v. Preisler.....	394 U.S. 526 (1969).....	185
Kirkwood c. Royaume-Uni .....	12 mars 1984, D.R. 37, p. 158 .....	823, 856
Kirkwood v. United Kingdom.....	March 12, 1984, D.R. 37, p. 158.....	823, 856
Kirzner v. The Queen .....	[1978] 2 S.C.R. 487.....	736
Knight v. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 S.C.R. 653.....	884
<b>L</b>		
Labbé v. Ministre des Transports du Québec.....	[1980] C.A. 518.....	431
Laliberté v. The Queen .....	(1877), 1 S.C.R. 117.....	672
Lancashire Loans, Ltd. v. Black.....	[1934] 1 K.B. 380.....	370
Langworthy v. McVicar .....	(1913), 25 O.W.R. 297.....	384



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lathrop v. Donohue .....	367 U.S. 820 (1961).....	340
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	4
Law Society of Manitoba and Savino, Re.....	(1983), 1 D.L.R. (4th) 285.....	880
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	[1984] 1 S.C.R. 357.....	180
Le Compte, Van Leuven and De Meyere, case of .....	Eur. Court H. R., judgment of 23 June 1981, Series A No. 43 .....	154
Lehnert v. Ferris Faculty Association .....	114 L.Ed. 2d 572 (1991).....	331
Lemieux v. The Queen .....	[1967] S.C.R. 492.....	771
Lemieux v. Ville de Granby .....	[1980] R.P. 285.....	431
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	388
Lipari v. Hébert.....	J.E. 91-466 .....	413
Lloyds Bank Ltd. v. Bundy .....	[1974] 3 All E.R. 757.....	370
Lloyds Bank, Ltd., In re .....	[1931] 1 Ch. 289 .....	370
London Graving Dock Co. v. Horton.....	[1951] A.C. 737 .....	476
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba	[1925] A.C. 384.....	555
Louis Donolo Inc. v. Ville de Laval .....	[1979] R.P. 17.....	435
Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise.....	[1985] 1 C.F. 85 .....	81
Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise	[1985] 1 F.C. 85 .....	81

## M

MacBain v. Lederman.....	[1985] 1 F.C. 856 .....	130
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	280
MacKeigan v. Hickman .....	[1989] 2 S.C.R. 796.....	138
MacKiw v. Rutherford .....	[1921] 2 W.W.R. 329 .....	414
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 S.C.R. 110 .....	103
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 R.C.S. 110 .....	103
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada .....	[1991] 2 S.C.R. 50.....	62
Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.....	[1991] 2 S.C.R. 61.....	52
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui .....	[1980] 1 R.C.S. 602.....	558
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	558
Matthew v. Ollerton .....	(1693), Comb. 218, 90 E.R. 438 .....	740
McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association .....	(1986), 71 N.B.R. (2d) 109.....	893
McGowan v. Maryland .....	366 U.S. 420 (1961).....	181
McKay v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 798.....	103
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229..... 39, 47, 237, 311, 342	
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229..... 39, 47, 237, 311, 342	
McLeod v. Egan.....	[1975] 1 S.C.R. 517.....	20, 349
Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association .....	(1989), 58 Man. R. (2d) 221.....	261
Métivier v. Cadorette .....	[1977] 1 S.C.R. 371.....	389
Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832.....	[1988] 5 W.W.R. 544.....	279
Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo .....	418 U.S. 241 (1974).....	274
Midland Bank plc v. Shephard.....	[1988] 3 All E.R. 17.....	372
Miller v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 680.....	811,, 832
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	11, 20, 637
Ministre des Transports du Québec v. Texaco Canada Ltée .....	J.E. 83-389 .....	430
Mitchell c. La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1975] 1 R.C.S. 592.....	477

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mitchell v. Canadian National Railway Co. ....	[1975] 1 S.C.R. 592.....	477
Mitchell v. Homfray.....	(1881), 8 Q.B.D. 587.....	370
Morier v. Rivard.....	[1985] 2 S.C.R. 716.....	155
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	609, 691
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	512
<b>N</b>		
N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 1247.....	574
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	276
National Westminster Bank Plc. v. Morgan .....	[1985] 1 A.C. 686.....	365, 392
New York Life Insurance Co. v. Schlitt .....	[1945] S.C.R. 289 .....	398
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 733.....	17
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada .....	[1983] 1 R.C.S. 733.....	17
<b>O</b>		
Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd. ....	[1963]S.C.R. 584 .....	253
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City) .....	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	557, 884
Operation Dismantle Inc. v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 441.....	799
OPSEU v. National Citizens' Coalition.....	(1990), 90 D.T.C. 6326 .....	279
OPSEU v. Ontario (Attorney General) .....	[1987] 2 S.C.R. 2.....	86, 108, 283
Ott, Re.....	[1972] 2 O.R. 5.....	386
<b>P</b>		
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	688, 771
Penikett v. Canada.....	(1987), 45 D.L.R. (4th) 108.....	558
People v. Mikula .....	269 N.W.2d 195 (1978) .....	614
Piersack case.....	Eur. Court H. R., judgment of 1 October 1982, Series A No. 53 .....	154
Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)	[1989] 3 C.F. 233 .....	37
Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs) .....	[1989] 3 F.C. 233 .....	37
Powell v. Cockburn.....	[1977] 2 S.C.R. 218.....	397
Preston v. Canadian Legion, Kingsway Branch No. 175 .....	(1981), 123 D.L.R. (3d) 645 .....	462
Prior v. Canada.....	(1989), 101 N.R. 401.....	280
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 735.....	540
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307.....	887
Procureur général du Québec v. Marois .....	J.E. 83-475 .....	431
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner).....	[1990] 2 S.C.R. 367.....	252
Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92, Re.....	(1984), 13 D.L.R. (4th) 584.....	253
PruneYard Shopping Center v. Robins .....	447 U.S. 74 (1980).....	274

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>Q</b>		
Queen (The) v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn...	(1963), 39 D.L.R. (2d) 346.....	18
<b>R</b>		
R. v. Abraham .....	(1974), 30 C.C.C. (2d) 332, 26 C.R.N.S. 390.....	751
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	698
R. v. Barron.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 544.....	767
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.... 95, 603, 699, 848, 881,	755
R. v. Bergner.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 25.....	755
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	77, 89
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295... 179, 241, 318, 343, 603	603
R. v. Braconnier.....	[1988] R.J.Q. 981.....	124
R. v. Buchanan.....	(1898), 1 C.C.C. 442.....	749
R. v. Bulmer.....	[1987] 1 S.C.R. 782.....	688
R. v. Camp.....	(1977), 36 C.C.C. (2d) 511.....	674
R. v. Carriere.....	(1987), 56 C.R. (3d) 257.....	755
R. v. Cey.....	(1989), 48 C.C.C. (3d) 480.....	758
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	710
R. v. Coney.....	(1882), 8 Q.B.D. 534.....	746
R. v. Coombs.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 356.....	684
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	609, 693
R. v. Crouse.....	(1982), 39 N.B.R. (2d) 1.....	752
R. v. Cullen.....	(1948), 93 C.C.C. 1.....	749
R. v. Dix.....	(1972), 10 C.C.C. (2d) 324.....	723
R. v. Doerksen.....	(1990), 19 M.V.R. (2d) 16.....	524
R. v. Donovan.....	[1934] All E.R. 207.....	747
R. v. Drybones.....	[1970] S.C.R. 282.....	563
R. v. Dunbar and Logan.....	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13.....	607, 700
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	111
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	181, 281, 629
R. v. Firkins.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 227.....	674
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	522
R. v. Greene.....	(1990), 76 C.R. (3d) 119.....	615
R. v. Gur.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 511.....	754
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	89, 847
R. v. Jerome.....	[1990] 1 W.W.R. 277.....	754
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	95, 302, 848
R. v. Kalanj.....	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	877
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	92, 266, 658
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	387, 622
R. v. Konkin.....	[1983] 1 S.C.R. 388.....	672
R. v. Kusyj.....	(1983), 51 A.R. 243.....	753
R. v. Lavallee.....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	654
R. v. LeGallant.....	(1985), 47 C.R. (3d) 170.....	615
R. v. Lewis.....	(1844), 1 Car. & K. 419, 174 E.R. 874.....	741

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lock.....	(1872), L.R. 2 C.C.R. 10.....	740
R. v. Loonskin.....	(1990), 103 A.R. 193.....	755
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309... 320, 699, 832, 848, 884	750
R. v. MacTavish.....	(1972), 8 C.C.C. (2d) 206.....	750
R. v. March.....	(1844), 1 Car. & K. 496, 174 E.R. 909.....	739
R. v. McIntosh.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 294.....	754
R. v. Mercure.....	[1988] 1 S.C.R. 234.....	562
R. v. Milne.....	[1987] 2 S.C.R. 512.....	848
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	814
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	619
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103..... 41, 84, 181, 281, 334, 626, 702, 814	754
R. v. Oquataq.....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 440.....	680
R. v. Pinske.....	(1988), 6 M.V.R. (2d) 19.....	523
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	610
R. v. Rowley.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 183.....	96
R. v. Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	606
R. v. Schwartz.....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	181
R. v. Scopelliti.....	(1981), 34 O.R. (2d) 524.....	607
R. v. Scopelliti.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 481.....	687
R. v. Seaboyer.....	(1987), 35 C.R.R. 300.....	104
R. v. Setrum.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 109.....	752
R. v. Skinner.....	[1990] 1 S.C.R. 1235.....	252
R. v. Smith.....	[1987] 1 S.C.R. 1045..... 629, 812, 832	832
R. v. Sparrow.....	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	575
R. v. Speid.....	(1985), 46 C.R. (3d) 22.....	523
R. v. Squire.....	(1975), 26 C.C.C. (2d) 219.....	753
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	699
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	258
R. v. Wald.....	(1989), 47 C.C.C. (3d) 315.....	615
R. v. Wigglesworth.....	[1987] 2 S.C.R. 541.....	877
R. v. Wray.....	[1971] S.C.R. 272.....	607
Re Dallaway.....	[1982] 3 All E.R. 118.....	391
Reese v. The Queen.....	[1957] S.C.R. 794.....	498
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486..... 180, 257, 603, 697, 791, 812, 847	697
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	86
Reference re Magistrate's Court of Quebec.....	[1965] S.C.R. 772.....	555
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution.....	[1982] 2 S.C.R. 793.....	545
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313..... 189, 249, 316, 343	343
Reference re Resolution to amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	86, 540
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	266, 705
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act.....	[1984] 1 S.C.R. 297.....	565
Reference re Waters and Water-Powers.....	[1929] S.C.R. 200.....	555
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	266, 705
Renvoi relatif à la Cour de Magistrat de Québec.....	[1965] R.C.S. 772.....	555

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	89, 249, 316, 343
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	565
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987]1 R.C.S. 1148.....	86
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	180, 257, 603, 697, 791, 812, 847
Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution .....	[1982]2 R.C.S. 793.....	545
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution .....	[1981] 1 R.C.S. 753.....	86, 540
Requête n° 6315/73 .....	30 septembre 1974, D.R. 1, p. 73.....	822
Requête n° 10308/83.....	3 mai 1983, D.R. 36, p. 209.....	822
Requête n° 10479/83 .....	12 mars 1984, D.R. 37, p. 158 .....	823, 856
Restaurants et Motels Châtelaine International Ltée v. Procureur général du Québec .....	[1980] C.A. 511 .....	453
Richmond v. Lewis .....	921 F.2d 933 (1990).....	838
Ringeisen case .....	Eur. Court H. R., judgment of 16 July 1971, Series A No. 13 .....	154
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	473
Robins v. National Trust Co.....	[1927] 2 D.L.R. 97 .....	397
Robitaille v. Cité de Québec .....	[1948] Que. K.B. 787 .....	431
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario .....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	266
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario .....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	266
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	228
<b>S</b>		
S v. S .....	[1972] A.C. 24.....	396
Samis v. City of Vancouver.....	Unreported/Inédit, B.C.C.A., February 23, 1989 .....	468
Sault College of Applied Arts and Technology.....	[1985] O.L.R.B. Rep. 1293 .....	243
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.....	[1980] 2 S.C.R. 78.....	389
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	228
SEFPO c. Ontario (Procureur général).....	[1987] 2 R.C.S. 2.....	86, 108, 283
Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	[1988] 2 F.C. 552 .....	130
Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 386.....	834
Simon v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 387.....	575
Simpson v. Simpson.....	[1989] Fam. L. 20.....	372
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	77, 703, 821, 882
Singh v. Minister of Employment and Immigration .....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	77, 703, 821, 882
Sirros v. Moore .....	[1975] 1 Q.B. 118.....	155
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	102, 236, 310
Smithers v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 506.....	523
Société d'aménagement de l'Outaouais v. Dumouchel .....	[1984] C.A. 571 .....	431
Soering case.....	Eur. Court H. R., judgment of 7 July 1989, Series A No. 161 .....	823, 835, 856, 865
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	607

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	607, 700
Solosky v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 821.....	383
Sosiak v. Marto Construction Inc.....	[1976] C.A. 286.....	412
Spencer v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 278.....	847
State ex rel. Pope v. Superior Court.....	545 P.2d 946 (1976).....	614
State v. Carpenter.....	447 N.W.2d 436 (1989).....	614
State v. Carver.....	678 P.2d 842 (1984).....	615
State v. Gonzalez.....	757 P.2d 925 (1988).....	615
State v. Howard.....	426 A.2d 457 (1981).....	615
State v. Hudlow.....	659 P.2d 514 (1983).....	615
State v. Jalo.....	557 P.2d 1359 (1976).....	614
State v. Oliveira.....	576 A.2d 111 (1990).....	615
State v. Pulizzano.....	456 N.W.2d 325 (1990).....	615
State v. Reinart.....	440 N.W.2d 503 (1989).....	615
State v. Shoffner.....	302 S.E.2d 830 (1983).....	615
Stein c. Le navire "Kathy K".....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	574
Stein v. The Ship "Kathy K".....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	574
Stewart v. Walker.....	(1903), 6 O.L.R. 495.....	384
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	112, 312
Summitt v. State.....	697 P.2d 1374 (1985).....	615
Svatek v. Abony.....	[1986] R.D.I. 605.....	413
Sweitzer v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 949.....	610
Sylvestre v. Procureur général du Québec.....	[1980] C.A. 508.....	434
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	16
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 879.....	848, 885
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1989] 2 R.C.S. 879.....	848, 885
<b>T</b>		
Tessier v. Paquet.....	[1988] R.J.Q. 2553.....	124
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	12
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	12
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	343, 699, 837
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	43, 699, 837
Timm v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 315.....	668
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau.....	[1982] 2 S.C.R. 866.....	451
Tremblay v. The Queen.....	(1969), 7 C.R.N.S. 315.....	522

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>U</b>		
United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL—CIO .....	413 U.S. 548 (1973).....	110
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	95, 109, 181
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	836, 843
United States v. Allard.....	[1987] 1 S.C.R. 564.....	791, 822, 846
<b>V</b>		
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	124, 153, 883
Ville de Laval v. Entreprises Lagacé Inc.....	T.E., No. 34-001811-76M, January 16, 1986.....	452
Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 R.C.S. 368.....	96
Ville de Montréal v. Lerner.....	[1979] C.A. 152.....	448
<b>W</b>		
West Lakes Ltd. v. South Australia .....	(1980), 25 S.A.S.R. 389 .....	559
West Virginia State Board of Education v. Barnette.....	319 U.S. 624 (1943).....	274, 340
White v. Blackmore .....	[1972] 3 All E.R. 158.....	477
Winfield v. Commonwealth.....	301 S.E.2d 15 (1983) .....	615
Wooley v. Maynard.....	430 U.S. 705 (1977).....	274
Wright v. Carter.....	[1903] 1 Ch. 27 .....	370
Wright's Case .....	(1603), Co. Litt. f. 127 a-b .....	740
<b>X</b>		
X. v. Federal Republic of Germany.....	September 30, 1974, D.R. 1, p. 73 .....	822
<b>Y</b>		
Young, James and Webster v. United Kingdom.....	(1980), 3 E.H.R.R. 20 .....	255
Yves Germain Inc. v. Ministre de la Voirie du Québec .....	[1974] C.A. 184 .....	431
<b>Z</b>		
Zamet v. Hyman.....	[1961] 3 All E.R. 933.....	370

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1 .....	525	Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
		s. 246.6.....	577
		s. 246.7.....	577
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 1.....	22, 69, 158, 577, 779, 858	s. 8.....	714
s. 2(b).....	69	s. 9.....	714
s. 3.....	158	s. 265.....	714
s. 7.....	577, 779, 858, 869	s. 276.....	577
s. 11(b).....	869	s. 277.....	577
s. 11(d).....	114, 577		
s. 12.....	779, 858	<b>E</b>	
s. 15(1).....	22	Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1	
s. 24(1).....	5, 22, 69	s. 14.....	158
s. 32(1).....	211	s. 20.....	158
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		Electoral Boundaries Commission Act, 1991, S.S. 1991, c. E-6.11	
s. 23.....	114	s. 9(2).....	158
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19		s. 11(1).....	158
s. 608.....	114	s. 11(2).....	158
s. 608.1.....	114	Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24	
s. 615.1.....	114	s. 65.....	203
Civil Code of Lower Canada		s. 68.....	401
art. 1918.....	401	Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23	
Code of ethics for municipal judges of Québec, R.R.Q. 1981 — Supplement, p. 1272 .....	114	s. 25.....	779, 858
Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74		Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3	
s. 51.....	211	art. 6.....	779, 858
s. 52.....	211		
s. 53.....	211	<b>G</b>	
Constituency Boundaries Commission Act, 1972, S.S. 1972, c. 18		Government Expenditures Restraint Act, S.C. 1991, c. 9	
s. 16(1).....	158	s. 2.....	525
Constitution Act, 1982			
s. 52(1).....	5, 22, 69		



	PAGE		PAGE
<b>I</b>			
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21		s. 4.....	456
s. 10.....	525	s. 9.....	456
s. 42(1).....	525		
<b>L</b>			
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228		<b>P</b>	
s. 2(b).....	5	Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33	
s. 106(1).....	5	s. 33.....	69
<b>M</b>			
Magistrate's Privileges Act, R.S.Q., c. P-24		<b>R</b>	
s. 1.....	114	Representation Act, 1981, S.S. 1980-81, c. R-20.1 .....	158
<b>N</b>			
Natural Resources Transfer Agreement, 1930		Representation Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-20.2 .....	158
para. 1 .....	481		
para. 13 .....	481	<b>S</b>	
para. 18 .....	481	Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71	
<b>O</b>			
Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322		s. 57.....	481
s. 2.....	456	<b>U</b>	
s. 3.....	456	Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48	
		s. 31(1).....	22
		s. 31(2).....	22
		s. 31(4).....	22
		Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576	
		s. 57(2).....	22
		s. 70(4).....	22

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 13.....	481
art. 1.....	22, 69, 158, 577, 779, 858	art. 18.....	481
art. 2b).....	69	<b>E</b>	
art. 3.....	158	Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1	
art. 7.....	577, 779, 858, 869	art. 14.....	158
art. 11b).....	869	art. 20.....	158
art. 11d).....	114, 577	Electoral Boundaries Commission Act, 1991, S.S. 1991, ch. E-6.11	
art. 12.....	779, 858	art. 9(2).....	158
art. 15(1).....	22	art. 11(1).....	158
art. 24(1).....	5, 22, 69	art. 11(2).....	158
art. 32(1).....	211	<b>L</b>	
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5	
art. 23.....	114	art. 66(1).....	481
Code civil du Bas-Canada		Loi constitutionnelle de 1982	
art. 1918.....	401	art. 52(1).....	5, 22, 69
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71	
art. 8.....	714	art. 57.....	481
art. 9.....	714	Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21	
art. 265.....	714	art. 10.....	525
art. 276.....	577	art. 42(1).....	525
art. 277.....	577	Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48	
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34		art. 31(1).....	22
art. 246.6.....	577	art. 31(2).....	22
art. 246.7.....	577	art. 31(4).....	22
Code de déontologie des juges municipaux du Québec, R.R.Q. 1981 — Supplément, p. 1272	114	Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33	
Constituency Boundaries Commission Act, 1972, S.S. 1972, ch. 18		art. 33.....	69
art. 16(1).....	158	Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24	
Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930		art. 65.....	203
art. 1.....	481		

	PAGE		PAGE
art. 68.....	401	Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q., ch. P-24	
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23		art. 1.....	114
art. 25.....	779, 858	Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228	
Loi sur la compression des dépenses publiques, L.C. 1991, ch. 9		art. 2b).....	5
art. 2.....	525	art. 106(1).....	5
Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74			
art. 51.....	211	<b>R</b>	
art. 52.....	211	Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1.....	525
art. 53.....	211	Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576	
Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322		art. 57(2).....	22
art. 2.....	456	art. 70(4).....	22
art. 3.....	456	Representation Act, 1981, S.S. 1980-81, ch. R-20.1.....	158
art. 4.....	456	Representation Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-20.2.....	158
art. 9.....	456		
Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100		<b>T</b>	
art. 52.....	869	Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3	
art. 52(4).....	869	art. 6.....	779, 858
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19			
art. 608.....	114		
art. 608.1.....	114		
art. 615.1.....	114		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Aaron, Benjamin. "Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation" (1961), 22 <i>Ohio S.L.J.</i> 39	289
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law: A Comprehensive Text</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985	282
Adler, Zsuzsanna. "The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation", [1985] <i>Crim. L.R.</i> 769 .....	690
Amnesty International. <i>When the State Kills . . . The Death Penalty: A Human Rights Issue</i> . New York: Amnesty International U.S.A., 1989 .....	838
Amnistie internationale. <i>La peine de mort dans le monde -- Quand l'État assassine</i> . Paris: Éditions Amnesty International, 1989.....	838
Andrews, Neil. "Undue Influence and Contracts of Loan", [1985] <i>Cambridge L.J.</i> 192 .....	372
Atkinson, William J. "L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés". Dans <i>Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes</i> . Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149 .....	135
Backhouse, Constance and Lorna Schoenroth, "A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law" (1983), 6 <i>Can.-U.S. L.J.</i> 48 .....	656
Bagehot, Walter. <i>La Constitution anglaise</i> . Traduit de l'anglais par M. Gaulhiac. Paris: Germer Baillière, 1869 .....	559
Bagehot, Walter. <i>The English Constitution</i> . London: Henry S. King & Co., 1872.....	559
"Bank securities allegedly obtained by undue influence", [1985] <i>J. Bus. L.</i> 191 .....	371
Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., <i>Studies in Contract Law</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	289
Beaudoin, Gérard-A. <i>La Constitution du Canada</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1990.....	558
Beccaria, Cesare. <i>Des délits et des peines</i> . Traduit par Maurice Chevallier. Genève: Librairie Droz, 1965	803
Beccaria, Cesare. <i>On Crimes and Punishments</i> . Translated by Henry Paolucci. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1963 .....	803
Berger, Vivian. "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom" (1977), 77 <i>Colum. L. Rev.</i> 1 .....	631

Blache, P. "L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne". Dans <i>Développements récents en droit administratif</i> , vol. 2. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 55 .....	135
Borgida, Eugene and Phyllis White. "Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform" (1978), 2 <i>Law and Hum. Behav.</i> 339.....	662
Boyle, Christine. "Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?" (1981), 23 <i>Crim. L.Q.</i> 253 .....	673
Boyle, Christine. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswells, 1984 .....	675
Boyle, Kevin and M. J. Allen. <i>Sentencing Law and Practice</i> . London: Sweet & Maxwell, 1985 .....	523
Brickman, Julie and John Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" (1985), 7 <i>Int'l J. of Women's Stud.</i> 195.....	649
Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 94 .....	733
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , Fascicule n° 77, le 22 avril 1982.....	675
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.....	649
Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. <i>Rapport de la commission d'enquête sur l'assurance-chômage</i> . Par Claude E. Forget et autres. Ottawa: Approvisionnement et services Canada, 1986 .....	30
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Corroboration: Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve</i> . Ottawa, 1975.....	669
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. <i>Les voies de fait</i> . Ottawa: La Commission, 1984 .....	743
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Problématique d'une codification du droit pénal canadien</i> . Ottawa: La Commission, 1976.....	729
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	734
Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. <i>Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance</i> . By Claude E. Forget et al. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986 .....	30
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children</i> . Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1984.....	649
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 <sup>re</sup> sess., 30 <sup>e</sup> Lég., le 19 novembre 1975, p. 9252.....	694
Canada. Débat de la Chambre des communes, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> Lég., le 7 juillet, 1981, p. 11300 .....	677
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> . vol. III, 4 <sup>e</sup> Sess., 1 <sup>er</sup> juin 1872. Ottawa: Robertson, Roger & Co., 1872 .....	184
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. <i>Les relations du travail au Canada. Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail</i> . Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968 .....	298
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 77, April 22, 1982 .....	675
Canada. House of Commons Debates, 1st Sess., 30th Parl., November 19, 1975, p. 9252 .....	694
Canada. House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., July 7, 1981, p. 11300.....	677

Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 4th Sess., June 1, 1872. Ottawa: Robertson, Roger & Co., 1872 .....	184
Canada. Law Reform Commission. <i>Corroboration: A Study Paper Prepared by the Law of Evidence Project</i> . Ottawa, 1975.....	669
Canada. Law Reform Commission. Report 31. <i>Recodifying Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1987	734
Canada. Law Reform Commission. <i>Towards a Codification of Canadian Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1976.....	729
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. <i>Assault</i> . Ottawa: The Commission, 1984.....	743
Canada. Solicitor General. <i>Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime</i> , 1985.....	652
Canada. Solicitor General. <i>Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes</i> , 1984	650
Canada. Solliciteur général. <i>Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et crimes non signalés</i> , 1984.....	650
Canada. Solliciteur général. <i>Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Les femmes victimes d'actes criminels</i> , 1985 .....	652
Canada. Task Force on Labour Relations. <i>Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations</i> . Ottawa: Privy Council Office, 1968 .....	298
<i>Canadian Encyclopedic Digest (Western)</i> , vol. 15, 3rd ed., Title 67. "Fraud and Misrepresentation". Toronto: Carswell, 1990.....	370
Cantor, Norman L. "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 <i>Rutgers L. Rev.</i> 3.....	262, 326, 347
Catton, Katherine. "Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused" (1975), 33 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 165.....	663
Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13 <i>Queen's L.J.</i> 267.....	282
Check, James V. P. and Neil M. Malamuth. "Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape" (1983), 45 <i>J. of Pers. and Soc. Psych.</i> 344 .....	652
Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. <i>A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada</i> , 1976 (unpublished).....	654
Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. <i>Rape: The Price of Coercive Sexuality</i> . Toronto: Women's Press, 1977 .....	649
Clarkson, C. M. V. and H. M. Keating. <i>Criminal Law: Text and Materials</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.....	728
Cockburn, J. S. "Twelve Silly Men? The Trial Jury at Assizes, 1560-1670". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., <i>Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800</i> . Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.....	801
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> . Toronto: Carswells, 1986.....	736
Cope, Malcolm. <i>Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains</i> . North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1985 .....	376
Cope, Malcolm. "Undue Influence and Alleged Manifestly Disadvantageous Transactions: National Westminster Bank plc v. Morgan" (1986), 60 <i>A.L.J.</i> 87 .....	371
Cox, Archibald. <i>Law and the National Labor Policy</i> . Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983.....	350
Cross, Rupert, Sir and Colin Tapper. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1990.....	668

Dale, Brenda. "Undue Influence and Manifest Disadvantage" (1988), 52 <i>Conv. &amp; Prop. Law.</i> 441 .....	374
Dale, Brenda. "Undue Influence: Recent Developments" (1989), 53 <i>Conv. &amp; Prop. Law.</i> 63.....	373
Dawson, T. Brettel. "Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance" (1988), 2 <i>C.J.W.L.</i> 310.....	649
de Smith, S. A. <i>de Smith's Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.....	883
Di Castri, J. Victor. <i>Occupiers' Liability</i> . Vancouver: Burroughs and Co., 1980.....	477
Dixon, M. J. "The Limits of Undue Influence Explained", [1989] <i>Cambridge L.J.</i> 359 .....	374
Doherty, David H. "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984), 40 <i>C.R.</i> (3d) 55 .....	607
Dorion, Guy et Roger Savard. <i>Loi commentée de l'expropriation du Québec</i> . Québec: Presses de l'université Laval, 1979.....	449
Elliott, D. W. "Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties", [1984] <i>Crim. L. Rev.</i> 4.....	614
Emerson, Thomas I. "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 <i>Yale L.J.</i> 1.....	317
"Equality Issues in Federal Law: a discussion paper." Ottawa: Dept. of Justice, 1985.....	30
Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 1.....	262, 327
Evans, J. M. "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 51.....	882
Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	666
Feild, Hubert S. and Leigh B. Bienen. <i>Jurors and Rape</i> . Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.....	656
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.....	466
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown & Co., 1978.....	763
Foucault, Michel. <i>Discipline and Punish: The Birth of the Prison</i> . Translated by Alan Sheridan. New York: Vintage Books, 1979.....	801
Foucault, Michel. <i>Surveiller et punir: naissance de la prison</i> . Paris: Gallimard, 1975.....	801
Fox, Richard George and Arie Freiberg. <i>Sentencing: State and Federal Law in Victoria</i> . Melbourne: Oxford University Press, 1985.....	523
Galvin, Harriett R. "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 <i>Minn. L. Rev.</i> 763.....	605, 665
Garant, Patrice. "La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme" (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 39.....	134
Giroux, Lorne. "L'expropriation en droit québécois" (1980), 10 <i>R.D.U.S.</i> 629.....	431
Gordon, Margaret T. and Stephanie Riger. <i>The Female Fear</i> . New York: The Free Press, 1989.....	657
Grant, Yola Althea. "The Penetration of the Rape Shield: <i>R. v. Seaboyer</i> and <i>R. v. Gayme</i> in the Ontario Court of Appeal" (1989-1990), 3 <i>C.J.W.L.</i> 592.....	603
Granucci, Anthony F. "'Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted:' The Original Meaning" (1969), 57 <i>Cal. L. Rev.</i> 839.....	803
Gray, Ian and Moira Stanley. <i>A Punishment in Search of a Crime: Americans Speak Out Against the Death Penalty</i> . New York: Avon Books, 1989.....	838
Greene, Ian. "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988), 26 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 177.....	135, 154

Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>Rapport</i> . Toronto: Carswells, 1983 .....	666
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 18, 4th ed. London: Butterworths, 1977 .....	379
Haxton, David. "Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence", [1985] <i>Wis. L. Rev.</i> 1219 .....	697
Hay, Douglas. "Property, Authority and the Criminal Law". In Douglas Hay et al., <i>Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England</i> . London: Allen Lane, 1975.....	801
Hay, Douglas. "The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., <i>Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800</i> . Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988 .....	802
Holmstrom, Lynda Lytle and Ann Wolbert Burgess. <i>The Victim of Rape: Institutional Reactions</i> . New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.....	650
Horn, Robert. <i>Groups and the Constitution</i> . New York: AMS Press, 1971 .....	321
Hoskins, Jeffrey G. "The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases" (1983), 4 <i>Can. J. Fam. L.</i> 173.....	669
Howard, Colin. <i>Criminal Law</i> , 3rd ed. Sydney: The Law Book Co., 1977.....	660
Informa Inc. "Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign". Report prepared for the Ontario Women's Directorate, August 1988.....	659
Johnson, Robert. <i>Condemned to Die: Life Under Sentence of Death</i> . New York: Elsevier, 1981.....	817
Kahn-Freund, Otto. "On Uses and Misuses of Comparative Law" (1974), 37 <i>Mod. L. Rev.</i> 1 .....	298
Keable, Jean F. "Les tribunaux administratifs et les organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)". Dans <i>Application des Chartes des droits et libertés en matière civile</i> . Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 251.....	135
La Forest, G. V. <i>Extradition to and from Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1977 .....	844
La Free, Gary D. "Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing" (1980), 58 <i>Soc. Forces</i> 833.....	662
La Free, Gary D., Barbara F. Reskin and Christy A. Visher. "Jurors' Responses to Victims' Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials" (1985), 32 <i>Soc. Prob.</i> 389 .....	663
LeGrand, Camille E. "Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law" (1973), 61 <i>Calif. L. Rev.</i> 919 .....	649
"Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail." Ottawa: Ministère de la Justice, 1985 .....	30
Linden, Allen M. "Custom In Negligence Law" (1968), 11 <i>Can. Bar J.</i> 151 .....	471
Little, Walter. <i>Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report</i> . Toronto: s.n., 1969 .....	297
Lowe, A. V. and Colin Warbrick. "Extraterritorial Jurisdiction and Extradition" (1987), 36 <i>Int'l &amp; Comp. L.Q.</i> 398.....	865
MacKinnon, Catharine A. <i>Toward a Feminist Theory of the State</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.....	665
Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.....	650
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984.....	687



McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick's Handbook of the Law of Evidence</i> , 2nd ed. By E. W. Cleary. St. Paul: West Pub. Co., 1972.....	609, 692
McLane, Bernard William. "Juror Attitudes toward Local Disorder: The Evidence of the 1328 Lincolnshire Trailbaston Proceedings". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., <i>Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800</i> . Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988 .....	800
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 .....	679
Mewett, Alan W. and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	733
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 8. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.....	433
Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des droits de l'homme. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. <i>Élaboration d'un deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à l'abolition de la peine capitale</i> , Marc J. Bossuyt, Rapporteur spécial, le 29 juin 1987.....	810
Ogilvie, M. H. "Undue Influence in the House of Lords" (1986), 11 <i>Can. Bus. L.J.</i> 503.....	371
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on Occupiers' Liability</i> . Toronto: Ministère de la Justice, 1972 .....	463
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Occupiers' Liability</i> . Toronto: Department of Justice, 1972 .....	463
Ontario. Professional Organizations Committee. <i>The Report of the Professional Organizations Committee</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1980.....	886
Ordover, Abraham P. "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity" (1977), 63 <i>Cornell L. Rev.</i> 90.....	615, 683
Paciocco, David M. "The Charter and the Rape Shield Provisions of the <i>Criminal Code</i> : More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine" (1989), 21 <i>Ottawa L. Rev.</i> 119 .....	628
Parker, Graham. "The Origins of the Canadian Criminal Code". In David H. Flaherty, ed., <i>Essays in the History of Canadian Law</i> , vol. I. Toronto: University of Toronto Press, 1981.....	729
Pépin, Gilles. "L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1990), 50 <i>R. du B.</i> 766.....	134
<i>Petit Robert I.</i> Paris: Le Robert, 1990, "travailler" .....	98
Phipson, Sidney Lovell. <i>Phipson on Evidence</i> , 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982 .....	385
Québec. Ministre de la Justice. Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales. <i>Les cours municipales au Québec: un projet de réforme</i> . Québec, 1988.....	132
Raggi, Reena. "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 <i>Harv. C.R.-C.L. Law Rev.</i> 1 .....	258
Reed, Charles P. "Comment" (1984), 18 <i>Law Teacher</i> 132.....	375
Reed, Charles P. "Commentary" (1985), 19 <i>Law Teacher</i> 106 .....	372
Renner, K. Edward and Suresh Sahjpaal, "The New Sexual Assault Law: What Has been Its Effect" (1986), 28 <i>Can. J. Crim.</i> 407 .....	655
Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987....	103
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.....	522
<i>Russell on Crime</i> , vol. 1, 12th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons, 1964.....	729
Schiff, S. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , 3rd ed., vol. 2. Toronto: Carswells, 1988 .....	692

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the <i>Charter</i> Insulate Bias?" (1989), 21 <i>Ottawa L. Rev.</i> 741 .....	660
Shetreet, Shimon. <i>Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary</i> . Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976.....	155
Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.....	153
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "work" .....	98
Singhvi, L. M. "Independence of Justice in the World". Keynote Address Delivered at the Inaugural Session of the National Seminar on Justice: <i>Independence and Accountability</i> . Canadian Institute for the Administration of Justice. Montréal, October 15-17, 1987 .....	145
Snell, Edmund Henry Turner. <i>Snell's Principles of Equity</i> , 28th ed. By P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.....	370
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> . Toronto: Butterworths, 1974	385
Stanley, Marilyn G. <i>Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1985.....	654
Stanley, Marilyn G. <i>The Experience of the Rape Victim with the Criminal Justice System Prior to Bill C-127</i> . Ottawa: Department of Justice, 1985.....	654
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A Digest of the Law of Evidence</i> , 12th ed. By Sir Harry Lushington Stephen and Lewis Frederick Sturge. London: MacMillan and Co., 1946 .....	679
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A General View of the Criminal Law of England</i> , 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890 .....	728
Stockdale, Eric and Keith Devlin. <i>Stockdale and Devlin on Sentencing</i> . London: Waterlow, 1987 .....	523
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	729, 771
Swinton, Katherine. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés". Dans Beaudoin et Tarnopolsky, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , Wilson & Lafleur, 1982.....	244
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswells, 1982 .....	244
Tanford, J. Alexander and Anthony J. Bocchino. "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment" (1980), 128 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 544.....	614, 692
Taylor, R. D. "Commentary" (1985), 19 <i>Law Teacher</i> 105.....	372
Thomas, D. A. "Establishing a Factual Basis for Sentencing", [1970] <i>Crim. L.R.</i> 80 .....	523
Thomas, D. A. <i>Principles of Sentencing</i> , 2nd ed. London: Heinemann, 1979.....	522
Tiplady, David. "The Limits of Undue Influence" (1985), 48 <i>Mod. L. Rev.</i> 579 .....	371
Tocqueville, Alexis de. <i>De la Démocratie en Amérique</i> , t. I, Paris: Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1951 .....	316
Tocqueville, Alexis de. <i>Democracy in America</i> , vol. I. Edited by Philips Bradley. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1945 .....	316
Tribe, Laurence H. <i>Constitutional Choices</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.....	300, 350

United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. <i>Elaboration of a second optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty</i> . By Special Rapporteur Marc J. Bossuyt, June 29, 1987.....	810
Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985 .....	153
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 <i>C.J.W.L.</i> 233	654
Vaughn, Robert G. "Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond" (1976), 44 <i>Geo. Wash. L. Rev.</i> 516.....	110
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127</i> . Toronto: Butterworths, 1984 .....	728
Weiler, Paul C. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswells, 1980 .....	325
Weiler, Paul C. "The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law" (1990), 40 <i>U.T.L.J.</i> 117.....	350
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970 .....	660
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940 .....	384, 397
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	743
Williams, Kristen M. <i>The Prosecution of Sexual Assaults</i> . Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.....	650
Zaller, Robert. "The Debate on Capital Punishment During the English Revolution" (1987), 31 <i>Am. J. Legal Hist.</i> 126 .....	802



**Joseph John Kindler** *Appellant*

v.

**Mr. John Crosbie, Minister of Justice and Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Amnesty International** *Intervener*

INDEXED AS: KINDLER v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

File No.: 21321.

1991: February 21; 1991: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extradition proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.*

*Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining*

**Joseph John Kindler** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **M. John Crosbie, ministre de la Justice et procureur général du Canada** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Amnistie internationale** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: KINDLER c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

<sup>c</sup> N° du greffe: 21321.

1991: 21 février; 1991: 26 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

*Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugi-*

*assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.*

*Administrative law — Natural justice — Extradition — Minister's decision to surrender fugitive made without oral hearing — Whether requirements of natural justice complied with — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.*

The appellant was found guilty of first degree murder, conspiracy to commit murder and kidnapping in the State of Pennsylvania and the jury recommended the imposition of the death penalty. Before he was sentenced, the appellant escaped from prison and fled to Canada where he was arrested. After a hearing, the extradition judge allowed the U.S.'s application for his extradition and committed the appellant to custody. The Minister of Justice of Canada, after reviewing the material supplied by the appellant, ordered his extradition pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* without seeking assurances from the U.S., under Art. 6 of the Extradition Treaty between the two countries, that the death penalty would not be imposed or, if imposed, not carried out. Both the Trial Division and the Court of Appeal of the Federal Court dismissed appellant's application to review the Minister's decision. This appeal is to determine whether the Minister's decision to surrender the appellant to the U.S., without first seeking assurances that the death penalty will not be imposed or executed, violates the appellant's rights under s. 7 or s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, this Court stated the following two constitutional questions: whether s. 25 of the *Extradition Act* infringes s. 7 or s. 12 of the *Charter*; and, if so, whether such infringement is justified under s. 1.

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The extradition order is confirmed. Section 25 of the *Extradition Act* does not infringe s. 7 or s. 12 of the *Charter*.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 7 of the *Charter*, and not s. 12, is the appropriate provision under which the actions of the Minister are to be assessed. The Minister's actions do not constitute cruel and unusual punishment. The execution, if it ultimately takes place, will be in the U.S. under American

*tif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

*Droit administratif — Justice naturelle — Extradition — Décision du ministre de livrer un fugitif prise sans audience — Les exigences de la justice naturelle ont-elles été respectées? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.*

L'appelant a été reconnu coupable dans l'État de Pennsylvanie de meurtre au premier degré, de complot en vue de commettre un meurtre et d'enlèvement et le jury a recommandé la peine de mort. Avant le prononcé de sa sentence, l'appelant s'est évadé de prison et s'est enfui au Canada où il a été arrêté. Après audience, le juge d'extradition a accueilli la demande d'extradition présentée par les États-Unis et a fait incarcérer l'appelant. Après examen des documents présentés par l'appelant, le ministre de la Justice du Canada a ordonné son extradition en application de l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* sans demander de garantie aux États-Unis, en vertu de l'art. 6 du Traité d'extradition entre les deux pays, que la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée. La Section de première instance et la Section d'appel de la Cour fédérale ont toutes deux rejeté la demande d'examen de la décision du ministre qu'a présentée l'appelant. Le présent pourvoi vise à déterminer si la décision du ministre de livrer l'appelant aux États-Unis sans d'abord obtenir la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée ou appliquée viole les droits que l'art. 7 ou l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à l'appelant. De plus, notre Cour a énoncé deux questions constitutionnelles: savoir si l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* viole l'art. 7 ou l'art. 12 de la *Charte*; et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'arrêt d'extradition est confirmé. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 12 de la *Charte*.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'article 7 de la *Charte*, et non l'art. 12, est la disposition appropriée en vertu de laquelle les actions du ministre doivent être évaluées. Celles-ci ne constituent pas une peine cruelle et inusitée. Si, en fin de compte, l'exécution a lieu, ce sera l'exécution aux États-Unis, en

law against an American citizen in respect of an offence that took place in the U.S. It does not result from any initiative taken by the Canadian Government. The real question is whether the action of the Canadian Government in returning the appellant to his own country infringes his liberty and security in an impermissible way.

The unconditional surrender of the appellant seriously affects his right to liberty and security of the person. The issue is whether the surrender violates the principles of fundamental justice in the circumstances of this case. The values emanating from s. 12 play an important role in defining fundamental justice in this context. The Court has held that extradition must be refused if the circumstances facing the accused on surrender are such as to "shock the conscience". There are situations where the punishment imposed following surrender — torture, for example — would be so outrageous as to shock the conscience of Canadians, but that is not so of the death penalty in all cases. While there is strong ground that, barring exceptional cases, the death penalty could not be justified in Canada having regard to the limited extent to which it advances any penological objectives and its serious invasion of human dignity, that is not the issue in this case. The issue is whether the extradition to the U.S. of a person who may face the death penalty there shocks the conscience.

In considering whether such surrender may constitutionally take place, the global setting where the vast majority of the nations of the world retain the death penalty must be kept in mind. While there has been a welcome trend in Western nations to abolish the death penalty, some nations have resisted the trend, notably the U.S. whose relatively open borders and cultural affinity with Canada make the escape of criminals to this country a pressing problem. While there are a number of major international instruments supporting the trend, all except one fall short of actually prohibiting the death penalty. More directly reflective of international attitudes is the recent *Model Treaty on Extradition* prepared under the United Nations' auspices, which like the Canada-U.S. Extradition Treaty, gives a state discretion to decide whether it should demand assurances against the imposition of the death penalty.

The Government has a right and duty to keep criminals out of Canada and to expel them by deportation. Otherwise Canada could become a haven for

vertu du droit américain, d'un citoyen américain pour un crime commis aux États-Unis. Elle ne résulte pas d'une initiative prise par le gouvernement canadien. La véritable question est de savoir si l'action du gouvernement canadien de remettre l'appelant à son propre pays porte atteinte à sa liberté et à sa sécurité d'une manière qui est interdite.

Le droit de l'appelant à la liberté et à la sécurité de sa personne est gravement atteint par son extradition sans condition. Il s'agit de déterminer si l'extradition viole les principes de justice fondamentale dans les circonstances de l'espèce. Les valeurs qui découlent de l'art. 12 jouent un rôle important pour définir la justice fondamentale dans ce contexte. Notre Cour a conclu que l'extradition doit être refusée si la remise placerait le fugitif dans une situation tellement inacceptable qu'elle «choque la conscience». Il y a des situations où la peine infligée à la suite de l'extradition — par exemple, la torture — serait si atroce qu'elle choquerait la conscience des Canadiens, mais ce n'est pas le cas de la peine de mort. Il y a de bons motifs de croire que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, la peine de mort ne peut être justifiée au Canada, compte tenu de la faible mesure dans laquelle elle fait progresser tout objectif pénologique et de l'atteinte grave à la dignité humaine qu'elle engendre, mais là n'est pas la question en litige. La question est de savoir si l'extradition aux États-Unis d'une personne qui s'expose à l'exécution de la peine de mort dans ce pays choque la conscience.

Pour déterminer si cette extradition peut avoir lieu, l'évaluation constitutionnelle doit tenir compte du cadre global où la grande majorité des nations dans le monde conserve la peine de mort. Il y a eu une tendance souhaitable dans les nations occidentales à abolir la peine de mort, mais certaines sont allées à l'encontre de ce courant, notamment les États-Unis, dont les frontières relativement ouvertes et l'affinité culturelle avec le Canada font de la fuite des criminels vers notre pays un problème urgent. Bien qu'un certain nombre d'accords internationaux importants appuient le courant en faveur de l'abolition, aucun, sauf un, n'interdit vraiment l'utilisation de la peine de mort. Le récent *Traité type d'extradition*, élaboré sous les auspices des Nations Unies, qui, comme le *Traité d'extradition* entre le Canada et les États-Unis, donne aux États le pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de l'obtention d'une garantie concernant la peine de mort, reflète plus directement l'attitude internationale.

Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des criminels d'entrer dans notre pays et de les en expulser. Sinon, le Canada pourrait devenir un refuge pour les

criminals. The issue has arisen in several recent cases in relation to persons facing the death penalty for murder. Similar policy concerns apply to extradition. It would be strange if Canada could keep out lesser offenders but be obliged to grant sanctuary to those accused or convicted of the worst types of crimes.

In summary, the extradition of an individual who has been accused of the worst form of murder in the U.S., which has a system of justice similar to our own, could not be said to shock the conscience of Canadians or to violate any international norm. The extradition did not go beyond what was necessary to serve the legitimate and compelling social purpose of preventing Canada from becoming an attractive haven for fugitives. The Minister determined, in the interests of protecting the security of Canadians, that he should not, in this case, seek assurances regarding the penalty to be imposed. On the evidence before the Court, the Minister's determination was not unreasonable and this Court should not interfere with his decision to extradite without restrictions.

The procedure followed by the Minister in reaching his decision to surrender the appellant did not offend the principles of fundamental justice. Nor did the subsidiary grounds — the alleged arbitrariness, the "death row" phenomenon and the mode of execution — lead to a different result.

*Per L'Heureux-Dubé and Gonthier and McLachlin JJ.:* While the *Charter* applies to extradition matters, including the executive decision of the Minister that effects the fugitive's surrender, the guarantee against cruel and unusual punishment found in s. 12 of the *Charter* has no application to s. 25 of the *Extradition Act* or to ministerial acts done pursuant to that section. The decision to surrender a fugitive under s. 25 does not constitute the imposition of cruel and unusual punishment by a Canadian government. The purpose and effect of s. 25 is to permit the fugitive to be extradited to face the consequences of the judicial process elsewhere. The punishment, if any, to which the fugitive is ultimately subject will be punishment imposed, not by the Government of Canada, but by the foreign state. The fact that the Minister may seek assurances that the death penalty will not be demanded or enforced in the foreign jurisdiction does not change this situation. Since the *Charter's* reach is confined to the legislative and executive acts of Canadian governments, to apply s. 12 directly to the act of surrender to a foreign country where a particu-

criminel. La question a été soulevée dans plusieurs affaires récentes relatives à des personnes passibles de la peine de mort pour meurtre. Des préoccupations de principe semblables s'appliquent à l'extradition. Il serait étrange que le Canada puisse expulser des auteurs de crimes moins graves mais soit obligé d'accorder le droit d'asile aux personnes accusées ou reconnues coupables des pires crimes.

En résumé, on ne pourrait pas dire que l'extradition d'une personne accusée de la pire forme de meurtre aux États-Unis, dont le système de justice est semblable au nôtre, choque la conscience des Canadiens ou viole la norme internationale. L'extradition ne va pas plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre le but social légitime et impérieux d'empêcher que le Canada devienne un refuge attrayant pour les fugitifs. Le ministre a décidé, dans l'intérêt de la sécurité des Canadiens, qu'il ne devrait pas, en l'espèce, demander des garanties que la peine de mort ne sera pas appliquée. On ne peut déduire de la preuve présentée à la Cour que la décision du ministre était déraisonnable et notre Cour ne doit pas s'immiscer dans sa décision d'extrader sans condition.

La procédure suivie par le ministre pour arriver à sa décision d'extrader l'appelant ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Les moyens subsidiaires — le caractère arbitraire allégué, le syndrome du «couloir de la mort» et la méthode d'exécution — ne permettraient pas non plus d'aboutir à un résultat différent.

*Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin:* Bien que la *Charte* s'applique en matière d'extradition, y compris à la décision de l'exécutif prise par le ministre qui a un effet sur la remise du fugitif, la garantie contre tous traitements ou peines cruels et inusités que prévoit l'art. 12 de la *Charte* ne s'applique pas à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* ou à l'égard des actes du ministre accomplis en application de cet article. La décision de livrer un fugitif aux termes de l'art. 25 ne constitue pas l'application d'une peine cruelle et inusitée par un gouvernement canadien. L'article 25 a pour objet et pour effet de permettre que le fugitif soit extradé pour faire face aux conséquences du processus judiciaire ailleurs. La peine, le cas échéant, à laquelle le fugitif est en fin de compte assujéti sera infligée non pas par le Gouvernement du Canada mais par l'État étranger. Le fait que le ministre peut demander des garanties que la peine de mort ne sera pas exigée ou appliquée dans le pays étranger ne change pas cette situation. Puisque la portée de la *Charte* se limite aux actes législatifs et exécutifs des gouvernements canadiens, si on applique l'art. 12



lar penalty may be imposed would be to give the section extraterritorial effect. Effective relations between different states require that Canada respects the differences of its neighbours and that it refrains from imposing its constitutional guarantees on other states.

Section 25 of the *Extradition Act*, which permits the extradition of fugitives without assurances that the death penalty will not be applied in the requesting states, does not offend the fundamental principles of justice enshrined in s. 7 of the *Charter*. Section 25 is consistent with extradition practices, viewed historically and in light of current conditions, and is consonant with the fundamental conceptions of what is fair and right in Canadian society. Bearing in mind the nature of the offence and the penalty, the justice system of the requesting state including the safeguards and guarantees it affords the fugitive, the considerations of comity and of security, and according due latitude to the Minister to balance the competing interests involved in particular extradition cases, the extradition of a fugitive to a state where he may face capital punishment, if convicted, is not a situation which is shocking and fundamentally unacceptable in our society. There is no clear consensus in this country that capital punishment is morally abhorrent and absolutely unacceptable. Further, while in some cases it may be mandatory for the Minister to seek death penalty assurances, the variance between cases supports legislation which accords to the Minister a measure of discretion on the question of whether such assurances should be demanded. If such assurances were mandatory, Canada might become a safe haven for criminals in the U.S. seeking to avoid the death penalty. Finally, the importance of maintaining effective extradition arrangements with other countries, in a world where law enforcement is increasingly international in scope, also supports the ministerial discretion found in s. 25. An effective extradition process is founded on respect for sovereignty and differences in the judicial systems among various nations.

The Minister's decision to extradite without seeking death penalty assurances from the U.S. did not infringe s. 7 of the *Charter*. The reasons for extradition were compelling and the procedural guarantees in the reciprocating state high. The sole fact that at the end of the process, the appellant could face the death penalty was insufficient in the context of the extradition system of

directement à l'acte d'extradition dans un pays où une peine en particulier peut être infligée, on donne à l'article un effet extraterritorial. Pour que les différents États aient de bonnes relations entre eux nous devons respecter les différences de nos voisins et nous abstenir d'imposer nos garanties constitutionnelles à d'autres États.

L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, qui permet l'extradition des fugitifs sans garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée dans les États requérants, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*. L'article 25 est conforme aux usages dans le domaine de l'extradition, interprété sur le plan historique et à la lumière des circonstances actuelles, et est conforme aux conceptions fondamentales de justice et d'équité dans la société canadienne. Si l'on tient compte de la nature de l'infraction et de la peine, du système judiciaire de l'État requérant, y compris les garanties qu'il accorde au fugitif, et des considérations relatives à la courtoisie et à la sécurité, et si l'on accorde toute la latitude voulue au ministre pour prendre en compte les intérêts divergents visés dans certaines affaires d'extradition, l'extradition d'un fugitif dans un État où il est passible de la peine capitale s'il est déclaré coupable ne constitue pas une situation qui est choquante et fondamentalement inacceptable pour notre société. Aucun consensus ne se dégage clairement dans notre pays quant à savoir si la peine de mort est moralement répréhensible et absolument inacceptable. En outre, bien que dans certains cas le ministre soit obligé de demander une garantie que la peine de mort ne sera pas infligée, la diversité des affaires vient appuyer la mesure législative qui accorde au ministre une certaine latitude pour déterminer s'il y a lieu de demander une garantie. Si de telles garanties devaient être obligatoires, le Canada pourrait devenir un refuge sûr pour les criminels des États-Unis qui cherchent à éviter la peine de mort. Finalement, l'importance de conserver des accords efficaces en matière d'extradition avec d'autres pays dans un monde où l'application du droit a une portée de plus en plus internationale vient également appuyer le pouvoir discrétionnaire du ministre prévu à l'art. 25. Un processus d'extradition efficace est fondé sur le respect de la souveraineté et des différences des systèmes judiciaires des diverses nations.

La décision du ministre d'extrader sans obtenir de garanties des États-Unis concernant l'application de la peine de mort n'a pas violé l'art. 7 de la *Charte*. Les motifs d'extradition sont impérieux et les garanties en matière de procédures dans l'État qui a des rapports de réciprocité sont grandes. Le seul fait que, à la fin du processus, l'appellant est passible de la peine de mort est

this country to render the decision unconstitutional. The courts should not lightly interfere with executive decisions on extradition matters.

The Minister's decision to extradite is not invalid because the appellant was denied an oral hearing before the Minister. The appellant was afforded that right at the stage of the judicial hearing. No further oral hearing is required at the second stage of the Minister's final decision.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting): While capital punishment *per se* constitutes cruel and unusual punishment, it is preferable not to decide whether s. 12 of the *Charter* applies because s. 7 is the appropriate provision for the determination of this appeal.

The surrender order infringes s. 7 of the *Charter*. Extradition to face the potential imposition of capital punishment deprives the appellant of liberty and security of the person. The circumstances in which extradition constitutes a breach of the principles of fundamental justice are not limited to situations which "shock the conscience". The protection afforded by s. 7 extends to individuals who face situations that are "simply unacceptable". This requirement entails more than a simple consideration of majority opinion. It must be interpreted in light of the values underlying s. 7. Here, the Minister's decision to surrender the appellant without seeking the assurances against the imposition of what would be a violation of s. 12 of the *Charter*, were it carried out in Canada, offends the principles of fundamental justice. Indeed, the extradition of the fugitive to face the death penalty without seeking assurances that it would not be imposed or carried out shocks the conscience. The Minister did not even ask the U.S. to give such assurances. It is quite possible that they would have been given. With the cooperation of the requesting state, it is possible to achieve the goals of an effective extradition system in a manner that does not deprive the fugitive of the protection of the *Charter*. To refuse to seek such assurances is to give an official blessing to the death penalty, despite the fact that Canadian public policy stands firmly opposed to its use. The surrender order is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Per* Lamer C.J. and Cory J. (dissenting): Capital punishment for murder is prohibited in Canada. As the ulti-

insuffisant dans le contexte du système d'extradition de notre pays pour rendre la décision inconstitutionnelle. Les tribunaux ne devraient pas s'ingérer à la légère dans les décisions de l'exécutif en matière d'extradition.

<sup>a</sup> La décision du ministre d'extrader n'est pas invalide du fait que l'appelant n'a pas eu le droit d'être entendu par le ministre. L'appelant a obtenu ce droit à l'étape de l'audience judiciaire. Aucune autre audience n'est nécessaire à la deuxième étape de la décision finale du ministre.

<sup>b</sup> *Le* juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents): Bien que la peine capitale, en soi, constitue une peine cruelle et inusitée, il est préférable de ne pas trancher la question de savoir si l'art. 12 de la *Charte* s'applique parce que l'art. 7 est la disposition appropriée pour trancher le présent pourvoi.

<sup>c</sup> L'arrêt d'extradition contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. L'extradition de l'appelant, passible de la peine de mort, le prive de la liberté et de la sécurité de sa personne. Les circonstances dans lesquelles l'extradition constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale ne se limitent pas aux situations qui «choquent [...] la conscience». La protection conférée par l'art. 7 s'applique aux personnes aux prises avec des situations «simplement inacceptables». Cette exigence entraîne plus qu'un simple examen de l'opinion de la majorité. Elle doit être interprétée dans le contexte des valeurs sous-jacentes à l'art. 7. En l'espèce, la décision du ministre d'extrader l'appelant sans chercher à obtenir les garanties contre la condamnation à une peine qui constituerait une violation de l'art. 12 de la *Charte* si elle était exécutée au Canada, porte atteinte aux principes de justice fondamentale. En fait, l'extradition du fugitif pour faire face à la peine de mort sans chercher à obtenir la garantie qu'elle ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée, choque la conscience. Le ministre n'a même pas demandé aux États-Unis de lui donner cette garantie. Il est fort possible qu'elle aurait été donnée. Avec la collaboration de l'État requérant, il est possible d'atteindre les objectifs d'un système d'extradition efficace d'une manière qui ne prive pas le fugitif de la protection conférée par la *Charte*. Le refus de chercher à obtenir de telles garanties constitue une reconnaissance officielle de la peine de mort, malgré le fait que la politique d'intérêt public au Canada soit fermement opposée à son utilisation. L'arrêt d'extradition n'est pas justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*.

<sup>d</sup> *Le* juge en chef Lamer et le juge Cory (dissidents): Au Canada, il est interdit de condamner un meurtrier à

mate desecration of human dignity, the death penalty is *per se* a cruel and unusual punishment and violates s. 12 of the *Charter*. The decision of the Minister to surrender a fugitive who may be subject to execution without obtaining an assurance pursuant to Art. 6 of the Extradition Treaty is one which can be reviewed under s. 12. Although the *Charter* has no extraterritorial application, persons in Canada who are subject to extradition proceedings must be accorded all the rights which flow from the *Charter*. Notwithstanding the fact that it is the U.S. and not Canada which would impose the death penalty, Canada has the obligation not to extradite a person to face a cruel and unusual treatment or punishment. Indeed, to surrender a fugitive who may be subject to the death penalty violates s. 12 of the *Charter* just as surely as would the execution of the fugitive in Canada. Canada, as the extraditing state, must accept responsibility for the ultimate consequence of the extradition. It follows that the Minister must not surrender the appellant without obtaining the undertaking described in Art. 6 of the Treaty. To do so would render s. 25 of the *Extradition Act* inconsistent with the *Charter* in its application to fugitives who would be subject to the death penalty.

This conclusion is based upon the historical reluctance displayed by jurors over the centuries to impose the death penalty, the provisions of s. 12 of the *Charter* and the decisions of this Court pertaining to that section. It is also based upon the pronouncements of this Court emphasizing the fundamental importance of human dignity, and upon the international statements and commitments made by Canada stressing the importance of the dignity of the individual and urging the abolition of the death penalty.

In the absence of obtaining an Art. 6 assurance, the surrender order would contravene s. 12 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. There is simply no evidence that the existence of Art. 6 has led to a flood of American murderers into Canada. Nor is there any reason to believe that this would occur if Ministers of Justice uniformly sought Art. 6 assurances. Further, Canada has committed itself in the international community to the recognition and support of human dignity and to the abolition of the death penalty. These commitments, like the *Charter* and this Court's judicial pronouncements, reflect Canadian values and principles. The preservation of Canada's integrity and reputation in the international community require that extradition be refused unless an undertaking is obtained pursuant to Art. 6. To take this position does not constitute an absolute refusal to extradite. It simply requires the requesting state to undertake that it will substitute a penalty of life imprisonment for

la peine capitale. En tant que profanation ultime de la dignité humaine, la peine de mort est en soi une peine cruelle et inusitée et viole l'art. 12 de la *Charte*. La décision du ministre de livrer un fugitif qui risque d'être exécuté, sans obtenir une garantie en vertu de l'art. 6 du Traité d'extradition peut être examinée en vertu de l'art. 12. Bien que la *Charte* ne s'applique pas extraterritorialement, les personnes qui sont assujetties à la procédure d'extradition au Canada doivent se voir conférer tous les droits qu'elle garantit. Bien que ce soient les États-Unis et non le Canada qui infligeraient la peine de mort, le Canada a l'obligation de ne pas extraditer une personne qui serait soumise à des peines ou traitements cruels et inusités. En fait, livrer un fugitif qui peut être soumis à la peine de mort va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*, comme ce serait le cas si le fugitif était exécuté au Canada. Le Canada, en sa qualité d'État requis, doit accepter la responsabilité de la conséquence finale de l'extradition. Par conséquent, le ministre ne doit pas livrer l'appelant sans obtenir la garantie décrite à l'art. 6 du Traité. S'il le faisait, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* serait incompatible avec la *Charte* lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux fugitifs passibles de la peine de mort.

Cette conclusion est fondée sur la réticence que les jurés ont toujours manifestée depuis des siècles à infliger la peine de mort, sur les dispositions de l'art. 12 de la *Charte* et sur les arrêts de notre Cour au sujet de cette disposition. Elle est également fondée sur les arrêts dans lesquels notre Cour souligne l'importance fondamentale de la dignité humaine ainsi que sur les déclarations et engagements du Canada, sur le plan international, mettant l'accent sur l'importance de la dignité de la personne et prônant l'abolition de la peine de mort.

Si les garanties prévues à l'art. 6 ne sont pas obtenues, l'arrêté d'extradition va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte* et ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier. Il n'est tout simplement pas prouvé que l'existence de l'art. 6 a donné lieu à une arrivée massive de meurtriers américains au Canada. Il n'y a pas lieu de croire non plus que cela se produirait si le ministre de la Justice cherchait uniformément à obtenir les garanties prévues par l'art. 6. En outre, le Canada s'est engagé envers la collectivité internationale à reconnaître et à promouvoir la dignité humaine et à abolir la peine de mort. Ces engagements, comme la *Charte* et les arrêts de notre Cour, témoignent des valeurs et des principes existant au pays. Pour maintenir l'intégrité et la réputation du Canada dans la collectivité internationale, l'extradition doit être refusée à moins qu'une garantie ne soit obtenue conformément à l'art. 6. Prendre cette position ne constitue pas un refus absolu d'extrader une per-

the execution of the prisoner if that prisoner is found to be guilty of the crime.

The Minister's denial of appellant's request to present oral evidence did not breach his right to an oral hearing. The Minister, both in determining what evidence he should consider on the application and in reaching his decision, complied with all the requirements of natural justice. Any issues of credibility or claims of innocence must be addressed by the extradition judge. It was therefore not open to the appellant to seek to adduce fresh evidence before the Minister of Justice as to the credibility of witnesses or his innocence of the offence. The Minister was obliged neither to consider such issues, nor to hear *viva voce* evidence.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Referred to:** *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34; *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 386 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1989] 2 S.C.R. xi; *Blanusa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 27 F.T.R. 107; *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542; Eur. Court H. R., *Soering case*, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (1990); *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080 (1984); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By McLachlin J.

**Referred to:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989]

sonne. Cela oblige simplement l'État requérant à s'engager à remplacer la condamnation à mort par une peine d'emprisonnement à perpétuité si le détenu est reconnu coupable de l'infraction.

<sup>a</sup> En rejetant la demande que l'appelant avait faite au sujet de la présentation d'une preuve orale, le ministre n'a pas violé son droit à une audience. En déterminant la preuve dont il devait tenir compte en l'espèce et en prenant sa décision, le ministre a respecté tous les principes de justice naturelle. Le juge d'extradition doit examiner toute question de crédibilité ou prétention d'innocence. L'appelant ne pouvait donc pas chercher à présenter devant le ministre de la Justice de nouveaux éléments de preuve concernant la crédibilité des témoins ou son innocence. Le ministre n'était pas obligé de tenir compte de ces questions, ni d'entendre des témoignages de vive voix.

#### Jurisprudence

<sup>d</sup> Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34; *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. xi; *Blanusa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 27 F.T.R. 107; *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (1990); *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080 (1984); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

<sup>h</sup> Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des*

2 S.C.R. 879; Application No. 10479/83, *Kirkwood v. United Kingdom*, March 12, 1984, D.R. 37, p. 158; Eur. Court H. R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161.

*droits de la personne*), [1989] 2 R.C.S. 879; Requête n° 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, 12 mars 1984, D.R. 37, p. 158; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.

a

By Sopinka J. (dissenting)

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

c

By Cory J. (dissenting)

Citée par le juge Cory (dissident)

*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; Application No. 6315/73, *X. v. Federal Republic of Germany*, September 30, 1974, D.R. 1, p. 73; Application No. 10308/83, *Altun v. Federal Republic of Germany*, May 3, 1983, D.R. 36, p. 209; Application No. 10479/83, *Kirkwood v. United Kingdom*, March 12, 1984, D.R. 37, p. 158; Eur. Court H. R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161.

*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; Requête n° 6315/73, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 30 septembre 1974, D.R. 1, p. 73; Requête n° 10308/83, *Altun c. République fédérale d'Allemagne*, 3 mai 1983, D.R. 36, p. 209; Requête n° 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, 12 mars 1984, D.R. 37, p. 158; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.

g

#### Statutes and Regulations Cited

#### Lois et règlements cités

*American Convention on Human Rights*, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, Art. 4.

*Bill of Rights* of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, clause 10.

*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reprinted in R.S.C., 1985, App. III).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12. *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7.

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, G.A. Res. 39/46 39 U.N. GAOR Suppl. (No. 51), at 197, U.N. Doc. A/RES/39/46 (1984).

*Constitution Act, 1982*.

*Constitution of the United States*, Eight Amendment.

*Bill of Rights* de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. 2<sup>e</sup> sess., ch. 2, clause 10.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12.

*Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7.

*Constitution des États-Unis*, Huitième amendement.

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, O.A.S.T.S. n° 36, p. 1, art. 4.

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 39/46 39 N.U. AGRO Suppl. (n° 51), p. 197, Doc. A/RES/39/46 N.U. (1984).

*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, art. 3.

- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, Art. 3.
- Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.
- Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6. <sup>a</sup>
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 172, Arts. 6, 7.
- Model Treaty on Extradition*, Art. 4.
- Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 302. <sup>b</sup>
- Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*, Europ. T.S. No. 114.
- Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*. <sup>c</sup>
- Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, preamble, Arts. 1, 2.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), preamble, Arts. 1, 3, 5. <sup>d</sup>
- Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. III).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc A/810 N.U., à la p. 71 (1948), préambule, art. 1, 3, 5.
- Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, préambule, art. 1, 2.
- Loi constitutionnelle de 1982*.
- Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 187, art. 6, 7.
- Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort*.
- Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 306.
- Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, S.T. Europ. n° 114.
- Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.
- Traité type d'extradition*, art. 4. <sup>e</sup>

#### Authors Cited

- Amnesty International. *When the State Kills ... The Death Penalty: A Human Rights Issue*. New York: Amnesty International U.S.A., 1989.
- Beccaria, Cesare. *On Crimes and Punishments*. Translated by Henry Paolucci. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1963.
- Cockburn, J. S. "Twelve Silly Men? The Trial Jury at Assizes, 1560-1670". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988. <sup>g</sup>
- Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Translated by Alan Sheridan. New York: Vintage Books, 1979. <sup>h</sup>
- Granucci, Anthony F. "'Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted': The Original Meaning" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 839.
- Gray, Ian and Moira Stanley. *A Punishment in Search of a Crime: Americans Speak Out Against the Death Penalty*. New York: Avon Books, 1989. <sup>i</sup>
- Hay, Douglas. "Property, Authority and the Criminal Law". In Douglas Hay et al., *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*. London: Allen Lane, 1975.
- Hay, Douglas. »The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century«. In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Amnistie internationale. La peine de mort dans le monde — Quand l'État assassine*. Paris: Éditions Amnesty International, 1989. <sup>f</sup>
- Beccaria, Cesare. *Des délits et des peines*. Traduit par Maurice Chevallier. Genève: Librairie Droz, 1965.
- Cockburn, J. S. «Twelve Silly Men? The Trial Jury at Assizes, 1560-1670». In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- Foucault, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- Granucci, Anthony F. «'Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted': The Original Meaning» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 839.
- Gray, Ian and Moira Stanley. *A Punishment in Search of a Crime: Americans Speak Out Against the Death Penalty*. New York: Avon Books, 1989.
- Hay, Douglas. «Property, Authority and the Criminal Law». In Douglas Hay et al., *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*. London: Allen Lane, 1975.
- Hay, Douglas. »The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century«. In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds.,

#### Doctrine citée

Hay, Douglas. "The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

Johnson, Robert. *Condemned to Die: Life Under Sentence of Death*. New York: Elsevier, 1981.

La Forest, G. V. *Extradition to and from Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1977.

McLane, Bernard William. "Juror Attitudes toward Local Disorder: The Evidence of the 1328 Lincolnshire Trailbaston Proceedings". In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *Elaboration of a second optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty*. By Special Rapporteur Marc J. Bossuyt, June 29, 1987.

Zaller, Robert. "The Debate on Capital Punishment During the English Revolution" (1987), 31 *Am. J. Legal Hist.* 126.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 492, 91 N.R. 359, 46 C.C.C. (3d) 257, 69 C.R. (3d) 38, 42 C.R.R. 262, affirming a judgment of the Trial Division, [1987] 2 F.C. 145, 8 F.T.R. 222, 34 C.C.C. (3d) 78. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting.

*Julius H. Grey and Cheryl A. Buckley*, for the appellant.

*Douglas J. A. Rutherford, Q.C.*, and *Graham Garton, Q.C.*, for the respondent.

*David Matas and Emilio S. Binavince*, for the intervenor Amnesty International.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Cory,

*Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

Johnson, Robert. *Condemned to Die: Life Under Sentence of Death*. New York: Elsevier, 1981.

La Forest, G. V. *Extradition to and from Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1977.

McLane, Bernard William. »Juror Attitudes toward Local Disorder: The Evidence of the 1328 Lincolnshire Trailbaston Proceedings«. In J. S. Cockburn and Thomas A. Green, eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1988.

Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des droits de l'homme. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. *Élaboration d'un deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à l'abolition de la peine capitale*, Marc J. Bossuyt, Rapporteur spécial, le 29 juin 1987.

Zaller, Robert. »The Debate on Capital Punishment During the English Revolution« (1987), 31 *Am. J. Legal Hist.* 126.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 492, 91 N.R. 359, 46 C.C.C. (3d) 257, 69 C.R. (3d) 38, 42 C.R.R. 262, qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1987] 2 C.F. 145, 8 F.T.R. 222, 34 C.C.C. (3d) 78. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents.

*Julius H. Grey et Cheryl A. Buckley*, pour l'appellant.

*Douglas J. A. Rutherford, c.r.*, et *Graham Garton, c.r.*, pour l'intimé.

*David Matas et Emilio S. Binavince*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory,

McLachlin and La Forest JJ. While I reach the same result as Cory J., I do so for different reasons.

The facts are as set out by Cory J. The issue raised by this appeal is whether the decision of the Minister of Justice to surrender the appellant to the United States, without first seeking assurances that the death penalty will not be imposed or carried out, violates the appellant's rights under either s. 7 or s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

While I agree with Cory J. that capital punishment *per se* constitutes cruel and unusual punishment, I prefer not to decide whether s. 12 of the *Charter* applies because, in my view, s. 7 clearly applies and is the appropriate provision for the determination of this appeal. My colleagues, La Forest and McLachlin JJ., hold that s. 12 of the *Charter* does not apply because the death penalty would be imposed outside of Canada. As I understand their reasons, they concede that s. 7 applies to the decision of the Minister but conclude that there is no breach of the principles of fundamental justice. I disagree with the latter conclusion and will restrict my reasons to that issue.

Extradition to face the potential imposition of capital punishment deprives the fugitive of liberty and security of the person, thus triggering s. 7 of the *Charter*. Is that deprivation in accordance with the principles of fundamental justice?

This Court has recognized that the manner in which the foreign state will deal with a fugitive on surrender may be contrary to the principles of fundamental justice. In *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, La Forest J., writing for the majority, stated (at p. 522):

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where

McLachlin et La Forest. J'arrive au même résultat que le juge Cory mais pour des motifs différents.

Les faits sont énoncés par le juge Cory. La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la décision du ministre de la Justice d'extrader l'appellant aux États-Unis, sans obtenir au préalable la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée, viole les droits de l'appellant conférés par l'art. 7 ou l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Bien que je convienne avec le juge Cory que la peine de mort, en soi, constitue une peine cruelle et inusitée, je préfère ne pas trancher la question de savoir si l'art. 12 de la *Charte* s'applique parce que, à mon avis, l'art. 7 s'applique clairement et est la disposition appropriée pour trancher le présent pourvoi. Mes collègues, les juges La Forest et McLachlin, ont conclu que l'art. 12 de la *Charte* ne s'applique pas parce que la peine de mort serait infligée à l'extérieur du Canada. Selon mon interprétation de leurs motifs, ils admettent que l'art. 7 s'applique à la décision du ministre mais concluent qu'il n'y a pas de violation des principes de justice fondamentale. Je ne suis pas d'accord avec cette dernière conclusion et je limiterai mes motifs à l'examen de cette question.

L'extradition d'un fugitif passible de la peine de mort prive celui-ci de la liberté et de la sécurité de sa personne, ce qui entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Cette privation est-elle conforme aux principes de justice fondamentale?

Notre Cour a reconnu que le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé peut être contraire aux principes de justice fondamentale. Dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, le juge La Forest pour le compte de la majorité, a dit (à la p. 522):

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611,



it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7.

On my reading of this passage, La Forest J. did not intend to deal exhaustively with the circumstances in which extradition constitutes a breach of the principles of fundamental justice. Such circumstances are not limited to situations which “shock the conscience”. To hold otherwise would be to overly restrict the application of s. 7 in the extradition context. Principles of fundamental justice are not limited by public opinion of the day. The protection afforded by s. 7 extends to individuals who face unjust situations which are not recognized as such by the majority.

In *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, La Forest J., again writing for the majority of the Court, stated (at p. 572):

To arrive at the conclusion that the surrender of the respondents would violate the principles of fundamental justice, it would be necessary to establish that the respondents would face a situation that is simply unacceptable.

Once again the requirement that the fugitive face a situation that is “simply unacceptable” must entail more than a simple consideration of majority opinion. It must be interpreted in light of the values underlying s. 7. As Lamer J., as he then was, stated for the majority of the Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512:

[Principles of fundamental justice] represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu’une décision de livrer un fugitif afin qu’il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l’art. 7.

b Selon mon interprétation de cet extrait, le juge La Forest n’avait pas l’intention de traiter de manière exhaustive des circonstances dans lesquelles l’extradition constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale. De telles circonstances ne se limitent pas aux situations qui «choquent la conscience». Toute autre interprétation restreindrait indûment l’application de l’art. 7 dans le contexte de l’extradition. Les principes de justice fondamentale ne sont pas limités par l’opinion publique du jour. La protection conférée par l’art. 7 s’applique aux personnes qui sont aux prises avec des situations injustes qui ne sont pas reconnues comme telles par la majorité.

e Dans l’arrêt *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, le juge La Forest, encore une fois pour le compte de la majorité de la Cour, a dit (à la p. 572):

f Pour en arriver à la conclusion que l’extradition des intimés porterait atteinte aux principes de justice fondamentale, il faudrait démontrer que les intimés feraient face à une situation qui est simplement inacceptable.

g Une fois de plus, l’exigence selon laquelle le fugitif doit faire face à une situation qui est «simplement inacceptable» doit entraîner plus qu’un simple examen de l’opinion de la majorité. Elle doit être interprétée dans le contexte des valeurs sous-jacentes à l’art. 7. Comme l’a dit le juge Lamer, maintenant Juge en chef, au nom de la majorité de la Cour dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (à la p. 512):

i [Les principes de justice fondamentale] représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l’enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

Guided by these considerations, I am of the view that it offends the principles of fundamental justice not to seek assurances against the imposition of what would be a violation of s. 12, were it carried out in Canada.

Even if the comments of the majority in *Schmidt, supra*, were intended to be exhaustive of the circumstances that constitute a breach of the principles of fundamental justice, in my opinion the extradition of the fugitive to face the death penalty without seeking assurances shocks the conscience and as such is contrary to principles of fundamental justice.

In 1976 in a free vote, a majority of the members of the House of Commons voted to abolish capital punishment for all offences under the *Criminal Code*. Its reinstatement was rejected in another free vote in 1987. These votes reflect the view of the majority of the elected members of Parliament that the death penalty is incompatible with respect for human dignity and the value of human life. Thus public policy in Canada, reaffirmed as recently as four years ago, stands clearly opposed to the death penalty. It is against this background that the actions of the Minister must be evaluated.

The Minister did not even ask the United States to give assurances that the death penalty would not be imposed or, if imposed, would not be carried out. It is quite possible that such assurances would have been given, had they been requested. The appellant would then have been returned to face the Pennsylvania judicial system and the likely imposition of a life sentence. Thus it is not at all clear that this case involves a choice between extraditing the appellant to face the death penalty and having him escape the judicial process entirely. With the cooperation of the requesting state, it is possible to achieve the goals of an effective extradition system in a manner that does not deprive the fugitive of the protection of the *Charter*. In such circumstances, it is fundamentally unjust for the Canadian Government to extradite a fugitive without at least seeking assurances against the imposition of the death penalty. To refuse to seek such assurances is to give an official blessing to the death

Compte tenu de ces considérations, je suis d'avis qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de ne pas chercher à obtenir des garanties contre la condamnation à une peine qui constituerait une violation de l'art. 12 si elle était exécutée au Canada.

Même si les observations de la majorité dans l'arrêt *Schmidt*, précité, visaient l'ensemble des circonstances qui constituent une violation des principes de justice fondamentale, je suis d'avis que l'extradition du fugitif passible de la peine de mort sans chercher à obtenir des garanties choque la conscience et, comme telle, est contraire aux principes de justice fondamentale.

En 1976, lors d'un vote libre, la majorité des députés de la Chambre des communes a favorisé l'abolition de la peine capitale relativement à toutes les infractions prévues au *Code criminel*. Le rétablissement de celle-ci a été rejeté au cours d'un autre vote libre en 1987. Ces votes sont l'expression de l'opinion de la majorité des députés selon laquelle la peine de mort est incompatible avec le respect de la dignité humaine et de la valeur de la vie humaine. Par conséquent, la politique d'intérêt public au Canada, confirmée il y a à peine quatre ans, est clairement opposée à la peine de mort. Les actes du ministre doivent être évalués en fonction de ces faits.

Le ministre n'a même pas demandé aux États-Unis de lui donner la garantie que la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée. Il est fort possible que, si elle avait été demandée, cette garantie aurait été donnée. L'appellant aurait alors été extradé, remis au système judiciaire de la Pennsylvanie et aurait probablement été condamné à perpétuité. Par conséquent, il n'est pas du tout évident que l'espèce porte sur le choix entre extraditer l'appellant pour qu'il subisse la peine de mort et le laisser échapper entièrement au processus judiciaire. Avec la collaboration de l'État requérant, il est possible d'atteindre les objectifs d'un système d'extradition efficace d'une manière qui ne prive pas le fugitif de la protection conférée par la *Charte*. Dans ces circonstances, il est fondamentalement injuste pour le gouvernement canadien d'extrader un fugitif sans au moins demander des garanties contre la condamnation à la peine de mort. Le refus de cher-

penalty, despite the fact that Canadian public policy stands firmly opposed to its use.

The situations in which a breach of s. 7 can be justified under s. 1 will be exceedingly rare. This is not one of them. In this regard, I adopt the analysis of Cory J. with respect to the application of s. 1 in this appeal. I would therefore set aside the decision of the Minister to surrender the appellant pending a request for assurances under Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, it is inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Section 25 of the *Extradition Act* is not a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

The reasons of Lamer C.J. and Cory J. were delivered by

CORY J. (dissenting)—This appeal involves a challenge to the decision of the Minister of Justice, rendered pursuant to s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to surrender a fugitive charged with an offence punishable by death without first seeking assurances under Article 6 of the *Extradition Treaty*

cher à obtenir de telles garanties constitue une reconnaissance officielle de la peine de mort, malgré le fait que la politique d'intérêt public au Canada soit fermement opposée à son utilisation.

a

Les situations dans lesquelles une violation de l'art. 7 peut être justifiée aux termes de l'article premier seront extrêmement rares, et une telle situation ne se présente pas en l'espèce. À cet égard, je fais mienne l'analyse du juge Cory en ce qui a trait à l'application de l'article premier dans le présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis d'annuler la décision du ministre d'extrader l'appelant tant que n'aura pas été présentée une demande en vue d'obtenir la garantie prévue à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

b

c

d

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

e

f

Réponse : Oui, il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

g

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

h

Réponse: L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* n'est pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

i

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Cory rendus par

j

LE JUGE CORY (dissident)—Le présent pourvoi porte sur la décision du ministre de la Justice, prise conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, d'extrader un fugitif accusé d'une infraction punissable de mort, sans chercher d'abord à obtenir, conformément à l'article 6 du

between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3 (the "Treaty"), that the death penalty will not be imposed or, if imposed, not executed. The principal issue to be resolved is whether the Minister's decision to surrender the appellant to the United States without obtaining Article 6 assurances violates the appellant's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addressing this issue, two main questions arise. First, does the death penalty itself violate rights guaranteed under the *Charter*? Second, if so, what is the significance of this finding to the constitutional status of the Minister's decision?

Before dealing with the substantive issues raised on this appeal a few words must be said about extradition. Extradition treaties have long been recognized as both sound and necessary for the effective prosecution and enforcement of criminal law. It must be remembered that it is not the salutary scheme of extradition which is challenged on this appeal; rather, the question to be resolved is whether a fugitive subject to capital punishment in the requesting state should be surrendered without death penalty assurances.

### I. Factual Background

On November 15, 1983 in Philadelphia, Pennsylvania, Kindler was found guilty of first degree murder, conspiracy to commit murder and kidnapping. Following his conviction, the jury heard further evidence and recommended the imposition of the death penalty. Before the formal imposition of the sentence, Kindler escaped from prison and fled to Canada in September 1984.

He was arrested near St. Adèle, Quebec, on April 26, 1985 and charged with offences under the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, and the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. On May 27, 1985, Kindler made an application to the Federal Court to prohibit the holding of an enquiry which had been commenced under s. 28 of the *Immigration Act, 1976*. Rouleau J. granted the application on July 23, 1985: [1985] 1 F.C. 676.

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (le «Traité»), des garanties selon lesquelles la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée.

<sup>a</sup> Il s'agit principalement de savoir si la décision du ministre de livrer l'appelant aux autorités américaines sans obtenir les garanties prévues par l'article 6 va à l'encontre des droits conférés à celui-ci par la *Charte canadienne des droits et libertés*. À cet égard, <sup>b</sup> deux questions primordiales se posent. En premier lieu, la peine de mort en soi viole-t-elle les droits reconnus par la *Charte*? En second lieu, dans l'affirmative, quel est l'effet de cette conclusion sur la <sup>c</sup> constitutionnalité de la décision du ministre?

Avant d'examiner les questions de fond qui se posent en l'espèce, nous parlerons brièvement de l'extradition. Les traités d'extradition sont depuis <sup>d</sup> longtemps reconnus comme étant à la fois valables et nécessaires pour assurer l'efficacité des poursuites et l'application du droit criminel. Il faut se rappeler que ce n'est pas le régime salutaire d'extradition qui est <sup>e</sup> attaqué en l'espèce; il s'agit plutôt de savoir s'il y a lieu de livrer un fugitif qui est passible d'une peine capitale dans l'État requérant, sans obtenir de garanties à ce sujet.

### f I. Les faits

Le 15 novembre 1983, à Philadelphie (Pennsylvanie), Kindler a été reconnu coupable de meurtre au premier degré, de complot en vue de commettre un <sup>g</sup> meurtre et d'enlèvement. À la suite de sa déclaration de culpabilité, le jury a entendu d'autres éléments de preuve et a recommandé la peine de mort. En septembre 1984, avant que la sentence ne soit officiellement <sup>h</sup> prononcée, Kindler s'est évadé de prison et s'est enfui au Canada.

Il a été arrêté près de Ste-Adèle (Québec) le 26 avril 1985 et a été accusé d'infractions à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-1977, ch. 52, et au *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le 27 mai 1985, il a présenté à la Cour fédérale une demande visant à empêcher la tenue d'une enquête commencée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le juge Rouleau a accueilli la demande le 23 juillet 1985: [1985] 1 C.F. 676.

In the meantime, on July 3, 1985, the United States made a request for the extradition of Kindler pursuant to the Treaty. Kindler was arrested and an extradition hearing was set for August 26 in Montréal.

The hearing was held before Pinard J. of the Quebec Superior Court. It was agreed by counsel for Kindler that the evidence supplied by the United States complied with the conditions and requirements of the Treaty for the extradition of Kindler as a convicted fugitive. The sole issue raised was whether Article 6 of the Treaty required the extradition judge or the Minister of Justice to seek death penalty assurances from the United States before surrendering Kindler. Article 6 provides:

## ARTICLE 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

On August 30, 1985, Pinard J. determined that he had no jurisdiction to request the Article 6 assurances and committed Kindler to custody to await the Minister's decision to surrender: [1985] C.S. 1117. That same day he sent a report of the case with a copy of his judgment to the Minister of Justice.

Kindler sought review of the decision of Pinard J. pertaining to Article 6 of the Treaty and brought an application for *habeas corpus*. This application was dismissed by Greenberg J. on September 20, 1985. He too was of the opinion that only the Minister of Justice could seek the assurances referred to in Article 6 of the Treaty. However, he added that in his view Kindler was entitled to be dealt with in accordance with the principles of fundamental justice pursuant to the provisions of s. 7 of the *Charter*. This clearly implied that the Minister's decision could be subject to judicial review. He determined that it was premature to decide whether extradition which could lead to the imposition of the death penalty constituted

Dans l'intervalle, le 3 juillet 1985, les États-Unis ont demandé l'extradition de Kindler conformément au Traité. Kindler a été arrêté et une audience d'extradition a eu lieu à Montréal le 26 août.

L'audience a été tenue devant le juge Pinard, de la Cour supérieure du Québec. L'avocat de Kindler a reconnu que la preuve fournie par les États-Unis remplissait les conditions et les exigences du Traité aux fins de l'extradition de Kindler en sa qualité de fugitif condamné. Il s'agissait simplement de déterminer si l'article 6 du Traité obligeait le juge chargé de se prononcer sur l'extradition ou le ministre de la Justice à demander aux États-Unis des garanties au sujet de la peine de mort avant de livrer Kindler. Voici ce que prévoit l'article 6:

## ARTICLE 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

Le 30 août 1985, le juge Pinard a statué qu'il n'avait pas compétence pour demander les garanties prévues par l'article 6 et il a fait incarcérer Kindler en attendant la décision du ministre au sujet de l'extradition: [1985] C.S. 1117. Le même jour, il a fait parvenir au ministre de la Justice un rapport sur l'affaire ainsi qu'une copie de son jugement.

Kindler a demandé l'examen de la décision rendue par le juge Pinard au sujet de l'article 6 du Traité et a sollicité un bref d'*habeas corpus*. Cette demande a été rejetée par le juge Greenberg le 20 septembre 1985. Ce dernier croyait lui aussi que seul le ministre de la Justice pouvait demander les garanties mentionnées à l'article 6 du Traité. Toutefois, il a ajouté qu'à son avis, Kindler avait le droit de faire examiner son cas en conformité avec les principes de justice naturelle en vertu des dispositions de l'art. 7 de la *Charte*. Cela laissait clairement entendre que la décision du ministre pouvait être assujettie à un contrôle judiciaire. Le juge a dit qu'il était trop tôt pour déterminer si l'extradition susceptible d'entraîner l'applica-

cruel and unusual punishment and was thus in conflict with s. 12 of the *Charter*.

The then Minister of Justice, the Honourable John Crosbie, in the exercise of his authority under s. 25 of the *Extradition Act*, agreed to entertain representations. Section 25 provides:

25. Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of the foreign state, may, under his hand and seal, order a fugitive who has been committed for surrender to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

Written material was supplied to the Minister, including letters from Kindler's parents, his wife and from Dr. Fugère and Dr. Cormier of the McGill University Clinic in Forensic Psychiatry relating to their examination of Kindler. An affidavit was filed by Kindler's counsel, who had been scheduled to handle his post-trial motions in Pennsylvania. It was her opinion that Kindler would not succeed in the appeals of his convictions and sentence and that as a result he would be executed as soon as the appeal procedure had been completed.

Counsel for Kindler also sought to have Kindler give evidence at the hearing before the Minister and to submit studies on the death penalty. The Minister refused the application to present oral testimony or to hear Kindler in person, but considered the written material.

By letter to counsel for Kindler dated January 17, 1986, the Minister of Justice expressed the opinion that Canada should surrender Kindler without seeking any assurance from the United States authorities that the death penalty would not be imposed or, if imposed, would not be carried out. The Minister stated that in the interest of the Canadian public, those who commit murder in a foreign state should be discouraged from seeking haven in Canada as a means of reducing or limiting the severity of the penalty that might be exacted under the laws of the state in which their crime was committed.

tion de la peine de mort constituait une peine cruelle et inusitée et allait donc à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*.

Le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable John Crosbie, dans l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, a accepté d'entendre des observations. L'article 25 prévoyait:

25. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande de l'État étranger, le ministre de la Justice peut, par arrêté, ordonner que le fugitif soit remis à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

Des documents ont été remis au ministre, notamment des lettres des parents de Kindler et de sa femme, ainsi que des docteurs Fugère et Cormier, de la clinique de psychiatrie médico-légale de l'Université McGill, au sujet de l'examen que ces derniers ont fait subir à Kindler. Un affidavit a été produit par l'avocate de Kindler, qui devait s'occuper des requêtes postérieures au procès en Pennsylvanie. À son avis, Kindler n'aurait pas gain de cause dans les appels qu'il avait interjetés contre les verdicts de culpabilité et la sentence; il serait donc exécuté dès que la procédure d'appel serait terminée.

L'avocate de Kindler a également cherché à faire témoigner son client à l'audience devant le ministre et à présenter des études sur la peine de mort. Le ministre a rejeté la demande relative au témoignage oral et a refusé d'entendre Kindler en personne, mais il a tenu compte de la documentation écrite.

Dans une lettre adressée à l'avocate de Kindler le 17 janvier 1986, le ministre de la Justice s'est dit d'avis que le Canada devrait livrer Kindler sans demander aux autorités américaines de garantir que la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée. Selon le ministre, l'intérêt du peuple canadien exigeait que les personnes qui commettent un meurtre dans un État étranger soient dissuadées de chercher refuge au Canada comme moyen de réduire ou limiter la sévérité de la peine qui pourrait être prononcée en vertu des lois de l'État dans lequel l'infraction a été commise.

## II. Review of the Minister's Decision

On January 21, 1987, Rouleau J. of the Federal Court dismissed with costs the application to review the decision of the Minister of Justice: [1987] 2 F.C. 145. <sup>a</sup>

The decision of Rouleau J. was appealed to the Federal Court of Appeal. The majority of that court concluded that the appeal should be dismissed: [1989] 2 F.C. 492. <sup>b</sup>

Marceau J.A., writing one of the plurality opinions, based his decision on two propositions. The first was that it could not be said that capital punishment, however imposed and for whatever crime, is inevitably cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter*. His second proposition was that the discretion conferred on the Minister by Article 6 of the Treaty should only be transformed into a compulsory duty, so as to make the seeking and obtaining of the assurances a condition of surrender, if the death penalty was *per se* a cruel and unusual punishment within the meaning of the *Charter*. <sup>c</sup>

Pratte J.A. agreed that the appeal should be dismissed. In his view the death penalty was not in itself a cruel and unusual punishment that would contravene s. 12 of the *Charter*. Further, he expressed the opinion that even if a fugitive could be subjected to a cruel and unusual punishment for the crime he committed or was suspected of committing in another state, the cruel punishment would be inflicted by the other state and not by the Canadian Government. As a result, the provisions of the *Charter* did not apply to the decision of the Minister. <sup>d</sup>

Hugessen J.A. dissented. He concluded that the death penalty *per se* constituted cruel and unusual punishment. <sup>e</sup>

## III. Administrative Law Objections to the Review Conducted by the Minister of Justice

Before dealing with the principal issues, the administrative law submissions put forward by the appellant must be considered. It was argued that the Minister of Justice acted in breach of the require- <sup>f</sup>

## II. Examen de la décision du ministre

Le 21 janvier 1987, le juge Rouleau, de la Cour fédérale, a rejeté avec dépens la demande d'examen de la décision du ministre de la Justice: [1987] 2 C.F. 145.

Un appel de la décision du juge Rouleau a été interjeté devant la Cour d'appel fédérale qui a conclu, à la majorité, que l'appel devait être rejeté: [1989] 2 C.F. 492.

Le juge Marceau, qui a rédigé une des opinions de la majorité, a fondé sa décision sur deux propositions. En premier lieu, on ne peut pas dire que la peine capitale, qu'elle soit infligée de quelque manière et pour quelque infraction que ce soit, est inévitablement cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. En second lieu, le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 6 du Traité ne doit se transformer en obligation, de sorte que la demande et l'obtention de garanties constituent une condition de l'extradition, que si la peine de mort est en soi une punition cruelle et inusitée au sens de la *Charte*. <sup>g</sup>

Le juge Pratte partageait l'opinion que l'appel devait être rejeté. À son avis, la peine de mort n'était pas en soi une peine cruelle et inusitée allant à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*. En outre, il a déclaré que même si un fugitif peut être assujéti à une peine cruelle et inusitée par suite de l'infraction qu'il a commise ou qu'on le soupçonne d'avoir commise dans un autre État, la peine cruelle est infligée par ce dernier et non par le gouvernement canadien. Par conséquent, les dispositions de la *Charte* ne s'appliquent pas à la décision du ministre. <sup>h</sup>

Le juge Hugessen, dissident, a conclu que la peine de mort constitue en soi une peine cruelle et inusitée. <sup>i</sup>

## III. Oppositions fondées sur le droit administratif concernant l'examen effectué par le ministre de la Justice

Avant d'étudier les principales questions en litige, il faut examiner les arguments de l'appelant fondés sur le droit administratif. Ce dernier soutient que le ministre de la Justice a violé les principes de justice <sup>j</sup>

ments of fundamental justice in two ways. First, it was said that the Minister's denial of Kindler's request to present oral evidence breached his right to an oral hearing. Second, it was argued that the Minister failed to determine explicitly whether execution in the electric chair constituted cruel and unusual punishment.

In my view, these submissions are based upon a misunderstanding of the extradition process. In Canada, extradition proceeds in two steps. First, an extradition judge examines the factual basis for the charge and ensures that it is one for which extradition is available under the *Extradition Act*. The first step is complete when the extradition judge is satisfied as to both the factual basis for the charge and the availability of extradition. It is only then that the second step can be taken by the Minister of Justice. The Minister, if requested, may hear representations and exercise a discretion as to whether to surrender the fugitive. This second step obviously requires the Minister to make a decision which is largely political in nature. It involves, in the words of La Forest J. in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 523: "the good faith and honour of this country in its relations with other states."

In this two-step process any issues of credibility or claims of innocence must be addressed by the extradition judge. Kindler had ample opportunity before Pinard J. to challenge the credibility of the evidence led against him at his trial. This he did not do. It was therefore not open to him to seek to adduce fresh evidence before the Minister of Justice as to the credibility of witnesses or his innocence of the offence. The Minister was obliged neither to consider such issues, nor to hear *viva voce* evidence.

The Minister was not required to provide detailed reasons for his decision. Nonetheless he expressly stated in his letter to counsel for Kindler that he had "examined this case thoroughly and with care" and that the decision was "based on a review of the evidence presented at trial, the extradition proceedings and the materials and representations [which had been] submitted." Among those representations were

fondamentale de deux façons. Premièrement, en rejetant la demande que Kindler avait faite au sujet de la présentation d'une preuve orale, le ministre aurait violé son droit à une audience. Deuxièmement, le ministre aurait omis de déterminer expressément si le fait d'être condamné à la chaise électrique constitue une peine cruelle et inusitée.

À mon avis, ces arguments sont fondés sur une mauvaise compréhension de la procédure d'extradition. Au Canada, l'extradition se fait en deux étapes. Le juge d'extradition examine d'abord les faits sur lesquels est fondée l'accusation et s'assure qu'il s'agit d'une accusation pour laquelle l'extradition est permise en vertu de la *Loi sur l'extradition*. La première étape est complète lorsque le juge est convaincu quant aux faits et à la possibilité d'extrader. Ce n'est qu'à ce moment-là que le ministre de la Justice peut entreprendre la seconde étape. Sur demande, ce dernier peut entendre des observations et exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il doit livrer le fugitif. De toute évidence, cette seconde étape oblige le ministre à prendre une décision qui est largement de nature politique. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 523: «il y va de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec d'autres États.»

Dans cette procédure à deux étapes, le juge d'extradition doit examiner toute question de crédibilité ou prétention d'innocence. Kindler a amplement eu l'occasion, devant le juge Pinard, de contester la crédibilité des témoignages présentés contre lui au procès. Il ne l'a pas fait. Il ne pouvait donc pas chercher à présenter devant le ministre de la Justice de nouveaux éléments de preuve concernant la crédibilité des témoins ou son innocence. Le ministre n'était pas obligé de tenir compte de ces questions, ni d'entendre des témoignages de vive voix.

Le ministre n'était pas tenu de fournir les motifs détaillés de sa décision. Néanmoins, dans la lettre qu'il a envoyée à l'avocate de Kindler, le ministre a expressément déclaré qu'il avait [TRADUCTION] «minutieusement et attentivement étudié l'affaire» et que la décision était [TRADUCTION] «fondée sur un examen de la preuve produite au procès, sur la procédure d'extradition ainsi que sur la documentation et



the written and oral submissions of counsel which dealt with various aspects of the case, including the method of execution used in Pennsylvania. The material presented included a letter from Kindler. The Minister's letter indicates that he considered the submissions and material and found them insufficient to overcome the countervailing policy concerns.

The Minister, both in determining what evidence he should consider on the application and in reaching his decision, complied with all the requirements of natural justice. It follows that the appellant's submissions cannot be accepted. The more difficult and fundamental questions must now be considered.

#### IV. The Application of the Charter to the Decision of the Minister

There can be no doubt that the decisions of the executive branch of government are subject to scrutiny under the *Charter*. See for example *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It is also clear from the decision of this Court in *Schmidt, supra*, at pp. 521-22, that the *Operation Dismantle* principle applies in the extradition context. As La Forest J. stated for the majority at p. 518:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32).

Therefore, the decision of the Minister in the present case is subject to *Charter* scrutiny. Of course, this does not mean that the *Charter* can be given extraterritorial effect so as to govern the manner in which a foreign state conducts its criminal proceedings. See *Schmidt, supra*, at p. 518.

#### V. Early History of the Death Penalty

At the very heart of this appeal is a conflict between two concepts. On one side is the concept of human dignity and the belief that this concept is of paramount importance in a democratic society. On the other side is the concept of retributive justice and the belief that capital punishment is necessary to

les observations présentées». Il y avait notamment les observations orales et écrites de l'avocate, au sujet de divers aspects de l'affaire, notamment de la méthode d'exécution employée en Pennsylvanie. La documentation comprenait une lettre de Kindler. Dans sa lettre, le ministre laissait savoir qu'il avait tenu compte des arguments et de la documentation et qu'il les avait jugés insuffisants pour l'emporter sur les considérations de principe contraires.

En déterminant la preuve dont il devait tenir compte en l'espèce et en prenant sa décision, le ministre a respecté tous les principes de justice naturelle. Les arguments de l'appellant ne peuvent donc pas être retenus. Il y a maintenant lieu d'examiner les questions plus difficiles et plus fondamentales.

#### IV. L'application de la Charte à la décision du ministre

Il est certain que les décisions de l'exécutif sont assujetties au contrôle prévu par la *Charte*. Voir par exemple l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. En outre, il ressort clairement de l'arrêt *Schmidt* de notre Cour, précité, aux pp. 521 et 522, que le principe établi dans l'arrêt *Operation Dismantle* s'applique dans le contexte de l'extradition. Comme le juge La Forest l'a dit, au nom de la majorité, à la p. 518:

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32).

Par conséquent, la décision du ministre en l'espèce peut faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. Bien sûr, cela ne veut pas dire qu'on peut donner à la *Charte* un effet extraterritorial qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un État étranger. Voir l'arrêt *Schmidt*, précité, à la p. 518.

#### V. L'origine historique de la peine de mort

Au cœur même du présent pourvoi se trouve un conflit entre deux notions, soit, d'une part, la notion de dignité humaine et la croyance que celle-ci a une importance primordiale dans une société démocratique et, d'autre part, la notion de justice punitive et la croyance que la peine capitale est nécessaire en

deter murderers. An historical review reveals an increasing tendency to resolve this tension in favour of human dignity.

### *The Conduct of Juries*

In England until the last century the death penalty was, at least in theory, the punishment imposed for all felonies. However, even a cursory review of the history of the death penalty indicates that from the earliest times there was a marked resistance by juries to the death sentence.

In the period immediately following the Conquest in 1066, criminal law in its strict sense did not exist. Rather, compensation was sought for homicide, theft, rape and wounding, although this did not eliminate either private or regal retribution. By the late 12th century, however, regular measures had been adopted for prosecuting the more serious crimes including theft, murder, robbery, and arson.

The jury came into its own as a result of the prohibition in 1215 on clerical participation in trial by ordeal. From that time forward the jury, which had previously only presented crimes, also became the triers of fact to determine guilt or innocence.

Surviving records from the 14th century indicate that juries were unwilling to convict for felonies. Those juries which were still presenting crimes often undervalued the worth of stolen goods in order to make the offence charged one of trespass instead of a felony, thus avoiding the possible imposition of the death penalty. In addition there seems to have been a very low conviction rate for felonies, perhaps no more than 18 percent, and an even lower rate of imposition of the death penalty, apparently in the range of 10 percent of those brought to trial. (See B. W. McLane, "Juror Attitudes toward Local Disorder: The Evidence of the 1328 Lincolnshire Trailbaston Proceedings", in J. S. Cockburn and T. A. Green,

vue de dissuader les meurtriers. Un examen historique révèle une tendance croissante à résoudre ce conflit en faveur de la dignité humaine.

### *a La conduite des jurys*

En Angleterre, jusqu'au siècle dernier, la peine de mort était, du moins en théorie, la punition infligée pour toutes les infractions majeures. Toutefois, un bref examen de l'histoire de la peine de mort montre que depuis très longtemps les jurys ont manifesté énormément de réticence à cet égard.

Pendant la période qui a immédiatement suivi la conquête, en 1066, le droit criminel au sens strict du terme n'existait pas. On demandait plutôt une indemnisation dans les cas d'homicide, de vol, de viol et de lésions corporelles, bien que la justice punitive royale ou privée ne fût pas pour autant éliminée. Toutefois, à la fin du XII<sup>e</sup> siècle, des mesures régulières avaient été adoptées à l'égard des poursuites se rapportant aux infractions les plus graves, et notamment aux cas de vol, de meurtre, de vol qualifié et d'incendie criminel.

Le jury a été créé parce qu'en 1215 on a interdit au clergé de participer aux ordalies. C'est à compter de ce moment-là que le jury qui, auparavant, ne faisait que présenter les infractions, est également devenu juge des faits lorsqu'il s'agissait de déterminer la culpabilité ou l'innocence.

Selon des dossiers datant du XIV<sup>e</sup> siècle qui sont parvenus jusqu'à nous, les jurys ne voulaient pas condamner un accusé pour une infraction majeure. Les jurys qui présentaient encore les infractions sous-estimaient souvent la valeur des biens volés de façon que la personne en cause soit accusée d'intrusion plutôt que d'une infraction majeure, et évite ainsi la condamnation à mort. De plus, il semble y avoir eu un taux très faible de condamnations pour infractions majeures, peut-être pas plus de 18 p. 100, et un taux encore plus bas de condamnations à mort, soit apparemment environ 10 p. 100 des accusés traduits en justice. (Voir B. W. McLane, «Juror Attitudes toward Local Disorder: The Evidence of the 1328 Lincolnshire Trailbaston Proceedings» dans J. S. Cockburn et T. A. Green, dir., *Twelve Good Men and True: The*

eds., *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800* (1988), 36, at pp. 54-55.)

In the early 15th century the criminal conviction rate remained low. Although it is true that the conviction rate increased to perhaps 50 percent in the late 16th and early 17th centuries, especially in periods of economic hardship when the number of property crimes increased, this trend had reversed by the mid-17th century.

As time went on and certainly after 1600, juries made increasing use of their power to convict of lesser included offences in order to avoid the death penalty. In J. S. Cockburn, "Twelve Silly Men? The Trial Jury at Assizes, 1560-1670", in Cockburn and Green, *op. cit.*, 158, at pp. 171-72, it is reported that these so-called partial verdicts were typically used to reduce the capital charge of burglary to larceny or "clergyable" larceny and of grand larceny to petty larceny which was a misdemeanour punishable by whipping. The same procedure was used to reduce charges of murder to "clergyable" manslaughter. During the Interregnum and after the Restoration of the Monarchy this pattern continued.

In the 18th century when the number of crimes punishable by death increased dramatically over the previous century, the actual number of convictions and the harshness of the sentences imposed lessened. See D. Hay, "Property, Authority and the Criminal Law", in D. Hay et al., *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England* (1975), 17, at p. 22, and M. Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (1979). Quite simply, juries tended to refuse to convict or, if they did convict, refused to find the accused guilty of a capital offence.

This resistance by juries to the imposition of the death penalty is of particular significance when one considers the makeup of juries of that era. During the 18th century, jurors were men of property, merchants, tradesmen and farmers, with incomes in the top 25 percent of the country. The jury was cho-

*Criminal Trial Jury in England, 1200-1800* (1988), 36, aux pp. 54 et 55.)

Au début du XV<sup>e</sup> siècle, le taux de condamnation au criminel est demeuré bas. Il est vrai que ce taux a passé à peut-être 50 p. 100 à la fin du XVI<sup>e</sup> et au début du XVII<sup>e</sup> siècles, particulièrement pendant les périodes économiques difficiles, lorsque le nombre d'infractions contre les biens a augmenté, mais au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, cette tendance avait été inversée.

Avec le temps et, fait certain, après 1600, les jurys se sont de plus en plus prévalus de leur pouvoir de déclarer un accusé coupable d'une infraction incluse moins grave, de façon à éviter la peine de mort. J. S. Cockburn, auteur de «Twelve Silly Men? The Trial Jury at Assizes, 1560-1670» dans Cockburn et Green, *op. cit.*, 158, aux pp. 171 et 172, dit qu'on avait habituellement recours à ce qu'on appelle ces verdicts partiels pour réduire l'accusation capitale de cambriolage à celle de vol ou de vol donnant droit au privilège du clergé et l'accusation de vol important à celle de larcin, qui était un délit punissable du fouet. On employait la même procédure pour réduire les accusations de meurtre à celle d'homicide donnant droit au privilège du clergé. Pendant l'interrègne et après le rétablissement de la monarchie, cette tendance a continué à se manifester.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, lorsque le nombre d'infractions punissables de mort a augmenté de beaucoup par rapport au siècle précédent, le nombre de condamnations et la sévérité des peines infligées ont diminué. Voir D. Hay, «Property, Authority and the Criminal Law» dans D. Hay et autres, *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England* (1975), 17, à la p. 22, et M. Foucault, *Surveiller et punir: naissance de la prison* (1975). Bref, les jurys avaient tendance à refuser de déclarer un accusé coupable ou, s'ils le faisaient, ils refusaient de reconnaître celui-ci coupable d'un crime capital.

La réticence des jurys à prononcer la peine de mort est particulièrement importante compte tenu de leur composition à cette époque. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les jurés étaient des propriétaires fonciers, des marchands, des commerçants et des fermiers, dont le revenu figurait parmi les premiers 25 p. 100 du pays.

sen from the very social class most likely to prosecute for theft. Yet, these jurors failed to convict in the vast majority of cases where capital punishment was available. See D. Hay, "The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century", in Cockburn and Green, *op. cit.*, 305, at p. 354.

This marked resistance to the death penalty speaks volumes for the basic decency and compassion of jurors. It is reflected in their decisions over the centuries and constitutes a long and lasting record of social values that is worthy of consideration. The compassionate views of the jurors are echoed in over three hundred years of writings by reformers.

#### *Calls for Reform of the Death Penalty*

There is a long history of opposition to the death penalty by reformers. For example, following the defeat of Charles I by the parliamentary party, a group called "the Levellers" advocated reform of the criminal law and advanced the concept of proportionality between a crime and its punishment. They focussed much of their attack on capital punishment, arguing that it was not proportional to any offence except treason and murder. In particular, the Levellers decried the imposition of capital punishment for property offences, observing that many of those arraigned were poor labourers who stole things of small value out of necessity.

In the 17th century another reformer, Gerrard Winstanley took the position that capital punishment was a priori immoral. He has been quoted as saying:

It is not for one creature called man to kill another, for this is abominable to the Spirit, and it is the curse which hath made the Creation to groan under bondage; for if I kill you I am a murderer, if a third come, and hang or kill me for murdering you, he is a murderer of me; and so by the government of the first Adam, murder hath been called Justice when it is but the curse.

Le jury était choisi dans la classe sociale même qui était la plus susceptible d'intenter des poursuites pour vol. Pourtant, ces jurés omettaient de déclarer l'accusé coupable dans la plupart des cas où la peine capitale était possible. Voir D. Hay, «The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century», dans Cockburn et Green, *op. cit.*, 305, à la p. 354.

Cette réticence marquée à l'égard de la peine de mort montre jusqu'à quel point les jurés faisaient preuve d'une réserve et d'une compassion fondamentales. Elle se manifeste dans les décisions qu'ils ont rendues au fil des ans et constitue un témoignage long et durable des valeurs sociales qui mérite d'être noté. La compassion des jurés se reflète dans trois cents ans d'écrits rédigés par les réformateurs.

#### *d Les demandes de réforme de la peine de mort*

Les réformateurs se sont longuement opposés à la peine de mort. Ainsi, après que Charles I<sup>er</sup> eût été défait par le parti parlementaire, un groupe appelé les «Levellers» a prôné la réforme du droit criminel et a préconisé la notion de proportionnalité entre l'infraction commise et sa punition. Leur attaque visait en bonne partie la peine capitale; en effet, ils soutenaient que cette dernière n'était proportionnelle à aucune infraction, à l'exception de la trahison et du meurtre. Ils déploraient, en particulier, la condamnation à la peine capitale dans les cas d'infraction contre les biens, faisant observer qu'un grand nombre d'inculpés étaient de pauvres travailleurs qui volaient par nécessité des objets de faible valeur.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, un autre réformateur, Gerrard Winstanley, a soutenu que la peine capitale était a priori immorale. À ce sujet, il aurait apparemment dit:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas à une créature appelée l'homme d'en tuer une autre, car c'est là une chose abominable pour l'Esprit, et c'est la calamité qui a entraîné l'asservissement de la Création; si je tue quelqu'un, je suis un meurtrier et si un tiers survient et me pend ou me tue parce que j'ai commis un meurtre, il commet également un meurtre; or, depuis les premiers temps de l'humanité, le meurtre a été appelé Justice alors qu'il est la calamité.

(R. Zaller, "The Debate on Capital Punishment During the English Revolution" (1987), 31 *Am. J. Legal Hist.* 126, at p. 141.)

Clause 10 of the *Declaration of Rights* included in the preamble to the *Bill of Rights* of 1689 reads as follows:

10. That excessive Bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed; nor cruel and unusual Punishments inflicted.

This wording is very similar to that of the Eighth Amendment to the American Constitution. The *Declaration of Rights* might well be seen as recognition of the need to make all punishment appropriate for and proportionate to the offence. In fact, the notion of proportionality between punishment and crime appears to date back at least to the laws of King Alfred in the 10th century, was protected by Chapter 14 of the *Magna Carta* and was continued in the laws of Edward the Confessor (1042-66): A. F. Granucci, "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 839, at pp. 844-47.

In 1764 Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene* argued that punishment ought to fit the crime. It was his view that capital punishment was less of a deterrent than imprisonment. He wrote:

From simple consideration of the truths thus far presented it is evident that the purpose of punishment is neither to torment and afflict a sensitive being, nor to undo a crime already committed. Can there, in a body politic which, far from acting on passion, is the tranquil moderator of private passions—can there be a place for this useless cruelty, for this instrument of wrath and fanaticism, or of weak tyrants? Can the shrieks of a wretch recall from time, which never reverses its course, deeds already accomplished? The purpose can only be to prevent the criminal from inflicting new injuries on its citizens and to deter others from similar acts. Always keeping due proportions, such punishments and such method of inflicting them ought to be chosen, therefore, which will make the strongest and most lasting impression on the minds of men, and inflict the least torment on the body of the criminal.

(R. Zaller, «The Debate on Capital Punishment During the English Revolution» (1987), 31 *Am. J. Legal Hist.* 126, à la p. 141.)

La clause 10 de la *Declaration of Rights* qui figure dans le préambule du *Bill of Rights* de 1689 est ainsi libellée:

[TRADUCTION] 10. Un cautionnement excessif ne doit pas être exigé et des amendes excessives ne doivent pas être infligées, non plus qu'une peine cruelle et inusitée.

Ce libellé se rapproche beaucoup de celui du Huitième amendement de la Constitution américaine. La *Declaration of Rights* pourrait bien être considérée comme reconnaissant la nécessité de rendre toutes les peines appropriées et proportionnelles à l'infraction commise. De fait, la notion de proportionnalité entre la peine et l'infraction semble dater au moins de l'époque des lois du roi Alfred au X<sup>e</sup> siècle; elle était garantie par le chapitre 14 de la *Grande Charte* et a continué à exister dans les lois d'Édouard le Confesseur (1042-1066): A. F. Granucci, «'Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning'» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 839, aux pp. 844 à 847.

En 1764, dans *Dei delitti e delle pene*, Cesare Beccaria a soutenu que la peine devait être appropriée à l'infraction. À son avis, l'effet de dissuasion de la peine capitale était moindre que celui de l'emprisonnement. Il a écrit:

La simple considération des vérités exposées jusqu'ici montre à l'évidence que le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été. Un corps politique, qui, bien loin d'agir lui-même par passion, a pour objet d'apaiser celles des particuliers, peut-il être le foyer d'une inutile cruauté, instrument de la fureur, du fanatisme ou de la faiblesse des tyrans? Les cris d'un malheureux seraient-ils capables de faire revenir le temps passé et de révoquer les actes qu'il a commis? Le but des châtements ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables. Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable.

(Translated by H. Paolucci, *On Crimes and Punishments* (1963), at p. 42.)

Significantly Beccaria observed that in a society dedicated to preserving it, life should not be taken by the state as punishment. At page 50, he wrote:

The death penalty cannot be useful, because of the example of barbarity it gives men. If the passions or the necessities of war have taught the shedding of human blood, the laws, moderators of the conduct of men, should not extend the beastly example, which becomes more pernicious since the inflicting of legal death is attended with much study and formality. It seems to me absurd that the laws, which are an expression of the public will, which detest and punish homicide, should themselves commit it, and that to deter citizens from murder, they order a public one.

The work of the reformers eventually prevailed. By 1860 capital punishment in the United Kingdom was reserved for only a handful of crimes including treason and murder.

#### *Summary*

In summary it can be seen that from the 12th century forward there was a reluctance on the part of jurors to impose the death sentence. The jurors, the very people who might have been expected to be most interested in enforcing the criminal law particularly with regard to property offences, were loathe to condemn the accused to death. Their verdicts gave early recognition to the fundamental importance of human dignity and of the need to accord that dignity to all. As well, reformers for over 300 years advocated not only the reduction but the total abolition of the death penalty. This review demonstrates that opposition to the imposition of the death penalty has a long and honoured history.

#### VI. Twentieth Century Developments: the International Protection of Human Dignity

##### *The Commitment of the International Community*

The end of hostilities following World War II signalled a massive movement towards the greater protection of human rights. Prior to the war, international law paid scant attention to human rights. However, the atrocities committed during the war led

(Traduit par M. Chevallier, *Des délits et des peines* (1965), à la p. 24.)

Fait important, Beccaria a déclaré que dans une société vouée au maintien de la vie, l'État ne devait pas, comme punition, enlever la vie. Il ajoute à la p. 52:

La peine de mort est nuisible par l'exemple de cruauté qu'elle donne. Si les passions ont rendu la guerre inévitable et enseigné à répandre le sang, les lois, dont le but est d'assagir les hommes, ne devraient pas étendre cet exemple de férocité, d'autant plus funeste qu'elles donnent la mort avec plus de formes et de méthode. Il me paraît absurde que les lois, qui sont l'expression de la volonté générale, qui réprouvent et punissent l'homicide, en commettent elles-mêmes et, pour détourner les citoyens de l'assassinat, ordonnent l'assassinat public.

Les réformateurs ont finalement eu gain de cause. En 1860, au Royaume-Uni, la peine capitale ne s'appliquait qu'à quelques infractions dont la trahison et le meurtre.

#### *Résumé*

Bref, nous constatons qu'à compter du XII<sup>e</sup> siècle, les jurés hésitaient à infliger la peine de mort. Les jurés, soit les gens mêmes qui auraient dû s'intéresser d'une manière toute particulière à l'application du droit criminel, notamment dans le cas des infractions contre les biens, répugnaient à condamner à mort l'accusé. Par leurs verdicts, ils ont reconnu dès le début l'importance fondamentale de la dignité humaine et la nécessité d'accorder à tous cette dignité. En outre, les réformateurs ont préconisé, pendant plus de 300 ans, non seulement la réduction, mais également l'abolition totale de la peine de mort. Cet examen montre que l'opposition à la peine de mort a un historique long et honorable.

#### VI. Évolution de la question au XX<sup>e</sup> siècle: la protection internationale de la dignité humaine

##### *L'engagement de la collectivité internationale*

La fin des hostilités de la Seconde Guerre mondiale a été le signal d'un mouvement massif en faveur d'une plus grande protection des droits de la personne. Avant la guerre, les droits de la personne entraient peu en ligne de compte en droit internatio-

to international recognition of the fundamental importance of human dignity and human rights. The United Nations Charter of October 1945, Can. T.S. 1945 No. 7, provides:

WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS

DETERMINED

to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and

to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small . . .

The *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71, adopted by the United Nations General Assembly in 1948 in a vote which Canada supported, illustrates the centrality of human dignity and worth in its preamble and in its articles:

Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

. . .

*Article 1*

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act toward one another in a spirit of brotherhood.

. . .

*Article 3*

Everyone has the right to life, liberty and security of person.

. . .

*Article 5*

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

nal. Toutefois, les atrocités commises pendant la guerre ont entraîné la reconnaissance internationale de l'importance fondamentale de la dignité humaine et des droits de la personne. La *Charte des Nations Unies* d'octobre 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, prévoit:

NOUS, PEUPLES DES NATIONS UNIES

RÉSOLUS

à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,

à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites . . .

Le préambule et les divers articles de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc A/810 N.U., à la p. 71, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948, à la suite d'un vote que le Canada a appuyé, montrent l'importance accordée à la dignité et à la valeur humaines:

Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

. . .

*Article premier*

Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.

. . .

*Article 3*

Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.

. . .

*Article 5*

Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

The *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 172, of the United Nations which came into force in 1976, as well as reaffirming the importance of human dignity, made specific reference to the death penalty:

*Article 6.* 1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.

In a similar vein the Organization of American States enacted the *American Convention on Human Rights*, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, which came into force in 1978. Article 4 of that Convention provides:

1. Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries that have not abolished the death penalty, it may be imposed only for the most serious crimes and pursuant to a final judgment rendered by a competent court and in accordance with a law establishing such punishment, enacted prior to the commission of the crime. The application of such punishment shall not be extended to crimes to which it does not presently apply.

3. The death penalty shall not be reestablished in states that have abolished it.

The international recognition of the importance of human dignity culminated in the abolition of the death penalty in many countries. For example, the United Kingdom formally abolished the death penalty for all crimes (apart from certain offences under Military Law) in 1973. The last execution took place

Outre qu'il proclame de nouveau l'importance de la dignité humaine, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 187, des Nations Unies qui est entré en vigueur en 1976 parle expressément de la peine de mort:

*Article 6.* 1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent.

6. Aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un État partie au présent Pacte.

De même, l'Organisation des États américains a adopté la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, O.A.S.T.S. n° 36, à la p. 1, qui est entrée en vigueur en 1978. L'article 4 de cette Convention prévoit ceci:

[TRADUCTION] 1. Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit est protégé par la loi, en général, depuis le moment de la conception. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, celle-ci ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent et conformément à une loi établissant cette punition, adoptée avant que l'infraction n'ait été commise. Cette peine ne s'applique pas aux infractions qu'elle ne vise pas à l'heure actuelle.

3. La peine de mort ne doit pas être rétablie dans les États où elle a été abolie.

La reconnaissance internationale de l'importance de la dignité humaine a abouti à l'abolition de la peine de mort dans de nombreux pays. Par exemple, en 1973, le Royaume-Uni a officiellement aboli la peine de mort pour toutes les infractions (à part certaines relevant du droit martial). La dernière exécu-



in 1964. In France the death penalty for civil crimes was abolished in 1949. The death penalty was totally abolished in 1981 while the last execution occurred in 1977. Australia and New Zealand as well as most of the west European countries have voted to abolish capital punishment. Recently, many eastern European countries such as Czechoslovakia, Hungary and Romania, have abolished the death penalty. A list of countries in which the death penalty has been abolished and the date of the passage of the legislation is set out in the Schedule at pp. 829-30.

On the other hand, the position of the United States stands in marked contrast to that of western countries. A majority of American states and the United States Congress have opted to retain the death penalty for some civil offences. Moreover, in *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), the United States Supreme Court ruled that the death penalty was not, *per se*, invalid. The Court noted that the text of the Constitution acknowledged the existence of capital punishment and, that, for 200 years the Supreme Court had repeatedly found that capital punishment was not invalid *per se*.

The commitment of the international community to human dignity and the trend of western nations to abolish the death penalty parallels Canada's own international stance.

#### *Canada's International Commitment*

Canada's commitment to human dignity has a lengthy and respected history in international affairs. This commitment is exemplified by its accession to the United Nations Charter on November 9, 1945, its vote in favour of the *Universal Declaration of Human Rights* on December 10, 1948, its accession to the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 302, on May 19, 1976, and its accession to the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* on June 24, 1987.

tion a eu lieu en 1964. En France, la peine de mort a été abolie en 1949 dans le cas des infractions civiles. Elle a été totalement abolie en 1981 et la dernière exécution a eu lieu en 1977. En Australie et en Nouvelle-Zélande ainsi que dans la plupart des pays de l'Europe de l'Ouest, on a voté en faveur de l'abolition de la peine capitale. Récemment, de nombreux pays de l'Europe de l'Est comme la Tchécoslovaquie, la Hongrie et la Roumanie, ont aboli la peine de mort. La liste des pays où cette peine a été abolie et la date d'adoption de la législation à ce sujet figurent à l'annexe aux pp. 829 et 830.

D'autre part, la position prise par les États-Unis montre un contraste marqué par rapport à celle des autres pays occidentaux. La majorité des États américains et le Congrès américain ont opté pour le maintien de la peine de mort à l'égard de certaines infractions civiles. En outre, dans l'affaire *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), la Cour suprême des États-Unis a déclaré que la peine de mort n'était pas en soi invalide. La Cour a fait remarquer que le libellé de la Constitution reconnaissait l'existence de la peine capitale et que, pendant 200 ans, elle avait elle-même à maintes reprises conclu que la peine capitale n'était pas en soi invalide.

L'engagement de la collectivité internationale à l'égard de la dignité humaine et la tendance des pays occidentaux à abolir la peine de mort vont de pair avec la position internationale du Canada.

#### *L'engagement international du Canada*

L'engagement du Canada à l'égard de la dignité humaine a un passé long et respecté dans les affaires internationales. Cet engagement se manifeste par l'adhésion du Canada à la *Charte des Nations Unies* le 9 novembre 1945, par le fait qu'il a voté en faveur de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* le 10 décembre 1948, par son adhésion au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 306, le 19 mai 1976, ainsi qu'à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* le 24 juin 1987.

In the United Nations Economic and Social Council on December 10, 1971, Canada voted in favour of the resolution affirming the goal of abolition of capital punishment. Canada has also voted in favour of the *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty* (the "Second Optional Protocol") on December 15, 1989. The Second Optional Protocol provides:

*The States Parties to the present Protocol,*

*Believing* that abolition of the death penalty contributes to enhancement of human dignity and progressive development of human rights,

*Recalling* article 3 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted on 10 December 1948, and article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 16 December 1966,

*Noting* that article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights refers to abolition of the death penalty in terms that strongly suggest that abolition is desirable,

*Convinced* that all measures of abolition of the death penalty should be considered as progress in the enjoyment of the right to life,

*Desirous* to undertake hereby an international commitment to abolish the death penalty,

*Have agreed* as follows:

#### *Article 1*

1. No one within the jurisdiction of a State Party to the present Protocol shall be executed.

2. Each State Party shall take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction.

#### *Article 2*

1. No reservation is admissible to the present Protocol, except for a reservation made at the time of ratification or accession that provides for the application of the death penalty in time of war pursuant to a conviction for a most serious crime of a military nature committed during wartime.

In supporting the Second Optional Protocol, Canada stated that the United Nations would be

Au Conseil économique et social des Nations Unies le 10 décembre 1971, le Canada a voté pour la résolution confirmant le but de l'abolition de la peine capitale. Il a également voté en faveur du *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort* (le «Deuxième Protocole facultatif») le 15 décembre 1989. Le Deuxième Protocole facultatif prévoit:

*Les États parties au présent Protocole,*

*Convaincus* que l'abolition de la peine de mort contribue à promouvoir la dignité humaine et le développement progressif des droits de l'homme,

*Rappelant* l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948, ainsi que l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966,

*Notant* que l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se réfère à l'abolition de la peine de mort en des termes qui suggèrent sans ambiguïté que l'abolition de cette peine est souhaitable,

*Convaincus* que toutes les mesures prises touchant l'abolition de la peine de mort doivent être considérées comme un progrès quant à la jouissance du droit à la vie,

*Désireux* de prendre, par le présent Protocole, l'engagement international d'abolir la peine de mort,

*Sont convenus* de ce qui suit:

#### *Article premier*

1. Aucune personne relevant de la juridiction d'un État partie au présent Protocole ne sera exécutée.

2. Chaque État partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction.

#### *Article 2*

1. Il ne sera admise aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre.

En appuyant le Deuxième Protocole facultatif, le Canada a déclaré que les Nations Unies honorerait

honouring human dignity by enshrining the abolition of the death penalty in an international instrument. Canada's position was put this way in the United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Elaboration of a second optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty* on June 29, 1987, at p. 27:

Canada, having abolished the death penalty in 1977, believed that there was merit in the elaboration of a second optional protocol. The subject was a difficult one and raised passions in a number of countries, but it deserved the attention of the General Assembly even if all States would not be in a position to adopt such a second optional protocol immediately. There was no doubt that the United Nations would be honouring human dignity by enshrining the principle of the abolition of the death penalty in an international instrument.

Apart from Canada's international commitments, it is worthy of note that two other international organizations have taken steps similar to those of the United Nations to abolish capital punishment. The European Community enacted *Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*, Europ. T.S. No. 114, which came into force on March 3, 1985, and the Organization of American States approved the *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty* on June 8, 1990.

### Summary

The international community has affirmed its commitment to the principle of human dignity through the various international instruments discussed above. Except for the United States, the western world has reinforced this commitment to human dignity, both internationally and nationally, through the express abolition of the death penalty. Canada's actions in the international forum affirms its own commitment to the preservation and enhancement of human dignity and to the abolition of the death penalty.

la dignité humaine en consacrant l'abolition de la peine de mort dans un instrument international. La position du Canada a été énoncée de la façon suivante devant le Conseil économique et social des Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Élaboration d'un deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à l'abolition de la peine capitale*, le 29 juin 1987, à la p. 29:

Le Canada, ayant aboli la peine de mort en 1977, considérait que la rédaction d'un deuxième protocole facultatif présentait beaucoup d'intérêt. Il s'agissait là d'un sujet difficile et qui soulevait beaucoup de passion dans bon nombre de pays, mais qui était digne de retenir l'attention de l'Assemblée générale, même si ledit protocole impliquait une série de mesures que les États ne seraient pas en mesure d'adopter du jour au lendemain. Il ne faisait pas de doute que les Nations Unies feraient honneur à la dignité humaine en consacrant le principe de l'abolition de la peine de mort dans un instrument international.

Indépendamment des engagements internationaux pris par le Canada, il est à noter que deux autres organisations internationales ont pris des mesures similaires à celles des Nations Unies en vue d'abolir la peine capitale. La Communauté européenne a adopté le *Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, S.T. Europ. n° 114, qui est entré en vigueur le 3 mars 1985, et l'Organisation des États américains a approuvé le *Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort* le 8 juin 1990.

### Résumé

La collectivité internationale a confirmé son engagement à l'égard du principe de la dignité humaine au moyen des divers instruments internationaux dont il a ci-dessus été question. À l'exception des États-Unis, le monde occidental a renforcé cet engagement, sur les plans tant international que national, en abolissant expressément la peine de mort. Les actions du Canada dans le milieu international confirment son propre engagement envers le maintien et la promotion de la dignité humaine ainsi que l'abolition de la peine de mort.

Let us now turn to the position within Canada.

## VII. The Canadian Position

A consideration of the place of the death penalty in Canadian society must now take place in the context of the *Charter*. In particular, it must be determined whether the death penalty violates the *Charter* proscription against cruel and unusual punishment. Section 12 of the *Charter* provides:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The constitutional status of capital punishment under s. 12 of the *Charter* is to be derived from the Canadian experience with respect to both the death penalty and the broader concept of cruel and unusual punishment.

### *The Pre-Charter Position*

In the case of *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, this Court considered the validity of legislation which provided for capital punishment of persons who were convicted of the murder of police officers or prison guards acting in the course of their duties. The majority of the Court upheld the death penalty provision of the legislation on the ground that judicial deference should be paid to the expressed will of Parliament. I would observe at the outset that this reasoning is inconsistent with the approach which has been taken since the passage of the *Charter*. Unswerving judicial deference to the perceived intent of Parliament is no longer a determinative factor. See *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 496-500; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1070-71.

In *Miller*, Laskin C.J., for the minority, defined the protection against cruel and unusual punishment in terms of proportionality. His analysis focussed upon the issue of whether capital punishment was an appropriate penalty for the crime of murdering a police officer or prison guard. He did not consider whether the death penalty was itself unacceptable. At page 694, he set out his position in this way:

Nous parlerons maintenant de la situation à l'intérieur du Canada.

## VII. La situation au Canada

Il faut maintenant examiner la place que la peine de mort occupe dans la société canadienne dans le contexte de la *Charte*. En particulier, il faut déterminer si la peine de mort viole la protection fournie par la *Charte* contre les peines cruelles et inusitées. L'article 12 de la *Charte* prévoit:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

L'état constitutionnel de la peine capitale en vertu de l'art. 12 de la *Charte* doit découler de l'expérience canadienne en ce qui concerne tant la peine de mort que la notion plus générale de peine cruelle et inusitée.

### *La situation antérieure à l'adoption de la Charte*

Dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, notre Cour a examiné la validité d'une loi qui prévoyait la peine capitale lorsqu'un accusé était condamné pour le meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison dans l'exercice de ses fonctions. La Cour a confirmé à la majorité la disposition législative concernant la peine de mort pour le motif qu'il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la volonté expresse du législateur. Je tiens à faire remarquer dès le début que ce raisonnement est incompatible avec la façon dont la question a été abordée depuis l'adoption de la *Charte*. La retenue judiciaire absolue à l'égard de l'intention perçue du législateur ne constitue plus un élément déterminant. Voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 496 à 500; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, aux pp. 1070 et 1071.

Dans l'arrêt *Miller* le juge en chef Laskin, au nom de la minorité, a défini la protection contre les peines cruelles et inusitées par rapport à la proportionnalité. Dans son examen, il a mis l'accent sur la question de savoir si la peine capitale constitue une peine appropriée dans les cas de meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison. Il ne s'est pas demandé si la peine de mort était elle-même inacceptable. À la page 694, il a énoncé ainsi sa position:

In a general sense, all punishment by way of imprisonment or otherwise is degrading, but society cannot be expected to tolerate without sanction breaches of the criminal law merely because punishment degrades the criminal. What we are concerned with here is not mere degradation by which society expresses its reprobation of criminal behaviour but the extent of it, related of course to the offence and at times to the offender. The enormity and the irreversibility of a death penalty when carried out certainly bespeak its undue severity in the abstract, but the present case is concerned with proportionality, with mandatory application of the death penalty not to an entire range of the most heinous of offences, that is, murder, but to particular and narrow instances of it specially selected by Parliament as meriting the drastic penalty of death.

On the basis of this reasoning, corporal punishment could be justified as an appropriate penalty for certain crimes.

Laskin C.J. was also of the view that the legislation should be upheld unless those challenging it could demonstrate that capital punishment did not have a deterrent effect beyond that of life imprisonment. I note in passing that the heavy burden which he placed on those challenging the legislation, while appropriate to the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reprinted in R.S.C., 1985, App. III), is not suitable in a *Charter* challenge.

The decision in *Miller* no longer provides an appropriate basis for a consideration of the issue presented in this appeal. The reasoning of the majority is simply not applicable to *Charter* issues. Nor should the minority position of Laskin C.J., heavily relied upon by the respondent, be followed. This is so not only because the minority placed a very heavy burden of proof on the party challenging the death penalty but also because it did not consider whether the death penalty was itself unacceptable. As well, it must be remembered that since that decision was delivered, the *Charter* has come into effect as the supreme law of the land.

En règle générale, toute peine, que ce soit l'emprisonnement ou autre chose, est dégradante, mais on ne peut s'attendre à ce que la société tolère, sans les punir, les violations du droit pénal pour la simple raison que la peine encourue porte atteinte à la dignité du criminel. Ce qui nous occupe présentement n'est pas seulement la dégradation par laquelle la société exprime sa désapprobation du comportement criminel, mais également sa portée, par rapport à l'infraction commise et, dans certains cas, au coupable. La gravité et le caractère irréversible de la peine de mort lorsqu'elle est exécutée révèlent certainement une sévérité injustifiée dans l'abstrait, mais la présente affaire porte sur la proportionnalité et sur l'imposition obligatoire de la peine de mort non pas à toute la catégorie des infractions les plus odieuses qui soient, c.-à-d. les meurtres, mais à des cas de meurtres précis et limités qui méritaient, selon le législateur, la peine de mort.

Selon ce raisonnement, le châtiment corporel pourrait être considéré comme approprié dans certains cas.

Le juge en chef Laskin estimait également que la disposition législative devait être confirmée à moins que ceux qui la contestaient ne puissent établir que la peine capitale n'a pas un effet dissuasif plus grand que la peine d'emprisonnement à perpétuité. Je remarque en passant que la lourde charge qu'il a imposée aux personnes qui attaquent la disposition législative, bien qu'elle soit appropriée dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. III), ne convient pas lorsque la *Charte* est contestée.

L'arrêt *Miller* ne constitue plus un fondement approprié pour l'examen de la question soulevée en l'espèce. Le raisonnement de la majorité ne s'applique tout simplement pas à la *Charte*. La position minoritaire que le juge en chef Laskin a prise, et sur laquelle l'intimé s'appuie fortement, ne doit pas non plus être suivie et ce, non seulement parce que la minorité a imposé une charge très lourde à la partie qui conteste la peine de mort, mais également parce qu'elle ne s'est pas demandé si la peine de mort est elle-même inacceptable. De plus, il faut se rappeler que depuis ce jugement, la *Charte* est entrée en vigueur à titre de loi suprême du pays.

*The House of Commons Votes to Abolish the Death Penalty*

In free votes in both 1976 and 1987, a majority of the members of the House of Commons supported the abolition of the death penalty. These votes, held after extensive and thorough debate, demonstrate that the elected representatives of the Canadian people found the death penalty for civil crimes to be an affront to human dignity which cannot be tolerated in Canadian society. These votes are a clear indication that capital punishment is considered to be contrary to basic Canadian values.

The rejection of the death penalty by the majority of the members of the House of Commons on two occasions can be taken as reflecting a basic abhorrence of the infliction of capital punishment either directly, within Canada, or through Canadian complicity in the actions of a foreign state.

*The Position Under the Charter*

What then is the constitutional status of the death penalty under s. 12 of the *Charter*?

The American experience provides no guidance. Cases dealing with the constitutional validity of the death penalty were decided on very narrow bases unique to the wording of the American Constitution and rooted in early holdings of the United States Supreme Court. Canadian courts should articulate a distinct Canadian approach with respect to cruel and unusual punishment based on Canadian traditions and values.

The approach to be taken by this Court in determining whether capital punishment contravenes s. 12 of the *Charter* should, in my view, be guided by two central considerations. First is the principle of human dignity which lies at the heart of s. 12. It is the dignity and importance of the individual which is the essence and the cornerstone of democratic government. Second is the decision of this Court in *Smith*, *supra*.

*Les votes de la Chambre des communes concernant l'abolition de la peine de mort*

Au cours de votes libres, en 1976 et en 1987, la majorité des députés fédéraux ont appuyé l'abolition de la peine de mort. Ces votes, qui ont eu lieu après des débats prolongés et approfondis, prouvent que les représentants élus de la population canadienne jugeaient que la condamnation à mort pour une infraction civile constitue un affront à la dignité humaine qui ne peut pas être toléré par la société canadienne. Ces votes montrent clairement que la peine capitale est considérée comme contraire aux valeurs fondamentales canadiennes.

Le rejet de la peine de mort, à deux reprises, par la majorité des députés fédéraux peut être interprété comme étant le signe d'une répugnance fondamentale à infliger la peine capitale, que ce soit directement, au Canada, ou par suite de la participation du Canada aux actions d'un État étranger.

*La situation en vertu de la Charte*

Quel est donc l'état constitutionnel de la peine de mort relativement à l'art. 12 de la *Charte*?

L'expérience américaine ne nous aide pas. Les arrêts portant sur la constitutionnalité de la peine de mort sont fondés sur des motifs fort restreints qui s'appliquent uniquement au libellé de la Constitution américaine et qui découlent de décisions antérieures rendues par la Cour suprême des États-Unis. Les tribunaux canadiens devraient aborder la question des peines cruelles et inusitées d'une façon différente, en se fondant sur les traditions et valeurs canadiennes.

À mon avis, pour déterminer si la peine capitale va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*, notre Cour doit se fonder sur deux considérations primordiales. La première est le principe de la dignité humaine, qui est au cœur de l'art. 12. La dignité et l'importance de la personne constituent l'essence et sont la pierre angulaire d'un gouvernement démocratique. La seconde est l'arrêt *Smith*, précité, de notre Cour.

### 1. Human Dignity Under the Charter

The fundamental importance of human dignity in Canadian society has been recognized in numerous cases. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. at p. 136 referred to the basic principles and values which are enshrined in the *Charter*. He wrote:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

In her reasons in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, Wilson J. stressed the importance of human dignity in understanding the protections afforded by the *Charter*. She wrote:

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue.

Again, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court emphasized the importance of human dignity. McIntyre J. wrote at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, the Court once again noted the fundamental importance of

### 1. La dignité humaine et la Charte

L'importance fondamentale de la dignité humaine dans la société canadienne a été reconnue dans de nombreux arrêts. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson parlait, à la p. 136, des valeurs et principes fondamentaux consacrés par la *Charte*:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Dans ses motifs de l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson a souligné, à la p. 166, l'importance de la dignité humaine lorsqu'il s'agit d'interpréter les protections fournies par la *Charte*:

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront.

Encore une fois, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a souligné l'importance de la dignité humaine. À la p. 171, le juge McIntyre a dit:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, la Cour a de nouveau fait remarquer l'import-

human dignity to the provisions of the *Charter*. Lamer J., as he then was, stated at p. 512:

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of "principles of fundamental justice"; they represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

Let us now turn to consider the second guiding consideration, the decision of this Court in *Smith*.

## 2. Section 12 and the *Smith* Case

In *Smith, supra*, this Court considered a challenge to the minimum sentencing provision of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The penalty prescribed by the *Narcotic Control Act* for importing a narcotic into Canada was imprisonment for a minimum of seven years up to life. The minimum term was challenged on the ground that it constituted cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. It was argued that the punishment was unduly severe and disproportionate to the offence committed. The decision focused upon the element of proportionality.

Lamer J., as he then was, carefully considered the nature of the protection afforded by s. 12 of the *Charter*. In giving a broad interpretation to the s. 12 right, Lamer J., at p. 1072, held that punishments "must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate." He later held, at pp. 1073-74, that certain punishments will by their very nature always be grossly disproportionate:

Finally, I should add that some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give

tance fondamentale de la dignité humaine en ce qui concerne les dispositions de la *Charte*. À la p. 512, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a dit:

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

Examinons maintenant la seconde considération, soit l'arrêt *Smith* de notre Cour.

## 2. L'article 12 et l'arrêt *Smith*

Dans l'arrêt *Smith*, précité, on avait contesté la disposition de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, concernant une peine minimale. La peine prévue par cette loi dans les cas d'importation de stupéfiants au Canada était l'emprisonnement pour une période d'au moins sept ans et pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité. La peine minimale était contestée pour le motif qu'elle constituait une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Il a été soutenu qu'il s'agissait d'une peine indûment sévère qui n'était pas proportionnée à l'infraction commise. L'arrêt a mis l'accent sur l'élément de proportionnalité.

Le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a minutieusement examiné la nature de la protection fournie par l'art. 12 de la *Charte*. En donnant au droit reconnu par l'art. 12 une interprétation large, il a conclu, à la p. 1072, que la peine «ne doit pas être exagérément disproportionné[e] à ce qui aurait été approprié». Plus loin, aux pp. 1073 et 1074, il a conclu que certaines peines sont toujours, de par leur nature, exagérément disproportionnées:

Enfin, je dois ajouter que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtement corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de



examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders.

From this decision two principles emerge. First, a punishments must never be grossly disproportionate to that which would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter the particular offender or to protect the public from that offender. Second, and more importantly for the purposes of this case, b punishments must not in themselves be unacceptable no matter what the crime, no matter what the offender. Although any form of punishment may be a blow to human dignity, some form of punishment is essential for the orderly functioning of society. However, c when a punishment becomes so demeaning that all human dignity is lost, then the punishment must be considered cruel and unusual. At a minimum, the infliction of corporal punishment, lobotomisation of d dangerous offenders and the castration of sexual offenders will not be tolerated.

3. Does the Death Penalty Violate Section 12 of the Charter? e

In light of both the decisions stressing the importance of human dignity under the *Charter* and the principles espoused in the *Smith* case, it remains to f be determined whether the death penalty violates s. 12 of the *Charter*. In my view, there can be no doubt that it does.

A consideration of the effect of the imposition of g the death penalty on human dignity is enlightening. Descriptions of executions demonstrate that it is state-imposed death which is so repugnant to any belief in the importance of human dignity. The methods utilized to carry out the execution serve only to h compound the indignities inflicted upon the individual.

In his book *Condemned to Die: Life Under i Sentence of Death* (1981), at pp. 86-87, Johnson makes this reference to executions in the electric chair:

Electrocution has been described by one medical doctor as "a form of torture [that] rivals burning at the stake". j Electrocutions have been known to drag on intermina-

fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

Deux principes ressortent de cet arrêt. Première- ment, les peines ne doivent jamais être exagérément disproportionnées à ce qui aurait été approprié en vue de punir, de réadapter ou de dissuader le contrevenant particulier ou de protéger le public contre ce dernier. b Deuxièmement, ce qui est encore plus important à nos fins, les peines ne doivent pas elles-mêmes être inacceptables, et ce, quel que soit le crime et quel que soit le contrevenant. Une peine, quelle qu'elle soit, c peut porter un coup à la dignité humaine, mais le fonctionnement ordonné de la société exige qu'une forme quelconque de peine soit infligée. Toutefois, lorsque la peine devient si dégradante que toute dignité humaine est perdue, elle doit être considérée d comme cruelle et inusitée. À tout le moins, la condamnation à un châtiment corporel, la lobotomie des criminels dangereux et la castration des auteurs de crimes sexuels ne seront pas tolérées.

3. La peine de mort va-t-elle à l'encontre de l'art. 12 de la Charte?

Compte tenu des décisions dans lesquelles sont reconnus l'importance de la dignité humaine en vertu de la *Charte* et les principes énoncés dans l'arrêt *Smith*, il reste à déterminer si la peine de mort va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, c'est de toute évidence le cas.

Il est bon d'examiner l'effet que la condamnation à mort a sur la dignité humaine. Les descriptions d'exécutions montrent qu'il s'agit d'une mort infligée par l'État qui va totalement à l'encontre de toute croyance en l'importance de la dignité humaine. Les méthodes d'exécution employées viennent uniquement s'ajouter à l'affront qui est fait au condamné.

Dans son ouvrage intitulé *Condemned to Die: Life Under Sentence of Death* (1981), aux pp. 86 et 87, Johnson parle ainsi de la condamnation à la chaise électrique:

[TRANSDUCTION] La condamnation à la chaise électrique a été décrite par un médecin comme «une sorte de torture [qui] équivalait au supplice du bûcher». Il est reconnu

bly, literally cooking the prisoners. In one instance, a man's brain "was found to be 'baked hard', the blood in his head had turned to charcoal, and his entire back was burnt black". One man somehow survived electrocution and was returned months later, with the approval of the Supreme Court, for a second (and unsuccessful) encounter with the chair. More recently, John Spenkelink's electrocution lasted over six minutes and required three massive surges of electricity before he finally died. Although we have no accounts of the damage to Spenkelink's body caused by his execution, allegations that Florida prison officials stuffed his anus with cotton and taped his mouth shut suggest that they may have anticipated the forbidding spectacle typically provided by electrocution, and made every effort to make the sanction cosmetically acceptable.

This description of the imposition of the death penalty clearly indicates that persons executed by the state are deprived of all semblance of human dignity. The stuffing of the anus with cotton wool and the taping shut of the mouth suggest that even the authorities carrying out the execution were not only insensitive to human dignity but fully expected a horrible reaction to a dreadful punishment. Even so, these indignities are simply adjuncts to the ultimate attack on human dignity, the destruction of life by the state.

The following description by the Reverend Myer Tobey of the execution by lethal gas of Eddie Daniels is to similar effect:

In the chamber now, he was strapped to the chair. The cyanide had been prepared, and was placed beneath his chair, over a pan of acid that would later react with the cyanide to form the deadly gas. Electrocardiographic wires were attached to Daniels' forearms and legs, and connected to a monitor in the observation area. This lets the doctor know when the heart stops beating.

This done, the prison guards left the room, shutting the thick door, and sealing it to prevent the gas from leaking. I took my place at one of the windows, and looked at Eddie, and he looked at me. We said the prayer together, over and over.

que l'électrocution n'en finit pas, qu'elle cuit littéralement les prisonniers. Dans un cas, on a constaté que le cerveau d'un homme «avait été »cuit dur«, que le sang dans sa tête était carbonisé, et que tout son dos était noir de brûlures». Un autre homme a pour une raison quelconque survécu; quelques mois plus tard, il a été renvoyé à la chaise électrique (cette fois-là pour de bon), avec l'approbation de la Cour suprême. Plus récemment, l'exécution de John Spenkelink a duré plus de six minutes et a nécessité trois décharges électriques massives avant qu'il ne meure. Nous ne disposons d'aucun compte rendu des blessures que l'exécution a causées à Spenkelink, mais des allégations selon lesquelles les gardiens de prison de la Floride lui avaient mis de la ouate dans l'anus et lui avaient fermé la bouche avec du ruban adhésif laissent entendre que ceux-ci prévoyaient peut-être le spectacle atroce qu'offre normalement la condamnation à la chaise électrique, et se sont efforcés de rendre la sanction acceptable sur le plan esthétique.

Cette description d'une exécution montre clairement que les personnes exécutées par l'État sont privées de tout semblant de dignité humaine. Le fait qu'on a bourré d'ouate l'anus du condamné et qu'on lui a mis du ruban adhésif sur la bouche laisse entendre que les autorités chargées de l'exécution étaient non seulement insensibles à la dignité humaine, mais s'attendaient aussi pleinement à la réaction horrible qu'entraînerait une punition épouvantable. Même alors, ces dégradations viennent simplement s'ajouter à l'attaque ultime à la dignité humaine, qu'est la destruction de la vie par l'État.

La description de l'exécution au gaz d'Eddie Daniels que le révérend Myer Tobey a faite est similaire:

[TRADUCTION] Dans la chambre, il était attaché à la chaise. Le cyanure avait été préparé et placé sous la chaise, sur une cuvette d'acide dont la réaction avec le cyanure formerait le gaz toxique. Les fils de l'électrocardiographe étaient attachés aux avant-bras et aux jambes de Daniels, et reliés à un moniteur dans l'aire d'observation. Cela permet au médecin de savoir à quel moment le cœur cesse de battre.

Puis, les gardiens de prison ont quitté la chambre, en fermant la lourde porte et en la scellant pour empêcher les fuites de gaz. J'ai pris place à l'une des fenêtres; j'ai regardé Eddie et il m'a regardé. Nous avons à maintes reprises récité la prière ensemble.

At a motion of the warden, a prison guard then pulled a lever releasing the cyanide crystals beneath the chair. Eddie heard the chemical pellets drop, and he braced himself. We did not take our eyes off each other.

In an instant, puffs of light white smoke began to rise. Daniels saw the smoke, and moved his head to try to avoid breathing it in. As the gas continued to rise he moved his head this way and that way, thrashing as much as his straps would allow still in an attempt to avoid breathing. He was like an animal in a trap, with no escape, all the time being watched by his fellow humans in the windows that lined the chamber. He could steal only glimpses of me in his panic, but I continued to repeat "My Jesus I Love You", and he too would try to mouth it.

Then the convulsions began. His body strained as much as the straps would allow. He had inhaled the deadly gas, and it seemed as if every muscle in his body was straining in reaction. His eyes looked as if they were bulging, much as a choking man with a rope cutting off his windpipe. But he could get no air in the chamber.

Then his head dropped forward. The doctor in the observation room said that that was it for Daniels. This was within the first few minutes after the pellets had dropped. His head was down for several seconds. Then, as we had thought it was over, he again lifted his head in another convulsion. His eyes were open, he strained and he looked at me. I said one more time, automatically, "My Jesus I Love You". And he went with me, mouthing the prayer. He was still alive after those several minutes, and I was horrified. He was in great agony. Then he strained and began the words with me again. I knew he was conscious, this was not an automatic response of an unconscious man. But he did not finish. His head fell forward again.

There were several more convulsions after this, but his eyes were closed. I could not tell if he were conscious or not at that point. Then he stopped moving, approximately ten minutes after the gas began to rise, and was officially pronounced dead.

The death penalty not only deprives the prisoner of all vestiges of human dignity, it is the ultimate desecration of the individual as a human being. It is the annihilation of the very essence of human dignity.

Le directeur lui ayant fait signe, un gardien de prison a ensuite tiré un levier pour libérer le cyanure qui était sous la chaise. Eddy a entendu les boulettes tomber, et il s'est raidi. Nous avons les yeux fixés l'un sur l'autre.

Des bouffées d'une légère fumée blanche ont bientôt commencé à s'élever. Daniels a vu la fumée, et a bougé la tête pour tenter d'éviter de la respirer. Pendant que le gaz continuait à s'élever, il a bougé la tête d'un côté et de l'autre, en se débattant autant que les courroies le lui permettaient pour tenter d'éviter de respirer. Il était comme un animal pris au piège, qui ne pouvait pas s'échapper, ses compagnons humains le regardant tout le temps par les fenêtres qui entouraient la chambre. Pris de panique, il ne pouvait que m'entrevoir, mais je continuais à répéter: «Jésus, je vous aime», et il essayait lui aussi de prononcer ces paroles.

Puis, les convulsions ont commencé. Son corps se tendait autant que les courroies le permettaient. Il avait inhalé le gaz toxique, et tous les muscles de son corps semblaient réagir en se contractant. Il semblait avoir les yeux qui sortaient des orbites, à peu près comme un homme qui étouffe parce qu'une corde lui coupe la trachée-artère. Mais il n'y avait pas d'air dans la chambre.

Puis, sa tête est tombée en avant. Le médecin qui était dans la salle d'observation a dit que c'était fini. Quelques minutes à peine venaient de s'écouler depuis que les boulettes étaient tombées. Sa tête est restée baissée pendant plusieurs secondes. Puis, alors que nous avons cru que c'était fini, il s'est de nouveau convulsé en levant la tête. Il avait les yeux ouverts; il s'est tendu et il m'a regardé. J'ai dit une autre fois, automatiquement: «Jésus, je vous aime.» Et il a murmuré la prière avec moi. Après plusieurs minutes, il était encore vivant; j'étais horrifié. Il souffrait énormément. Puis, il s'est tendu et il a commencé à réciter de nouveau la prière avec moi. Je savais qu'il était conscient, qu'il ne s'agissait pas de la réaction automatique d'un homme inconscient. Cependant, il n'a pas fini. Sa tête est de nouveau tombée en avant.

Il y a ensuite eu plusieurs convulsions, mais il avait les yeux fermés. Je ne sais pas s'il était conscient à ce moment-là. Lorsqu'il a arrêté de bouger, à peu près dix minutes après que le gaz eut commencé à s'élever, on l'a officiellement prononcé mort.

Non seulement la peine de mort prive le détenu de tous les vestiges de la dignité humaine, mais c'est également la profanation ultime de la personne en sa qualité d'être humain. C'est l'anéantissement de l'essence même de la dignité humaine.

Let us now consider the principles set out in *Smith* to determine whether the death penalty is of the same nature as corporal punishment, lobotomy or castration which were designated as cruel and unusual punishment.

What is acceptable as punishment to a society will vary with the nature of that society, its degree of stability and its level of maturity. The punishments of lashing with the cat-o-nine tails and keel-hauling were accepted forms of punishment in the 19th century in the British navy. Both of those punishments could, and not infrequently, did result in death to the recipient. By the end of the 19th century, however, it was unthinkable that such penalties would be inflicted. A more sensitive society had made such penalties abhorrent.

Similarly, corporal punishment is now considered cruel and unusual yet it was an accepted form of punishment in Canada until it was abolished in 1973. The explanation, it seems to me, is that a maturing society has recognized that the imposition of the lash would now be a cruel and intolerable punishment.

If corporal punishment, lobotomy and castration are no longer acceptable and contravene s. 12 then the death penalty cannot be considered to be anything other than cruel and unusual punishment. It is the supreme indignity to the individual, the ultimate corporal punishment, the final and complete lobotomy and the absolute and irrevocable castration.

As the ultimate desecration of human dignity, the imposition of the death penalty in Canada is a clear violation of the protection afforded by s. 12 of the *Charter*. Capital punishment is *per se* cruel and unusual.

If Kindler had committed the murder in Canada, then not simply the abolition of the death penalty in this country but, more importantly, the provisions of s. 12 of the *Charter* would prevent his execution. The next question is whether the fact that American, not Canadian, authorities would carry out the execution is fatal to Kindler's s. 12 claim. That is, does the Minister's decision to surrender Kindler to American authorities who may impose the death penalty "sub-

Examinons maintenant les principes énoncés dans l'arrêt *Smith* afin de déterminer si la peine de mort est de la nature du châtement corporel, de la lobotomie ou de la castration, peines qui ont été jugées cruelles et inusitées.

Ce qui est une peine acceptable pour une société dépend de la nature de cette dernière, de son degré de stabilité et de son niveau de maturité. La peine du fouet à neuf lanières et le supplice de la cale étaient des punitions acceptées dans la marine britannique, au XIX<sup>e</sup> siècle. Or, ces deux peines pouvaient entraîner la mort et il est arrivé que ce fût le cas. Toutefois, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ces peines étaient impensables. Une société plus sensible les avait rendues répugnantes.

De même, le châtement corporel est maintenant considéré comme cruel et inusité; pourtant, jusqu'à ce qu'il soit aboli en 1973, il s'agissait d'un genre de peine accepté au Canada. L'explication, il me semble, est qu'une société évoluée a reconnu que la condamnation au fouet serait maintenant une peine cruelle et intolérable.

Si le châtement corporel, la lobotomie et la castration ne sont plus acceptables et vont à l'encontre de l'art. 12, la peine de mort ne peut pas être considérée comme autre chose qu'une peine cruelle et inusitée. C'est l'affront suprême, le châtement corporel ultime, la lobotomie finale et complète et la castration absolue et irrévocable.

En tant que profanation ultime de la dignité humaine, la condamnation à mort au Canada va clairement à l'encontre de la protection fournie par l'art. 12 de la *Charte*. La peine capitale est en soi cruelle et inusitée.

Si Kindler avait commis le meurtre au Canada, l'abolition de la peine de mort au pays et, fait encore plus important, les dispositions de l'art. 12 de la *Charte* empêcheraient son exécution. Il s'agit maintenant de savoir si le fait que les autorités américaines, plutôt que les autorités canadiennes, se chargeraient de l'exécution porte un coup fatal à l'argument invoqué par Kindler au sujet de l'art. 12. En somme, la décision du ministre de livrer Kindler aux autorités

ject” him, within the meaning of s. 12, to cruel and unusual punishment?

VIII. The Relevance of the Fact That the Death Penalty Would Be Inflicted by the United States and Not Canada

The respondent contends that even if it is assumed that the death penalty constitutes cruel punishment, the *Charter* protections should not apply to a fugitive. In support of this position it was said that the surrender of Kindler did not mean that the Government of Canada would be subjecting the fugitive to cruel and unusual punishment, since the punishment would be inflicted by the requesting state. It was argued that so long as the trial procedure the fugitive had undergone or would undergo in the requesting state was fair, the punishment that followed a finding of guilt was not something which could be subject to the provisions of the *Charter*. Based on the *Charter* jurisprudence of this Court, this argument must be rejected.

*The Approach That Should Be Taken in Applying the Charter*

Although the *Charter* has no extraterritorial application, persons in Canada who are subject to extradition proceedings must be accorded all the rights which flow from the *Charter*. The approach to be taken is indicated by this Court in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. In that case the refugee claimants contended that Canada’s decision not to extend Convention refugee status to them placed them at risk that they would be prosecuted in their home country for their political beliefs. Wilson J., for the plurality, found that this decision deprived the claimants of their s. 7 right to security of the person and that this was sufficient to trigger the protection of the *Charter*. Specifically, Wilson J. stressed that the *Charter* affords freedom not only from actual punishment but also from the threat of punishment.

The *Singh* principle was applied in the extradition context in *Schmidt, supra*, where La Forest J. held

américaines, qui peuvent le condamner à mort, a-t-elle pour effet de le «soumettre» à une peine cruelle et inusitée au sens de l’art. 12?

a VIII. La pertinence du fait que la peine de mort serait infligée par les États-Unis et non par le Canada

b Selon l’intimé, à supposer que la peine de mort soit une peine cruelle, les protections fournies par la *Charte* ne devraient pas s’appliquer aux fugitifs. À l’appui de cette position, l’intimé affirme que l’extradition de Kindler ne veut pas dire que le Gouvernement du Canada soumettrait le fugitif à une peine c cruelle et inusitée, puisque la peine serait infligée par l’État requérant. On a soutenu que, dans la mesure où le procès que le fugitif a subi ou subira dans l’État requérant est équitable, la peine découlant du verdict d culpabilité ne peut pas être visée par les dispositions de la *Charte*. Compte tenu des arrêts de notre Cour au sujet de la *Charte*, cet argument doit être rejeté.

e *La façon d’aborder la question de l’application de la Charte*

Bien que la *Charte* ne s’applique pas extraterritorialement, les personnes qui sont assujetties à la procédure d’extradition au Canada doivent se voir conférer tous les droits qu’elle garantit. Notre Cour a indiqué la façon d’aborder la question dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Dans cette affaire, les revendicateurs du statut de réfugié ont soutenu qu’à la suite de la décision du Canada de ne pas leur accorder le statut de réfugié au sens de la Convention, ils risquaient de faire l’objet de poursuites dans leur propre pays en raison de leurs convictions politiques. Au nom de la pluralité des juges, le juge Wilson a conclu que la décision privait les revendicateurs du droit à la sécurité de la personne prévu par l’art. 7 et que cela suffisait pour que la protection fournie par la *Charte* s’applique. Le juge Wilson a souligné tout particulièrement que la *Charte* assure une protection non seulement contre la punition elle-même, mais également contre la menace de punition.

j Le principe énoncé dans l’arrêt *Singh* a été appliqué dans le contexte de l’extradition dans l’arrêt

that the manner in which the foreign state will deal with the fugitive upon surrender may, in some situations, violate the *Charter*. When such a likelihood arises, Canada, as the extraditing state, must accept responsibility for the ultimate consequence of the extradition. This, I believe, is the conclusion to be drawn from the reasons of La Forest J., at p. 522:

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. [Emphasis added.]

This position was reiterated in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, and *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564. While true that these cases were based upon a consideration of s. 7 of the *Charter*, the same principles of *Charter* application must apply to s. 12. The same conclusion has been reached in Europe, where arguments similar to those of the respondent have been firmly rejected.

#### *The European Position*

While the European cases are to a large extent determined by the provisions of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, they are useful in their indication of a judicial trend in the consideration of extradition cases where a fugitive may be subjected to cruel and unusual punishment or treatment.

Article 3 of the European Convention provides that "[n]o one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment". In *X. v. Fed-*

*Schmidt*, précité, où le juge La Forest a conclu que la manière dont l'État étranger traitera le fugitif extradé peut, dans certains cas, violer la *Charte*. Lorsque cette possibilité existe, le Canada, en sa qualité d'État requis, doit accepter la responsabilité de la conséquence finale de l'extradition. À mon avis, telle est la conclusion à tirer des motifs prononcés par le juge La Forest, à la p. 522:

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7. [Je souligne.]

Cette position a été reprise dans les arrêts *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, et *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564. Il est vrai que ces arrêts sont fondés sur l'examen de l'art. 7 de la *Charte*, mais les mêmes principes s'appliquent à l'art. 12. La même conclusion a été tirée en Europe, où des arguments similaires à ceux que l'intimé a invoqués ont été fermement rejetés.

#### *La position européenne*

Les arrêts européens sont dans une large mesure fondés sur les dispositions de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, mais ils servent à montrer la tendance judiciaire dans les affaires d'extradition où le fugitif peut être soumis à des peines ou traitements cruels et inusités.

L'article 3 de la Convention européenne prévoit que «[n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants».

*eral Republic of Germany*, Application No. 6315/73, September 30, 1974, D.R. 1, p. 73, at p. 75, the European Commission of Human Rights discussed the application of Article 3 to expulsion and extradition. It stated:

The Commission notes that even though the questions of extradition, expulsion and the right to asylum do not figure, as such, amongst those rights which govern the Convention, the Contracting States have none the less agreed to restrict the free exercise of their rights under general international law, including their right to control the entry and exit of foreigners, to the extent and within the limits of the obligations they have accepted under the Convention. . . . Consequently, the expulsion or extradition of an individual could, in certain exceptional cases, prove to be in breach of the Convention and particularly of Article 3, whilst there are serious reasons to believe that he could be subjected to such treatment prohibited by the said Article 3 in the State to which he must be sent. [Emphasis added.]

In *Altun v. Federal Republic of Germany*, Application No. 10308/83, May 3, 1983, D.R. 36, p. 209 (a decision cited with approval by La Forest J. in *Schmidt, supra*, at p. 522), the European Commission elaborated on the application of Article 3 of the European Convention to extradition proceedings. The Commission held that a decision to surrender a fugitive to a country where that fugitive was in danger of being subjected to torture falls within the scope of Article 3. In that case the applicant alleged that if he were surrendered to the requesting state he would be at risk of being either executed or tortured. The Commission rejected the argument with respect to the death penalty since assurances had been given by the requesting state that this penalty would not be inflicted upon the applicant. However the Commission found that Altun was at risk of being tortured and, as a result, refused the application to extradite.

As these cases indicate, the fact that a fugitive faces an objective possibility of being tortured has been held by the European Commission to be sufficient to trigger the responsibility of the requesting country under Article 3 of the Convention. This position was reaffirmed in *Kirkwood v. United Kingdom*, Application No. 10479/83, March 12, 1984, D.R. 37, p. 158, at p. 183.

Dans l'arrêt *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 6315/73, 30 septembre 1974, D.R. 1, p. 73, à la p. 73, la Commission européenne des droits de l'homme a examiné l'application de l'article 3 en matière d'expulsion et d'extradition. Elle a déclaré:

La Commission rappelle à cet égard que si la matière de l'extradition, de l'expulsion et du droit d'asile ne compte point, par elle-même, au nombre de celles que régit la Convention, les États contractants n'en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le droit international général, y compris celui de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers, dans la mesure et la limite des obligations qu'ils ont assumées en vertu de la Convention [ . . . ] Dès lors, l'expulsion ou l'extradition d'un individu peut, dans certains cas exceptionnels, se révéler contraire à la Convention et notamment à son article 3, lorsqu'il y a des raisons sérieuses de croire qu'il sera soumis, dans l'État vers lequel il doit être dirigé, à des traitements prohibés par ce dernier article. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Altun c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 10308/83, 3 mai 1983, D.R. 36, p. 209 (décision que le juge La Forest a citée et approuvée dans l'arrêt *Schmidt*, précité, à la p. 522), la Commission européenne a donné des précisions au sujet de l'application de l'article 3 de la Convention européenne à la procédure d'extradition. La Commission a jugé que la décision de remettre un fugitif à un pays où celui-ci risque d'être soumis à la torture est visée par l'article 3. Dans cette affaire, le requérant a allégué que s'il était livré à l'État requérant, il risquerait d'être exécuté ou torturé. La Commission a rejeté l'argument concernant la peine de mort, car l'État requérant avait fourni des garanties selon lesquelles cette peine ne serait pas infligée au requérant. Toutefois, la Commission a conclu qu'Altun risquait d'être torturé et elle a donc rejeté la demande d'extradition.

Comme ces arrêts le montrent, la Commission européenne a jugé que le fait qu'un fugitif risque objectivement d'être torturé suffit pour entraîner la responsabilité de l'État requérant en vertu de l'article 3 de la Convention. Cette position a été confirmée dans l'arrêt *Kirkwood c. Royaume-Uni*, requête n° 10479/83, 12 mars 1984, D.R. 37, p. 158, aux pp. 215 et 216.

One further European authority which is of assistance is the *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, where the European Court of Human Rights, at p. 35, considered an American request for extradition from the United Kingdom. The United States wished to try Soering for brutal murders committed in Virginia. The United Kingdom was prepared to surrender the accused on the strength of an understanding given that, should Soering be convicted, a representation would be made to the sentencing judge that it was the wish of the United Kingdom that the death penalty should not be imposed or carried out. Although this was apparently the usual undertaking given by the United States to the United Kingdom it was clearly not an assurance that the death penalty would not be carried out.

The European Court of Human Rights concluded that the decision by the United Kingdom (a contracting party to the European Convention) to extradite the fugitive gave rise to an issue as to whether Article 3 of the Convention would be breached by the extradition. It held that extradition would constitute a real risk that Soering would be exposed to "death row phenomenon" and ultimately executed. This would result in the fugitive's being subjected to inhuman or degrading treatment or punishment contrary to Article 3. The court put its position this way at pp. 35-36:

It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that "common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law" to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intent of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article.

It is not normally for the Convention institutions to pronounce on the existence or otherwise of potential

Mentionnons également l'affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme, à la p. 35, a examiné une demande d'extradition présentée au Royaume-Uni par les États-Unis. Les autorités américaines voulaient intenter des poursuites contre Soering à la suite de meurtres brutaux commis en Virginie. Le Royaume-Uni était prêt à livrer l'accusé à la condition que, si celui-ci était reconnu coupable, on fasse observer au juge chargé de prononcer la peine que le Royaume-Uni souhaitait que la peine de mort ne soit pas infligée ou appliquée. Apparemment, tel était habituellement l'engagement que les États-Unis prenaient envers le Royaume-Uni, mais de toute évidence, cela ne constituait pas une garantie que la peine de mort ne serait pas appliquée.

La Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'étant donné que le Royaume-Uni (qui était partie contractante à la Convention européenne) avait décidé d'extrader le fugitif, on pouvait se demander si l'extradition allait entraîner la violation de l'article 3 de la Convention. Elle a jugé que l'extradition constituait pour Soering un risque réel d'être exposé au «syndrome du couloir de la mort», et d'être en fin de compte exécuté. Le fugitif serait donc soumis à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants en violation de l'article 3. La cour a exprimé ainsi sa position, aux pp. 35 et 36:

Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit» auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif — pour odieux que puisse être le crime reproché — à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants pros crits par ledit article.

En principe, il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de



violations of the Convention. However, where an applicant claims that a decision to extradite him would, if implemented, be contrary to Article 3 by reason of its foreseeable consequences in the requesting country, a departure from this principle is necessary, in view of the serious and irreparable nature of the alleged suffering risked, in order to ensure the effectiveness of the safeguard provided by that Article. . .

In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standards of Article 3 of the Convention. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment.

It was argued by the respondent that the *Soering* case is of little value as *Soering* was only 18 at the time of the murder and since his country of origin, West Germany, which had abolished the death penalty, was also seeking his extradition. However, on my reading of the decision neither his youth nor his country of origin were either crucial to or determinative of the result.

In summary, the position taken under the European Convention is that a decision to surrender a fugitive to a country in which that fugitive may face torture, or inhuman, or degrading treatment or punishment is a violation of the fugitive's right not to be "subjected" to such treatment. If extradition will result in a risk that Article 3 will be contravened then a contracting party to the European Convention must, in the absence of an appropriate undertaking, refuse the request to extradite. Further, the exposure to the death penalty which results in "death row phenomenon" constitutes a breach of Article 3. Thus it is clear that a decision to surrender a fugitive to face a cruel

violations virtuelles de celle-ci. Une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance pré-tendument risquée . . .

En résumé, pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3. Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés.

L'intimé soutient que l'affaire *Soering* est peu pertinente, car le fugitif n'avait que 18 ans au moment du meurtre et son pays d'origine, l'Allemagne de l'Ouest, où la peine de mort avait été abolie, demandait également son extradition. Toutefois, la lecture de la décision ne m'a pas permis de constater que l'âge de *Soering* ou son pays d'origine avaient été des éléments cruciaux ou déterminants.

Bref, la position qui a été prise en vertu de la Convention européenne est que la décision de remettre un fugitif à un pays où il risque la torture, ou encore des peines ou traitements inhumains ou dégradants, constitue une violation du droit qu'il possède de ne pas être «soumis» à pareil traitement. Si par suite de l'extradition, l'article 3 risque d'être violé, une partie contractante à la Convention européenne doit, en l'absence d'un engagement approprié, rejeter la demande d'extradition. En outre, le fait de risquer d'être condamné à la peine de mort, qui donne lieu au «syndrome du couloir de la mort», constitue une violation de l'article 3. Ainsi, il est clair que la décision

and unusual punishment constitutes the subjection of the fugitive to that punishment. If the same reasoning were applied in the Canadian context, a decision to surrender a fugitive who, on conviction, might be subjected to the death penalty would contravene the provisions of s. 12 of the *Charter*.

### *The Responsibility of the Extraditing State*

Given all of the above, the respondent's contention that the *Charter* would not apply to cruel and unusual punishments inflicted by the requesting state must be rejected. In my view, since the death penalty is a cruel punishment, that argument is an indefensible abdication of moral responsibility. Historically such a position has always been condemned. The ceremonial washing of his hands by Pontius Pilate did not relieve him of responsibility for the death sentence imposed by others and has found little favour over the succeeding centuries.

Notwithstanding the fact that it is the United States and not Canada which would impose the death penalty, Canada has the obligation not to extradite a person to face a cruel and unusual treatment or punishment. To surrender a fugitive who may be subject to the death penalty violates s. 12 of the *Charter* just as surely as would the execution of the fugitive in Canada. Therefore, the Minister's decision to extradite Kindler without obtaining Article 6 assurances violates Kindler's s. 12 rights. The only remaining question is whether this violation can be justified under s. 1 of the *Charter*.

### IX. Section 1 of the Charter

The death penalty for civil crimes cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Indeed, it is difficult to imagine how it could ever be justified. However, let us assume that there could be a s. 1 justification for a punishment which would be, *per se*, a violation of s. 12. Even then, capital punishment could not meet the proportionality test except, perhaps, in very rare circumstances such as conviction for a very serious military offence committed during time of war or emergency.

de livrer un fugitif qui encourt une peine cruelle et inusitée a pour effet de le soumettre à cette punition. Si l'on appliquait le même raisonnement dans le contexte canadien, la décision de livrer un fugitif qui, une fois condamné, risque d'être soumis à la peine de mort irait à l'encontre des dispositions de l'art. 12 de la *Charte*

### *La responsabilité de l'État requis*

Cela étant, la prétention de l'intimé selon laquelle la *Charte* ne s'applique pas aux peines cruelles et inusitées infligées par l'État requérant doit être rejetée. À mon avis, puisque la peine de mort est une peine cruelle, cet argument constitue un abandon indéfendable de la responsabilité morale. Cette position a toujours été condamnée. Le fait que Ponce Pilate s'en soit lavé les mains ne le libérait pas de sa responsabilité en ce qui concerne la peine de mort infligée par des tiers, et n'a jamais été vu d'un bon œil.

Bien que ce soient les États-Unis et non le Canada qui infligeraient la peine de mort, le Canada a l'obligation de ne pas extraditer une personne qui serait soumise à des peines ou traitements cruels et inusités. Livrer un fugitif qui peut être soumis à la peine de mort va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte*, comme ce serait le cas si le fugitif était exécuté au Canada. Par conséquent, la décision du ministre d'extraditer Kindler sans obtenir les garanties prévues par l'article 6 viole les droits reconnus à ce dernier par l'art. 12. Il reste uniquement à déterminer si cette violation est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### IX. L'article premier de la Charte

La peine capitale, dans le cas d'une infraction civile, ne peut pas être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. De fait, il est difficile d'imaginer comment elle pourrait l'être. Toutefois, supposons qu'une peine, allant en soi à l'encontre de l'art. 12, soit justifiable en vertu de l'article premier. Même alors, la peine capitale ne pourrait pas satisfaire au critère de la proportionnalité, sauf peut-être dans de rares cas, par exemple, une condamnation pour une infraction militaire très grave commise en temps de guerre ou en situation d'urgence.

*The Safe Haven Argument*

The primary s. 1 justification put forth by the respondent was the so-called "safe haven" argument. The respondent argued that if the death penalty was found to be cruel and unusual punishment *per se*, then to require the Minister to insist upon an Article 6 assurance in every case where the death penalty might be imposed would result in Canada becoming a safe haven for murderers. It was said that to retain such a ministerial discretion constitutes a reasonable limit on the *Charter* proscription against punishment which would be, *per se*, a breach of s. 12.

I cannot accept this contention. This submission is an *in terrorem* argument put forward without any evidentiary basis.

It is not an unreasonable supposition that people facing criminal charges may flee. But in Europe the decision not to extradite without death penalty assurances has not lead to any known exodus of violent criminals from one state to another. The respondent would exclude any comparison to Europe because of the stricter enforcement of national boundaries and its language differences which make it more difficult for a fugitive to flee. However, even if the relatively open border and the similarity in language invites flight from the United States to Canada, the reasons for flight are not necessarily dependent on a presumption that Canada will seek an Article 6 assurance before surrendering a fugitive. Flight may often be undertaken to avoid detection or trial. These are reasons enough to flee without an Article 6 assurance. It should be remembered that any fugitive must first escape from the authorities in the United States and then successfully enter Canada. With that accomplished the fugitive still has to avoid detection in this country.

The respondent alleges that Canada is seeking to prevent an influx of murderers in the future. An allegation that there will be a future danger can best be substantiated by past history. In this case the past history gives little indication of a flood of future problems. Article 6 has been in existence since 1976

*L'argument fondé sur le refuge sûr*

La principale justification en vertu de l'article premier avancée par l'intimé se rapporte à ce qu'on appelle «refuge sûr». L'intimé soutient que si l'on jugeait que la peine de mort est en soi une peine cruelle et inusitée, obliger le ministre à insister pour qu'une garantie soit donnée en vertu de l'article 6 dans chaque cas où la peine de mort pourrait être infligée aurait pour effet de faire du Canada un refuge sûr pour les meurtriers. Selon lui, le maintien de ce pouvoir discrétionnaire constitue une limite raisonnable à l'interdiction prévue par la *Charte* d'infliger une peine allant en soi à l'encontre de l'art. 12.

Je ne puis retenir cette prétention. Il s'agit d'un argument *in terrorem* invoqué sans preuve à l'appui.

Il n'est pas déraisonnable de supposer que les gens qui font face à des accusations au criminel puissent s'enfuir. Cependant, en Europe, la décision de ne pas extraditer sans obtenir de garanties au sujet de la peine de mort n'a pas donné lieu à un exode évident de criminels violents d'un État à l'autre. L'intimé exclurait toute comparaison avec l'Europe en raison de la surveillance plus étroite des frontières nationales et des différences linguistiques qui font qu'il est plus difficile pour un fugitif de s'enfuir. Toutefois, même si la frontière relativement ouverte et la similarité des langues facilitent la fuite des États-Unis au Canada, les raisons de cette fuite ne sont pas nécessairement liées à la présomption selon laquelle le Canada cherchera à obtenir des garanties en vertu de l'article 6 avant de livrer le fugitif. Ce dernier peut dans bien des cas s'enfuir pour éviter d'être découvert ou de subir son procès. Ce sont là des raisons suffisantes de s'enfuir, indépendamment des garanties prévues par l'article 6. Il faut se rappeler que tout fugitif doit d'abord échapper aux autorités américaines, puis réussir à entrer au Canada. Le fugitif qui réussit à le faire doit en outre éviter d'être découvert au Canada.

L'intimé allègue que le Canada cherche à empêcher une arrivée massive de meurtriers. C'est à l'aide du passé que l'on peut le mieux établir le bien-fondé d'une allégation selon laquelle un danger se présentera à l'avenir. Or, dans ce cas-ci, le passé ne nous permet pas vraiment de supposer qu'une multitude de

yet only two instances are known of American murderers or alleged murderers fleeing to Canada: Kindler and Ng. In the case of Ng it was not surprising that he would attempt to flee to Calgary where his sister resided. There is simply no evidence that the existence of Article 6 has led to a flood of American murderers into Canada. Nor is there any reason to believe that this would occur if Ministers of Justice uniformly sought Article 6 assurances.

The respondent does not contend that Article 6 assurances should never be sought; rather it is said that the decision whether to make the request should be made on a case-by-case basis. However, once it is known that Canada will, on some occasions, seek assurances, there will be just as strong an incentive for American fugitives to flee to Canada as if assurances were uniformly sought. The difference between a requirement for a uniform request for assurances and an occasional request is a difference only in quantity.

The respondent's position cannot be said to rest on principle. The notion that certain individuals will arbitrarily be subjected to cruel and unusual punishment solely to serve as an apparent deterrent to American murderers contemplating flight to Canada cannot be accepted. Granting an arbitrary discretion to the Minister occasionally to seek Article 6 assurances cannot constitute a s. 1 justification. To say that it is justifiable to seek assurances only in some cases cannot meet the proportionality test required to establish a reasonable limit prescribed by law. This argument must be rejected.

#### *Treaty Obligations*

It was also argued that, in order to comply with its international commitments arising out of the Treaty, Canada should not uniformly seek Article 6 assurances. In essence the respondent argues that Kindler is an evil man. Regardless of the fact that he is subject to the death penalty, it is said, he should be extra-

problèmes se poseront à l'avenir. L'article 6 existe depuis 1976; pourtant, on n'a pu constater que deux cas dans lesquels des meurtriers ou de présumés meurtriers américains se sont enfuis au Canada: Kindler et Ng. En ce qui concerne Ng, il n'est pas étonnant qu'il ait tenté de s'enfuir à Calgary, où sa sœur habitait. Il n'est tout simplement pas prouvé que l'existence de l'article 6 a donné lieu à une arrivée massive de meurtriers américains au Canada. Il n'y a pas non plus lieu de croire que cela se produirait si les ministres de la Justice cherchaient uniformément à obtenir les garanties prévues par l'article 6.

L'intimé ne soutient pas que les garanties prévues par l'article 6 ne devraient jamais être demandées; il affirme plutôt que la décision de les exiger doit être prise dans chaque cas. Cependant, une fois qu'on saura que le Canada cherche parfois à obtenir des garanties, il y aura autant de fuyitifs américains qui voudront s'enfuir au Canada que si les garanties étaient toujours demandées. La différence, entre exiger uniformément des garanties et en exiger occasionnellement est une différence quantitative seulement.

On ne peut pas dire que la position de l'intimé est fondée sur des principes. Il est inacceptable que certaines personnes soient arbitrairement soumises à une peine cruelle et inusitée uniquement pour dissuader les meurtriers américains de s'enfuir au Canada. Accorder au ministre le pouvoir discrétionnaire arbitraire de demander à l'occasion des garanties fondées sur l'article 6 ne peut pas servir de justification en vertu de l'article premier. Dire qu'il est justifiable de chercher à obtenir des garanties dans certains cas seulement ne peut pas satisfaire au critère de la proportionnalité requis pour déterminer la limite raisonnable prescrite par la loi. Cet argument doit être rejeté.

#### *Les obligations fondées sur le Traité*

On a également soutenu que, pour respecter ses engagements internationaux en vertu du Traité, le Canada ne devrait pas uniformément chercher à obtenir les garanties prévues par l'article 6. L'intimé soutient essentiellement que Kindler est un homme mauvais. Indépendamment du fait que Kindler est

dated to the United States in order to fulfil Canada's obligations under the Treaty.

However, it must be remembered that, no matter how vile the killing, Kindler would not be executed in Canada had he committed the murder in this country. Further, Canada has committed itself in the international community to the recognition and support of human dignity and to the abolition of the death penalty. These commitments were not lightly made. They reflect Canadian values and principles. Canada cannot, on the one hand, give an international commitment to support the abolition of the death penalty and at the same time extradite a fugitive without seeking the very assurances contemplated by the Treaty. To do so would mean that Canada either was not honouring its international commitments or was applying one standard to the United States and another to other nations. Neither alternative is acceptable. Both would contravene Canadian values and commitments.

#### X. Summary

Capital punishment for murder is prohibited in Canada. Section 12 of the *Charter* provides that no one is to be subjected to cruel and unusual punishment. The death penalty is *per se* a cruel and unusual punishment. It is the ultimate denial of human dignity. No individual can be subjected to it in Canada. The decision of the Minister to surrender a fugitive who may be subject to execution without obtaining an assurance pursuant to Article 6 is one which can be reviewed under s. 12 of the *Charter*. It follows that the Minister must not surrender Kindler without obtaining the undertaking described in Article 6 of the Treaty. To do so would render s. 25 of the *Extradition Act* inconsistent with the *Charter* in its application to fugitives who would be subject to the death penalty.

This conclusion is based upon the historical reluctance displayed by jurors over the centuries to impose the death penalty; the provisions of s. 12 of the *Charter*; the decisions of this Court pertaining to that section; the pronouncements of this Court emphasizing the fundamental importance of human dignity; and

passible de la peine de mort, dit-on, il devrait être livré aux autorités américaines de façon que le Canada s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu du Traité.

Toutefois, il faut se rappeler qu'indépendamment de la nature ignoble du meurtre, Kindler ne serait pas exécuté au Canada, s'il y avait commis le meurtre. En outre, le Canada s'est engagé envers la collectivité internationale à reconnaître et à promouvoir la dignité humaine et à abolir la peine de mort. Ces engagements n'ont pas été pris à la légère; ils témoignent des valeurs et des principes existant au pays. Le Canada ne peut pas, d'une part, s'engager, sur le plan international, à appuyer l'abolition de la peine de mort et, d'autre part, livrer un fugitif sans chercher à obtenir les garanties mêmes prévues par le Traité. Cela voudrait dire soit que le Canada ne respecte pas ses engagements internationaux, soit qu'il applique une norme à l'égard des autorités américaines et une autre à l'égard des autres pays. Ni l'une ni l'autre de ces propositions n'est acceptable car elles vont à l'encontre des valeurs et engagements canadiens.

#### X. Résumé

Au Canada, il est interdit de condamner un meurtrier à la peine capitale. L'article 12 de la *Charte* prévoit que nul ne doit être soumis à une peine cruelle et inusitée. Or, la peine de mort est en soi une peine cruelle et inusitée. C'est la dénégation ultime de la dignité humaine. Nul ne peut y être assujéti au Canada. La décision du ministre de livrer un fugitif qui risque d'être exécuté, sans obtenir une garantie en vertu de l'article 6, peut être examinée en vertu de l'art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, le ministre ne doit pas livrer Kindler sans obtenir la garantie décrite à l'article 6 du Traité. S'il le faisait, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* serait incompatible avec la *Charte* lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux fugitifs passibles de la peine de mort.

Cette conclusion est fondée sur la réticence que les jurés ont toujours manifestée depuis des siècles à infliger la peine de mort, sur les dispositions de l'art. 12 de la *Charte*, sur les arrêts de notre Cour au sujet de cette disposition, sur les arrêts dans lesquels notre Cour souligne l'importance fondamentale de la

the international statements and commitments made by Canada stressing the importance of the dignity of the individual and urging the abolition of the death penalty.

The *Charter*, the judicial pronouncements upon it and the international statements and commitments made by Canada reflect Canadian principles. The preservation of Canada's integrity and reputation in the international community require that extradition be refused unless an undertaking is obtained pursuant to Article 6. To take this position does not constitute an absolute refusal to extradite. It simply requires the requesting state to undertake that it will substitute a penalty of life imprisonment for the execution of the prisoner if that prisoner is found to be guilty of the crime.

#### XI. Disposition

In the result I would allow the appeal, set aside the order of extradition and require the Minister to seek the assurances described in Article 6 of the Treaty. In the absence of obtaining an Article 6 assurance, the surrender order would contravene s. 12 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. It follows that the answers to the constitutional questions are as follows:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes it infringes s. 12 of the *Charter*.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

dignité humaine ainsi que sur les déclarations et engagements du Canada, sur le plan international, mettant l'accent sur l'importance de la dignité de la personne et prônant l'abolition de la peine de mort.

La *Charte*, les jugements prononcés à ce sujet ainsi que les déclarations et engagements du Canada, sur le plan international, témoignent des principes qui s'appliquent au pays. Pour maintenir l'intégrité et la réputation du Canada dans la collectivité internationale, l'extradition doit être refusée à moins qu'une garantie ne soit obtenue conformément à l'article 6. Prendre cette position ne constitue pas un refus absolu d'extrader une personne. Cela oblige simplement l'État requérant à s'engager à remplacer la condamnation à mort par une peine d'emprisonnement à perpétuité si le détenu est reconnu coupable de l'infraction.

#### XI. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêté d'extradition et de demander au ministre de chercher à obtenir les garanties prévues à l'article 6 du Traité. Si ces garanties ne sont pas obtenues, l'arrêté d'extradition ira à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte* et ne pourra pas être justifié en vertu de l'article premier. Il s'ensuit que les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

Oui, il est incompatible avec l'art. 12 de la *Charte*.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

j Non.

## SCHEDULE/ANNEXE

## 1. Abolitionist for all Crimes/Abolition pour toutes les infractions

Country/Pays	Date of Abolition/Date de l'abolition	Date of Abolition for Ordinary Crimes/Date de l'abolition pour les infractions ordinaires	Date of Last Execution/Date de la dernière exécution
Andorra/Andorre	1990		1943
Australia/Australie	1985	1984	1967
Austria/Autriche	1968	1950	1950
Cambodia/Cambodge	1989		
Cape Verde/Cap-Vert	1981		1835
Colombia/Colombie	1910		1909
Costa Rica	1877		
Czech and Slovak Federative Republic/Tchécoslovaquie	1990		1988
Denmark/Danemark	1978	1933	1950
Dominican Republic/République dominicaine	1966		
Ecuador/Équateur	1906		
Finland/Finlande	1972	1949	1944
France	1981		1977
Federal Republic of Germany/République fédérale d'Allemagne	1949/1987***		1949***
Haiti/Haïti	1987		1972*
Honduras	1956		1940
Hungary/Hongrie	1990		1988
Iceland/Islande	1928		1830
Ireland/Irlande	1990		1954
Kiribati			**
Liechtenstein	1987		1785
Luxembourg	1979		1949
Marshall Islands/Îles Marshall			**
Micronesia (Federated States)/Micronésie (États fédérés)			**
Monaco	1962		1847
Mozambique	1990		1986
Namibia/Namibie	1990		1988*
Netherlands/Pays-Bas	1982	1870	1952
New Zealand/Nouvelle-Zélande	1989	1961	1957
Nicaragua	1979		1930
Norway/Norvège	1979	1905	1948
Panama			1903*
Philippines	1987		1976
Portugal	1976	1867	1849*
Romania/Roumanie	1989		1989
San Marino	1865	1848	1468*
San Tome and Principe/Sao Tomé et Principe	1990		**
Solomon Islands/Îles Salomon		1966	**
Sweden/Suède	1972	1921	1910
Tuvalu			**
Uruguay	1907	1907	
Vanuatu			**
Vatican City State/État de la cité du Vatican	1969		
Venezuela	1863		

\* Date of last known execution./Date de la dernière exécution connue.

\*\* No executions since independence./Aucune exécution depuis l'indépendance.

\*\*\* The death penalty was abolished in the Federal Republic of Germany (FRG) in 1949 and in the German Democratic Republic (GDR) in 1987. The last execution in the FRG was in 1949; the date of the last execution in the GDR is not known. The FRG and the GDR were unified in October 1990. The name of the unified country is the Federal Republic of Germany./La peine de mort a été abolie en République fédérale d'Allemagne (RFA) en 1949 et en République démocratique allemande (RDA) en 1987. En RFA, la dernière exécution a eu lieu en 1949; la date de la dernière exécution en RDA n'est pas connue. La RFA et la RDA ont été réunies en un seul pays, la République fédérale d'Allemagne, en octobre 1990.

## 2. Abolitionist for Ordinary Crimes Only/Abolition pour les infractions ordinaires seulement

Country/Pays	Date of Abolition/Date de l'abolition	Date of Last Execution/Date de la dernière exécution
Argentina/Argentine	1984	
Brazil/Brésil	1979	1855
Canada	1976	1962
Cyprus/Chypre	1983	1962
El Salvador	1983	1973*
Fiji	1979	1964
Israel/Israël	1954	1962
Italy/Italie	1947	1947
Malta/Malte	1971	1943
Mexico/Mexique		1937
Nepal/Népal	1990	1979
Papua New Guinea/Papouasie-Nouvelle-Guinée	1974	1950
Peru/Pérou	1979	1979
Seychelles		**
Spain/Espagne	1978	1975
Switzerland/Suisse	1942	1944
United Kingdom/Royaume-Uni	1973	1964

\* Date of last known execution./Date de la dernière exécution connue.

\*\* No executions since independence./Aucune exécution depuis l'indépendance.

Information compiled by Amnesty International./Renseignements recueillis par Amnistic internationale.

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

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, *Cory J.* and *McLachlin J.*, and I am substantially in accord with *McLachlin J.* I wish, however, to add reasons of my own.

As the facts have already been set forth at some length, I need only outline them briefly here. The appellant, *Joseph John Kindler*, was found guilty of murder, kidnapping and criminal conspiracy by a court of competent jurisdiction in the State of Pennsylvania. A sentencing hearing was held in accordance with Pennsylvania law and the jury, which found that the aggravating circumstances surrounding these offences outweighed the mitigating circumstances, unanimously returned a sentence of death. The appellant escaped from custody before the sentence could be imposed and was arrested in the province of Quebec several months later. The United States requested the appellant's extradition pursuant

Version française du jugement des juges *La Forest*, *L'Heureux-Dubé* et *Gonthier* rendu par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges *Cory* et *McLachlin* et je suis pour l'essentiel d'accord avec le juge *McLachlin*. Toutefois, je désire ajouter mes propres motifs.

Étant donné que les faits ont déjà été énoncés d'une manière détaillée, il suffit que je les souligne brièvement. L'appelant, *Joseph John Kindler*, a été déclaré coupable de meurtre, d'enlèvement et de complot criminel par un tribunal compétent de l'État de la Pennsylvanie. Une audience pour fixer la peine a été tenue conformément au droit de la Pennsylvanie et le jury, qui a conclu que les circonstances aggravantes entourant ces infractions étaient plus importantes que les circonstances atténuantes, a infligé une peine de mort à l'unanimité. L'appelant s'est évadé avant que la peine n'ait pu être appliquée et a été arrêté dans la province de Québec plusieurs mois plus tard. Les États-Unis ont demandé l'extradition de



to the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3.

The broad question raised by this appeal is whether the decision of the Minister of Justice to surrender the appellant to the United States, without first seeking assurances that the death penalty will not be imposed or executed, violates the appellant's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant framed his arguments both in terms of s. 7 and s. 12 of the *Charter*, but he more directly focussed on s. 12, the provision that prohibits cruel and unusual punishment or treatment. But McLachlin J. quite rightly points out that s. 7 of the *Charter* is the appropriate provision under which the actions of the Minister are to be assessed. The Minister's actions do not constitute cruel and unusual punishment. The execution, if it ultimately takes place, will be in the United States under American law against an American citizen in respect of an offence that took place in the United States. It does not result from any initiative taken by the Canadian Government. Canada's connection with the matter results from the fact that the fugitive came here of his own free will, and the question to be determined is whether the action of the Canadian Government in returning him to his own country infringes his liberty and security in an impermissible way.

There can be no doubt that the appellant's right to liberty and security of the person is very seriously affected because he may face the death penalty following his return. The real question is whether surrender under these conditions violates the principles of fundamental justice. I should, at the outset, say that I agree with Cory J. that the procedure followed by the Minister did not offend these principles. So the question is whether these principles were violated in substantive aspects.

In determining this question McLachlin J. rightly recognizes that the values emanating from s. 12 play an important role in defining fundamental justice in this context. Accordingly, this Court has held that extradition must be refused if surrender would place

l'appelant en application du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3.

La question générale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la décision du ministre de la Justice de livrer l'appelant aux autorités américaines sans obtenir la garantie que la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée, viole les droits reconnus à l'appelant par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelant a fondé ses arguments sur l'art. 7 et l'art. 12 de la *Charte*, mais il a mis l'accent plus directement sur l'art. 12, qui interdit les traitements ou peines cruels et inusités. Toutefois, le juge McLachlin souligne à bon droit que l'art. 7 de la *Charte* constitue la disposition appropriée en vertu de laquelle les actions du ministre doivent être évaluées. Celles-ci ne constituent pas une peine cruelle et inusitée. Si, en fin de compte, l'exécution a lieu, ce sera l'exécution aux États-Unis, en vertu du droit américain, d'un citoyen américain pour un crime commis aux États-Unis. Elle ne résulte pas d'une initiative prise par le gouvernement canadien. Le lien avec le Canada dans l'affaire découle du fait que le fugitif s'y est réfugié volontairement, et la question qui doit être tranchée est de savoir si l'action du gouvernement canadien de le remettre à son propre pays porte atteinte à sa liberté et à sa sécurité d'une manière qui est interdite.

Il ne fait aucun doute que le droit de l'appelant à la liberté et à la sécurité de sa personne est très gravement atteint parce qu'il s'expose à l'exécution de la peine de mort à son retour. La véritable question est de savoir si l'extradition dans ces conditions viole les principes de justice fondamentale. Tout d'abord, je dois dire que je conviens avec le juge Cory que la procédure suivie par le ministre n'a pas porté atteinte à ces principes. La question est donc de savoir si ces principes ont été violés relativement à des aspects de fond.

Pour répondre à cette question, le juge McLachlin reconnaît à bon droit que les valeurs qui découlent de l'art. 12 jouent un rôle important pour définir la justice fondamentale dans ce contexte. Par conséquent, notre Cour a conclu que l'extradition doit être refusée

the fugitive in a position that is so unacceptable as to “shock the conscience”; see *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

There are, of course, situations where the punishment imposed following surrender — torture, for example — would be so outrageous to the values of the Canadian community that the surrender would be unacceptable. But I do not think the surrender of fugitives who may ultimately face the death penalty abroad would in all cases shock the conscience of Canadians. My colleague, Cory J., refers to the free votes taken in the House of Commons in 1976 and 1987 rejecting the reinstatement of the death penalty as evidencing a “basic abhorrence” for the death penalty and providing “a clear indication that capital punishment is considered to be contrary to basic Canadian values” (p. 812). However, the fact that only four years ago, reinstatement of the death penalty was voted down by the relatively narrow margin of 148 to 127 attests to the contrary. As Marceau J.A. states in his judgment in the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 492, that a vote was even taken on the issue suggests that capital punishment is not viewed as an outrage to the public conscience. One could not imagine a similar vote on the question of whether to reinstate torture. And it must be emphasized that we are trying to assess the public conscience, not in relation to the execution of the death penalty in Canada, but in regard to the extradition of an individual under circumstances where the death penalty might be imposed in another country. I should perhaps note that I do not think the courts should determine unacceptability in terms of statistical measurements of approval or disapproval by the public at large, but it is fair to say that they afford some insight into the public values of the community. For a similar approach, see Laskin C.J.’s reasons in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680. These reasons have been of considerable influence in defining “cruel and unusual punishment” under the *Charter*; see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

si la remise placerait le fugitif dans une situation tellement inacceptable qu’elle «choque [...] la conscience»; voir *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

a

Évidemment, il y a des situations où la peine infligée à la suite de l’extradition — par exemple, la torture — porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne que la remise serait inacceptable. Toutefois, je ne crois pas que la remise des fugitifs qui sont passibles de la peine de mort à l’étranger risquerait dans tous les cas de choquer la conscience des Canadiens. Selon mon collègue, le juge Cory, les votes libres pris à la Chambre des communes en 1976 et 1987 rejetant le rétablissement de la peine de mort sont le signe d’une «répugnance fondamentale» à l’égard de la peine de mort et montrent «clairement que la peine capitale est considérée comme contraire aux valeurs fondamentales canadiennes» (p. 812). Toutefois, le rejet, il y a seulement quatre ans, du rétablissement de la peine de mort par la faible marge de 148 à 127 indique le contraire. Comme le juge Marceau le dit dans son arrêt de la Cour d’appel fédérale, [1989] 2 C.F. 492, le fait qu’un vote ait été tenu sur la question donne à penser que la peine de mort n’est pas considérée comme un affront à la conscience publique. On ne saurait envisager un vote semblable en vue de savoir s’il faut rétablir la torture. De plus, il faut souligner que nous tentons d’évaluer la conscience publique, non pas en rapport avec l’application de la peine de mort au Canada, mais en ce qui a trait à l’extradition d’un particulier dans des circonstances où il serait passible de la peine de mort dans un autre pays. Je devrais peut-être signaler que, à mon avis, les tribunaux ne devraient pas déterminer ce qui est inacceptable en fonction de données statistiques sur l’approbation ou la désapprobation par le public en général, mais il est juste de dire que ces données permettent de se faire une idée des valeurs publiques de la société. Une position semblable ressort des motifs du juge en chef Laskin dans l’arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, qui ont eu une influence considérable dans la définition des «peines cruelles et inusitées» aux termes de la *Charte*; voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

With this background, I turn to a more detailed analysis of whether the impugned surrender violates the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. This Court has on previous occasions stated that in considering the issue of fundamental justice, it is engaged in a balancing process. In performing this task here, the global context must be kept squarely in mind. In Canada laws operate on a broad base and the law maker has a wide range of alternatives. Parliament, for example, may abolish the death penalty and achieve its goals by other means. This it has done, except as regards certain military offences. There is strong ground for believing that having regard to the limited extent to which the death penalty advances any valid penological objectives and the serious invasion of human dignity it engenders that the death penalty cannot, except in exceptional circumstances, be justified in this country. But that, I repeat, is not the issue.

Unlike the internal situation, the Minister's decision in the present case operates in a specific case where the particular facts are critical to constitutional evaluation. More important, it takes place in a global setting where the vast majority of the nations of the world retain the death penalty. There has, it is true, been a growing and, in my view, welcome trend among Western nations over the past fifty years to abolish the death penalty but some have gone against this trend, notably the United States, a fact of especial concern having regard to its size and proximity to this country. There are also a number of major international agreements mentioned by Cory J. supporting the trend for abolition but, except for the *Protocol No. 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*, Europ. T.S. No. 114, all fall short of actually prohibiting use of the death penalty. This contrasts with the overwhelming universal condemnation that has been directed at practices such as genocide, slavery and torture; cf., for example, Articles 6 and 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 172.

Compte tenu de ces faits, j'analyse d'une manière plus détaillée la question de savoir si l'extradition contestée viole les principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a dit, à plusieurs reprises, que dans l'étude de la question de la justice fondamentale elle est engagée dans un processus de pondération. Pour appliquer ce processus en l'espèce, il faut carrément tenir compte du contexte global. Au Canada, les lois s'appliquent d'une manière générale et le législateur a beaucoup de choix. Par exemple, le législateur peut abolir la peine de mort et atteindre son but par d'autres moyens. C'est ce qui a été fait, sauf en ce qui concerne certaines infractions militaires. Il y a de bons motifs de croire que, compte tenu de la faible mesure dans laquelle la peine de mort fait progresser tout objectif pénologique valide et de l'atteinte grave à la dignité humaine qu'elle engendre, cette peine ne peut, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être justifiée dans notre pays. Toutefois, je le répète, là n'est pas la question en litige.

Contrairement à la situation interne, la décision du ministre en l'espèce s'applique dans un cas précis où les faits particuliers sont d'une grande importance pour l'évaluation constitutionnelle. Ce qui est le plus important, c'est qu'elle s'inscrit dans un cadre global où la grande majorité des nations dans le monde conserve la peine de mort. Il est vrai qu'au cours des cinquante dernières années il y a eu une tendance croissante et, à mon avis, souhaitable dans les nations occidentales à abolir la peine de mort, mais certaines sont allées à l'encontre de ce courant, notamment les États-Unis, fait qui a un intérêt particulier compte tenu de la taille de ce pays et de sa proximité avec le nôtre. Un certain nombre d'accords internationaux importants, mentionnés par le juge Cory, appuient le courant en faveur de l'abolition mais, à l'exception du *Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, S.T. Europ. n° 114, aucun n'interdit vraiment l'utilisation de la peine de mort. Cette situation contraste avec la condamnation générale dans le monde de pratiques comme le génocide, l'esclavage et la torture; voir par exemple, les articles 6 et 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 187.

There is thus, despite these trends, no international norm. Indeed, more directly reflective of international attitudes towards extraditing an individual to face the death penalty is the *Model Treaty on Extradition* brought forth at the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders as late as 1990 in Havana. Article 4 of the *Model Treaty on Extradition*, which lists "optional grounds" for refusing extradition, and provides for the same sort of discretion in obtaining assurances regarding the death penalty as is found in Article 6 of the Canada-United States Extradition Treaty, clearly contemplates the possibility of unconditional extradition under circumstances such as those found in the present case.

The Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so. This right, of course, exists independently of extradition. If an alien known to have a serious criminal record attempted to enter into Canada, he could be refused admission. And by the same token, he could be deported once he entered Canada. This basic state power was described by Lord Atkinson in *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, at p. 546:

One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State . . . and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien. . . .

If it were otherwise, Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us. I am aware that on humane grounds, provision is now made for the admission of political refugees, but that, of course, has no relevance here. It would be strange if Canada could expel lesser criminals but be obliged by the *Charter* to grant sanctuary to individuals who were wanted for crimes so serious as to call for the death penalty in their country of origin. This point was actually raised in respect of the present appellant in the Federal Court of Appeal, *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34, where it was concluded that deportation of the appellant would not violate the principles of fundamental justice. The same result was reached in another recent case, *Shepherd v. Canada (Minister of*

Par conséquent, malgré ces tendances, il n'existe aucune norme internationale. En fait, le *Traité type d'extradition* présenté aussi récemment qu'en 1990 au Huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à La Havane reflète plus directement l'attitude internationale à l'égard de l'extradition d'une personne passible de la peine de mort. L'article 4 du *Traité type d'extradition*, qui énumère des «motifs facultatifs» pour refuser l'extradition et prévoit le même genre de pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de l'obtention d'une garantie concernant la peine de mort que celui qui se trouve à l'article 6 du *Traité d'extradition* entre le Canada et les États-Unis, envisage clairement la possibilité d'une extradition sans condition dans des circonstances comme celles de l'espèce.

Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos. Évidemment, ce droit existe indépendamment de l'extradition. Si un étranger dont le dossier criminel grave est notoire tente d'entrer au Canada, on peut lui refuser l'entrée. De la même façon, il pourrait être déporté une fois entré au Canada. Ce pouvoir d'État fondamental a été décrit par lord Atkinson dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, à la p. 546:

[TRADUCTION] Parmi les droits que possède le pouvoir suprême de chaque État il y a le droit d'en refuser l'entrée à un étranger [. . .] et d'expulser ou de déporter de l'État, s'il le juge à propos, même un étranger amical. . .

S'il en était autrement, le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous. Je sais que, pour des raisons humanitaires, des dispositions prévoient maintenant l'admission de réfugiés politiques mais, bien entendu, ce cas n'est pas pertinent en l'espèce. Il serait étrange que le Canada puisse expulser des auteurs de crimes moins graves mais soit obligé par la *Charte* d'accorder le droit d'asile à des personnes recherchées pour des crimes tellement graves qu'ils entraînent la peine de mort dans leur pays d'origine. Ce point a en fait été soulevé à l'égard de l'appelant en l'espèce devant la Cour d'appel fédérale qui a conclu que l'expulsion de l'appelant ne violerait pas les principes de justice fondamentale (*Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F.

*Employment and Immigration*) (1989), 52 C.C.C. (3d) 386 (Ont. C.A.), dismissed on jurisdictional grounds, at p. 399, leave to appeal to this Court denied, [1989] 2 S.C.R. xi. See also *Blanusa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* <sup>a</sup> (1989), 27 F.T.R. 107.

I can see no reason why the same general approach should not apply to extradition. One of the basic purposes of that procedure is to ensure that a specific kind of undesirable alien should not be able to stay in Canada. It is, no doubt, true that extradition and deportation do not always have the same purpose, for cases can arise where they serve different ends, and fairness may demand that one procedure be used rather than the other. But that is not this case, and I would be concerned about encouraging a resort to deportation rather than extradition with its inbuilt protections geared to the criminal process.

In both cases, situations could arise where an order was unconstitutional. Apart from torture, the nature of the offence, the age or mental capacity of the accused (see Eur. Court H. R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, at pp. 44 and 45), and other circumstances may constitutionally vitiate an order for surrender. No such considerations are raised in this case, however, nor in relation to Charles Ng, whose case was heard in conjunction with this appeal. The crime of which Kindler has been convicted can only be described as a brutal, premeditated murder. The extradition report shows that after beating the victim about the head with a baseball bat, Kindler allegedly dragged him to a nearby river, tied a cinder block to his neck and threw him into the river while he was still alive. Ng, for his part, has been accused of a series of offences of an almost unspeakable nature. These would seem to me to be precisely the kinds of individuals the Minister would wish to keep out of Canada for the protection of the public.

Thus the question with which we are presented here is whether it shocks the conscience to surrender individuals who have been charged with the worst

34). On est arrivé au même résultat dans un autre arrêt récent: *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A. Ont.), rejeté pour des motifs de compétence, à la p. 399, autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1989] 2 R.C.S. xi. Voir également *Blanusa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 27 F.T.R. 107.

<sup>b</sup> Je ne vois pas pour quelle raison la même démarche générale ne devrait pas s'appliquer à l'extradition. L'un des buts fondamentaux de cette procédure est de veiller à ce qu'un genre précis d'étranger indésirable ne soit pas en mesure de demeurer au Canada. Il est sans doute vrai que l'extradition et l'expulsion n'ont pas toujours le même but car il peut y avoir des cas où elles servent à des fins différentes et l'équité peut exiger qu'une procédure soit utilisée plutôt que l'autre. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et je m'inquiéterais de favoriser le recours à l'expulsion plutôt qu'à l'extradition qui contient des mesures de protection relatives au processus criminel.

<sup>e</sup> Dans les deux cas, il peut y avoir des situations où un arrêté est inconstitutionnel. En plus de la torture, il y a la nature de l'infraction, l'âge ou la capacité mentale de l'accusé (voir Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, aux pp. 44 et 45) et d'autres circonstances qui peuvent vicier un arrêté d'extradition du point de vue constitutionnel. Toutefois ces considérations ne sont pas soulevées en l'espèce ni relativement à Charles Ng, dont le renvoi a été entendu conjointement avec le présent pourvoi. Le crime dont Kindler a été déclaré coupable peut seulement être décrit comme un meurtre brutal et prémédité. Selon le rapport d'extradition, après avoir frappé la victime à la tête avec un bâton de base-ball, Kindler l'aurait traînée à une rivière voisine, aurait attaché un bloc de ciment à son cou et l'aurait lancée dans la rivière alors qu'elle était encore en vie. Ng, pour sa part, a été accusé d'une série d'infractions d'une nature abominable. Ces personnes me sembleraient être précisément le genre d'individus que le ministre voudrait garder hors du Canada pour la protection du public.

<sup>j</sup> Par conséquent, la question qui nous est posée en l'espèce est de savoir si le fait de livrer des personnes qui ont été accusées du pire genre de crime et qui

sort of crimes to face capital prosecution in the United States. Absent proof of some mitigating circumstance, I do not think it does. This is especially true given that the failure to extradite without restrictions might lead to Canada becoming a more attractive destination for American fugitives in the future. It is also significant, as McLachlin J. notes, that the party requesting extradition in this case is the United States — a country with a criminal justice system that is, in many ways, similar to our own, and which provides substantial protections to the criminal defendant.

The possible significance of the temptation of an accused to escape to Canada should not be overlooked. Counsel has led evidence before us to show that, since 1976, approximately three hundred thousand homicides have occurred in the United States. As this Court has recognized previously, the two countries have a long, relatively open border and similar cultures, which makes the possibility of an escape over the border much more likely; see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1490. The fact that the appellant in this case, like the fugitive Charles Ng in the companion case to this appeal, was eventually found in Canada only because he had been committing crimes here, is indicative of the danger to which we are opening ourselves up if we allow Canada to become a “safe haven” for murder suspects. It was not entirely unpredictable that Ng, knowing the possible consequences of apprehension in his case, was willing to risk using a firearm in attempting to avoid capture even for the relatively minor offence of shoplifting. I should add that the other recently reported cases I have mentioned do nothing to dispel these concerns.

I am aware that there are at times reasons why a fugitive would flee to another country that have little to do with whether that country will insist that the death penalty not be imposed, but these do not dilute the cogency of the arguments already made. These arguments persuaded the Minister. He determined, in the interests of protecting the security of Canadians, that he should not, in this case, seek assurances

sont passibles de la peine de mort aux États-Unis choque la conscience. En l'absence de preuve de circonstances atténuantes, je ne crois pas que ce soit le cas. C'est particulièrement vrai compte tenu du fait que le défaut d'extrader sans restriction pourrait avoir comme conséquence que le Canada devienne une destination plus attirante pour les fugitifs américains dans l'avenir. Il est également important, comme le souligne le juge McLachlin, que la partie qui demande l'extradition en l'espèce est les États-Unis — un pays dont le système de justice pénale est, à de nombreux égards, semblable au nôtre et qui accorde des protections importantes au criminel défendeur.

L'importance de la possibilité qu'un accusé soit tenté de s'enfuir vers le Canada ne devrait pas être écartée. L'avocat nous a présenté des éléments de preuve pour démontrer que, depuis 1976, environ 300 000 homicides ont été commis aux États-Unis. Comme notre Cour l'a reconnu précédemment, les deux pays partagent une longue frontière relativement ouverte et ont des cultures semblables, ce qui rend beaucoup plus probable une évasion de l'autre côté de la frontière; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1490. Le fait que l'appelant en l'espèce, comme le fugitif Charles Ng dans le renvoi connexe, n'a finalement été retrouvé au Canada que parce qu'il y avait commis des crimes, souligne le danger auquel nous nous exposons si nous permettons au Canada de devenir un «refuge sûr» pour les personnes soupçonnées de meurtre. Il n'était pas entièrement imprévisible que Ng, qui était au courant des conséquences possibles d'une arrestation dans son cas, ait été prêt à risquer d'utiliser une arme à feu pour tenter d'éviter la capture même pour l'infraction relativement mineure de vol à l'étalage. J'ajouterais que les autres affaires récentes que j'ai mentionnées ne permettent pas de dissiper ces préoccupations.

Je sais qu'il arrive qu'un fugitif ait des motifs pour s'enfuir dans un autre pays qui n'ont pas grand-chose à voir avec la question de savoir si ce pays insistera pour que la peine de mort ne soit pas appliquée, mais ces motifs ne réduisent pas la force des arguments qui ont déjà été présentés. Ces arguments ont persuadé le ministre. Il a décidé, dans l'intérêt de la sécurité des Canadiens, qu'il ne devrait pas, en l'espèce, deman-

regarding the penalty to be imposed. On the evidence before us, it cannot be said that this determination was unreasonable. As this Court has previously stated, while the decisions of the executive are, of course, subject to judicial review, the jurisdiction of courts to interfere with the executive's exercise of discretion in this area "must be exercised with the utmost circumspection consistent with the executive's pre-eminent position in matters of external relations"; see *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at pp. 557-58. The executive has a much greater expertise than the Court in the area of foreign relations, and is in a better position to evaluate many of the considerations which have been set forth above. I do not think the appellant has discharged the burden of establishing that his rights under the *Charter* have been violated.

I therefore conclude that the decision to extradite the appellant without restrictions, which was taken with the view to deterring fugitives from seeking a safe haven in Canada to avoid the death penalty, was made in pursuit of a legitimate and, indeed, compelling social goal. Surrendering the appellant to the United States without restriction does not go beyond what is necessary to achieve that goal, for it is apparent that surrendering the appellant with the restriction that the death penalty would not be imposed would completely undermine the deterrent effect the government is seeking to achieve. As this Court has frequently noted, the social goal addressed is an important consideration in a s. 7 balancing; see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, where the cases are reviewed.

I need only add a few words about the subsidiary grounds raised by the appellant. The appellant argues that the death penalty in its practical application is arbitrarily and indiscriminately imposed. That argument is really directed at the criminal justice system in the United States and, as made, would require extraterritorial application of the *Charter*; see *United States of America v. Cotroni*, *supra*, at p. 1501. There is nothing here to indicate that the alleged arbitrari-

der des garanties que la peine de mort ne sera pas appliquée. On ne peut déduire de la preuve qui nous a été présentée que cette décision était déraisonnable. Comme notre Cour l'a dit précédemment, bien que les décisions du pouvoir exécutif soient, bien entendu, assujetties au contrôle judiciaire, la compétence des tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans ce domaine «doit s'exercer avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures»; voir *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 558. L'exécutif a des connaissances beaucoup plus grandes que la Cour dans le domaine des relations extérieures et est en meilleure position pour évaluer un grand nombre des éléments qui ont été présentés précédemment. Je ne crois pas que l'appelant se soit acquitté de la charge d'établir que ses droits en vertu de la *Charte* ont été violés.

Par conséquent, je suis d'avis de conclure que la décision d'extrader l'appelant sans restriction, qui a été prise dans le but de dissuader les fugitifs de chercher un refuge sûr au Canada pour éviter la peine de mort, a été prise en vue d'atteindre un but social légitime et, en fait, impérieux. L'extradition sans restriction de l'appelant aux États-Unis ne va pas plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre ce but, car il est évident que la remise de l'appelant avec la restriction que la peine de mort ne sera pas appliquée diminuerait complètement l'effet dissuasif que le gouvernement cherche à atteindre. Comme notre Cour l'a souvent signalé, le but social visé est une considération importante dans l'appréciation faite en fonction de l'art. 7; voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539, où les arrêts sont étudiés.

Il ne me reste qu'à ajouter quelques mots sur les moyens subsidiaires présentés par l'appelant. Celui-ci soutient que la peine de mort dans son application pratique est infligée de façon arbitraire et sans distinction. Cet argument vise directement en réalité le système de justice pénale des États-Unis et, de la façon qu'il est présenté, exigerait une application extraterritoriale de la *Charte*; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, à la p. 1501. Rien en l'es-

ness is in any way related to the fugitive. It has nothing to do with the policy of the Canadian Government to protect the Canadian public against dangerous criminals seeking haven here. There may conceivably be situations where certain types of arbitrary conduct may sufficiently “shock the conscience” as to trigger s. 7, but this has not been established here. It is worth noting as well that the United States Supreme Court is well aware of the arbitrariness issue and has shown a willingness to act to prevent it; see *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

The appellant laid great stress on the “death row” phenomenon and the manner of execution. The death row phenomenon owes its existence in large part to the fact that it is not unusual for prisoners to spend many years on death row as they pursue their various appeals through the United States court system. The unwieldy and time-consuming nature of this generous appeal process has come under heavy criticism in the United States in recent years, and is the subject of efforts at reform. While the psychological stress inherent in the death row phenomenon cannot be dismissed lightly, it ultimately pales in comparison to the death penalty. Besides, the fact remains that a defendant is never forced to undergo the full appeal procedure, but the vast majority choose to do so. It would be ironic if delay caused by the appellant’s taking advantage of the full and generous avenue of the appeals available to him should be viewed as a violation of fundamental justice; see *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (9th Cir. 1990), at p. 950. As in *Soering*, *supra*, there may be situations where the age or mental capacity of the fugitive may affect the matter, but again that is not this case.

So far as the specific manner of execution, electrocution, is concerned, it must be said that regardless of the manner chosen, there is a certain horror inherent in execution. It is far from clear, however, that there are more humane methods as viable alternatives; see

pèce n’indique que le caractère arbitraire allégué s’applique de quelque façon au fugitif. Il n’a rien à voir avec la politique du gouvernement canadien de protéger le public canadien contre les criminels dangereux qui cherchent un refuge au pays. Il se peut qu’il existe des situations dans lesquelles certains genres de conduites arbitraires «choquant [...] la conscience» suffisamment pour entraîner l’application de l’art. 7, mais une telle situation n’a pas été établie en l’espèce. En outre, il convient de souligner que la Cour suprême des États-Unis est au courant de la question du caractère arbitraire et a démontré une volonté d’agir pour éviter qu’elle n’entre en jeu; voir *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

L’appelant a accordé beaucoup d’importance au syndrome du «couloir de la mort» et à la méthode d’exécution. Le syndrome du couloir de la mort doit son existence en grande partie au fait qu’il n’est pas rare que des prisonniers passent un grand nombre d’années dans le couloir de la mort en attendant l’issue de leurs divers appels dans le système judiciaire des États-Unis. La lourdeur et la lenteur de ce processus d’appel généreux a fait l’objet de nombreuses critiques aux États-Unis au cours des dernières années et des efforts sont faits actuellement pour le réformer. On ne peut pas écarter à la légère le stress psychologique inhérent au syndrome du couloir de la mort, mais il perd de son importance lorsqu’on le compare à la peine de mort. En outre, le fait demeure qu’un défendeur n’est jamais obligé d’avoir recours à la procédure d’appel dans son entier, mais la grande majorité choisit de le faire. Il serait paradoxal qu’un retard causé par le fait qu’un appelant tire avantage de toutes les voies de recours généreuses auxquelles il a droit soit considéré comme une violation de la justice fondamentale; voir *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (9th Cir. 1990), à la p. 950. Comme dans l’arrêt *Soering*, précité, il peut y avoir des situations où l’âge et la capacité mentale du fugitif peuvent avoir un effet sur la question mais, encore une fois, ce n’est pas le cas en l’espèce.

Pour ce qui est de la méthode particulière d’exécution, soit l’électrocution, il faut dire que, peu importe la méthode choisie, un certain degré d’horreur se dégage de l’exécution. Toutefois, il est loin d’être clair qu’il existe des méthodes moins cruelles comme



Ian Gray and Moira Stanley, *A Punishment in Search of a Crime: Americans Speak Out Against the Death Penalty* (1989), at p. 39; Amnesty International, *When the State Kills ... The Death Penalty: A Human Rights Issue* (1989), at pp. 58-60. The appellant's argument has "uniformly and summarily been rejected" by numerous courts in the United States, including the Supreme Court; see *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080 (1984).

For these reasons, then, I am of the opinion that surrendering the appellant unconditionally would not violate the principles of fundamental justice under the circumstances of this case. I reach this conclusion principally for two reasons. First, I believe that extradition of an individual who has been accused of the worst form of murder, to face capital prosecution in the United States, could not be said to shock the conscience of the Canadian people nor to be in violation of the standards of the international community. Second, I find that it is reasonable to believe that extradition in this case does not go beyond what is necessary to serve the legitimate social purpose of preventing Canada from becoming an attractive haven for fugitives.

I would accordingly dismiss the appeal and confirm the extradition order that was entered in this case. I would answer the first constitutional question in the negative. It is unnecessary to answer the second question.

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

MCLACHLIN J.—This appeal and the companion case, *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, raise the issue of whether the Minister of Justice can order the extradition of fugitives to the United States without obtaining an assurance from that country's authorities that the death penalty will not be imposed. Canadian law does not impose the death penalty, except for certain military offences. The question is whether our government is obliged, in all cases, to obtain assurances from the state requesting extradition that the death penalty will not be carried out by them. In my view the two cases

choix possibles; voir Ian Gray et Moira Stanley, *A Punishment in Search of a Crime: Americans Speak Out Against the Death Penalty* (1989), à la p. 39; Amnistie Internationale, *La peine de mort dans le monde—Quand l'État assassine* (1989), aux pp. 60 et 61. L'argument de l'appelant en l'espèce a [TRADUCTION] «été rejeté uniformément et sommairement» par de nombreux tribunaux aux États-Unis, y compris la Cour suprême; voir *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080 (1984).

Pour ces motifs, je suis donc d'avis que l'extradition de l'appelant sans condition ne violerait pas les principes de justice fondamentale dans les circonstances de l'espèce. J'arrive à cette conclusion principalement pour deux motifs. Premièrement, à mon avis on ne peut pas dire que l'extradition d'une personne qui a été accusée de la pire forme de meurtre et qui risque la peine de mort aux États-Unis choque la conscience du peuple canadien et viole les normes de la communauté internationale. Deuxièmement, j'estime qu'il est raisonnable de croire que l'extradition en l'espèce ne va pas plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre le but social légitime d'empêcher que le Canada devienne un refuge attrayant pour les fugitifs.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt d'extradition qui a été pris en l'espèce. Je répondrais à la première question constitutionnelle par la négative. Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi et l'arrêt connexe, *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, soulèvent la question de savoir si le ministre de la Justice peut ordonner l'extradition de fugitifs aux États-Unis sans obtenir une garantie de l'administration de ce pays que la peine de mort ne sera pas infligée. Le droit canadien n'inflige pas la peine de mort sauf dans le cas de certaines infractions militaires. La question est de savoir si notre gouvernement est tenu, dans tous les cas, d'obtenir de l'État qui demande l'extradition des garanties selon lesquelles la peine de mort ne sera pas

raise the same issues. I have therefore chosen to deal with the cases together in the reasons for this appeal.

The Minister's orders of extradition are attacked on two grounds: (1) that the section of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, under which they are made is unconstitutional; and (2) that the Minister's exercise of his discretion under the order was unconstitutional.

For the reasons that follow, I conclude that it is not contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to give the Minister discretion on the question of whether to seek assurances from the requesting state that the death penalty will not be carried out. I further conclude that the Minister did not err in the way he exercised his discretion in the cases of Ng and Kindler.

#### Facts

Kindler stands convicted of first degree murder, conspiracy to commit murder, and kidnapping in the State of Pennsylvania. The jury which convicted him, after hearing further evidence, recommended the imposition of the death penalty. Before he was sentenced, however, Kindler escaped from prison and fled to Canada, where he was subsequently arrested and, after a hearing before Pinard J., committed for surrender, [1985] C.S. 1117.

Ng is charged in the State of California with nineteen charges arising from multiple and brutal killings. On twelve of those charges, Ng, if found guilty, could receive the death penalty. He was arrested in Calgary following a bungled shoplifting attempt during which he shot and wounded a store security guard. At the end of a six-week hearing, Trussler J. committed Ng for extradition: (1988), 93 A.R. 204.

Section 25 of the *Extradition Act* leaves the final decision to surrender with the Minister of Justice. Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada*

appliquée. À mon avis, les mêmes questions se posent dans ces deux arrêts et j'ai donc choisi de les examiner ensemble dans les présents motifs.

Les arrêtés d'extradition du ministre sont contestés sur le fondement de deux moyens: (1) l'inconstitutionnalité de l'article de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, aux termes duquel ils sont pris et (2) l'inconstitutionnalité de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire aux termes de l'arrêté.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de conclure qu'il n'est pas contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés* d'accorder au ministre le pouvoir discrétionnaire de trancher la question de savoir s'il doit demander des garanties de l'État requérant selon lesquelles la peine de mort ne sera pas appliquée. En outre, je conclus que le ministre n'a pas commis d'erreur dans sa manière d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans les affaires Ng et Kindler.

#### Les faits

Kindler a été déclaré coupable dans l'État de Pennsylvanie de meurtre au premier degré, de complot en vue de commettre un meurtre et d'enlèvement. Le jury qui l'a déclaré coupable, après avoir entendu d'autres éléments de preuve, a recommandé la peine de mort. Toutefois, avant que sa sentence soit prononcée, Kindler s'est évadé de prison et s'est enfui au Canada, où il a été par la suite arrêté et, après une audience devant le juge Pinard, incarcéré en vue de son extradition, [1985] C.S. 1117.

Ng fait l'objet dans l'État de Californie de dix-neuf chefs d'accusation découlant de meurtres multiples et brutaux. Relativement à douze de ces accusations, s'il était déclaré coupable il serait passible de la peine de mort. Il a été arrêté à Calgary à la suite d'une tentative ratée de vol à l'étalage au cours de laquelle il a tiré un coup de feu et blessé un agent de sécurité du magasin. À la fin d'une audience de six semaines, le juge Trussler a incarcéré Ng en vue de son extradition: (1988), 93 A.R. 204.

L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* laisse au ministre de la Justice la décision finale en matière d'extradition. L'article 6 du *Traité d'extradition entre*

and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, provides that the country from which extradition of a fugitive has been requested may seek assurances from the arresting country that the death penalty will not be imposed where the offences involved carry the possibility of capital punishment. In the case of both Kindler and Ng, the Minister ordered final extradition without asking for such assurances.

In Kindler's case, an application to review the Minister's decision was brought in the Federal Court. The application was dismissed, [1987] 2 F.C. 145, as was an appeal from that dismissal to the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 492. Marceau J.A. and Pratte J.A. were not prepared to conclude that the death penalty violated the *Charter*. Pratte J.A. also expressed the view that the *Charter* did not apply because the punishment in question would be inflicted not by the Canadian government, but by a foreign state. Hugessen J.A. dissented, expressing the view that the death penalty *per se* constituted cruel and unusual punishment.

Ng's action against the Minister never reached trial, the Governor in Council having referred the issues to this Court.

The Minister's reasons for surrendering the fugitives without seeking assurances that the death penalty would not be imposed or, if imposed, not carried out, may be summarized as follows:

1. There was no merit in the suggestion that a fugitive would not receive a fair trial or sentence hearing in the United States (Ng);

2. There was no merit in the so-called "death-row phenomenon" argument; the state's method of execution was accepted by the American courts (Kindler);

3. The provision in Article 6 of the Treaty should not be routinely applied: "[i]f it was intended that assurances should be sought other than for special reasons, that intent could have been clearly and simply expressed in the Treaty" (Ng);

le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, prévoit que le pays duquel l'extradition d'un fugitif a été demandée peut chercher à obtenir du pays requérant des garanties que la peine de mort ne sera pas infligée lorsque les infractions visées sont punissables de la peine capitale. Dans le cas de Kindler et de Ng, le ministre a ordonné l'extradition finale sans demander ces garanties.

Dans le cas de Kindler, une demande d'examen de la décision du ministre a été présentée à la Cour fédérale. La demande a été rejetée, [1987] 2 C.F. 145, ainsi que l'appel de ce rejet devant la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 492. Les juges Marceau et Pratte de la Cour d'appel n'étaient pas prêts à conclure que la peine de mort violait la *Charte*. Le juge Pratte a également exprimé l'avis que la *Charte* ne s'appliquait pas parce que la peine en question ne serait pas infligée par le gouvernement canadien mais par un État étranger. Le juge Hugessen, dissident, a conclu que la peine de mort constituait en soi une peine cruelle et inusitée.

L'action de Ng contre le ministre n'a jamais été entendue, le gouverneur en conseil ayant renvoyé les questions devant notre Cour.

Les motifs du ministre pour extrader les fugitifs sans chercher à obtenir de garanties que la peine de mort ne sera pas infligée ou si elle l'est qu'elle ne sera pas appliquée, peuvent être résumés de la manière suivante:

1. N'est pas fondé l'argument selon lequel le procès ou l'audience sur la peine d'un fugitif aux États-Unis ne serait pas équitable (Ng);

2. L'argument relatif à ce qu'on appelle le «syndrome du couloir de la mort» n'est pas fondé; la méthode d'exécution de l'État a été acceptée par les tribunaux américains (Kindler);

3. L'article 6 du Traité ne devrait pas être appliqué systématiquement: [TRADUCTION] «[s]i on avait voulu que des garanties soient demandées pour autre chose que des circonstances spéciales, cette intention aurait été clairement et simplement exprimée dans le Traité» (Ng);

4. Those who commit murder in a foreign state, particularly one with a long common border with Canada, should be discouraged from seeking haven in Canada as a means of reducing or limiting the severity of the penalty that might be exacted under the laws of the state in which the crime was committed (Ng and Kindler); and <sup>a</sup>

5. The United States and Canada must work together to support law enforcement in the two nations (Ng). <sup>b</sup>

### Issues

The essence of these cases is not whether the death penalty offends the *Charter*. It is rather whether the Canadian extradition procedure, as expressed in the *Extradition Act* and in the Minister's decision, violates the *Charter*. In addition to the submissions advanced by the fugitives, this Court stated two constitutional questions directed at whether s. 25 of the *Extradition Act* violates s. 7 or s. 12 of the *Charter*, and if so, whether such violation is justified under s. 1. <sup>e</sup>

I propose to consider the following matters:

I. The Place of Extradition in Our System of Justice

II. Which Sections of the *Charter* Apply? <sup>g</sup>

III. Does Section 25 of the *Extradition Act* Violate the *Charter*?

IV. Did the Minister's Order of Unconditional Extradition Violate the *Charter*? <sup>h</sup>

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J.:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances, from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with <sup>i</sup>

4. Les personnes qui ont commis un meurtre dans un État étranger, particulièrement quand celui-ci a une longue frontière commune avec le Canada, devraient être dissuadées de chercher refuge au Canada pour réduire ou limiter la gravité de la peine qui pourrait leur être infligée aux termes des lois de l'État dans lequel le crime a été commis (Ng et Kindler);

5. Les États-Unis et le Canada doivent collaborer pour faciliter l'exécution des lois dans les deux pays (Ng).

### Les questions en litige <sup>c</sup>

L'essentiel des affaires qui nous occupent n'est pas de savoir si la peine de mort porte atteinte à la *Charte*. Il s'agit plutôt de savoir si la procédure canadienne en matière d'extradition, exprimée dans la *Loi sur l'extradition* et dans la décision du ministre, viole la *Charte*. En plus des arguments présentés par les fugitifs, notre Cour a énoncé deux questions constitutionnelles qui visent à déterminer si l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* viole l'art. 7 ou l'art. 12 de la *Charte* et, le cas échéant, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier. <sup>d</sup>

Je propose d'examiner les questions suivantes:

I. L'importance de l'extradition dans notre système de justice

II. Les articles de la *Charte* qui s'appliquent

III. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* viole-t-il la *Charte*?

IV. L'arrêté du ministre portant extradition sans condition viole-t-il la *Charte*?

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge en chef Dickson:

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État

ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

### Treaties and Legislation

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, in force March 22, 1976:

#### ARTICLE 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

*Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23

25. Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of the foreign state, may, under his hand and seal, order a fugitive who has been committed for surrender to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

### Discussion

#### I. *The Place of Extradition in Our System of Justice*

Extradition occupies a unique and important position in the structure of law enforcement. As the majority noted in *United States of America v.*

étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

### b Les traités et les textes législatifs

#### *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.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, en vigueur le 22 mars 1976:

#### ARTICLE 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23

25. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande de l'État étranger, le ministre de la Justice peut, par arrêté, ordonner que le fugitif soit remis à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

### i Analyse

#### I. *L'importance de l'extradition dans notre système de justice*

L'extradition occupe une position unique et importante dans la structure de l'application de la loi. Comme les juges de la majorité l'ont souligné dans

*Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1485, “[t]he investigation, prosecution and suppression of crime for the protection of the citizen and the maintenance of peace and public order is an important goal of all organized societies. The pursuit of that goal cannot realistically be confined within national boundaries. That has long been the case, but it is increasingly evident today.”

Extradition is a practice which has deep historical roots in this country. The long border with the United States has meant that effective measures for the return of alleged criminals and other fugitives have been a necessary component of the administration of justice since before Confederation. The Ashburton-Webster Treaty, which was the basis of this country’s extradition arrangements with the United States until the implementation of the current treaty in 1976, was entered into by Great Britain in 1842. For a review of the history of these arrangements, see Chapter 1 of G. V. La Forest, *Extradition to and from Canada* (2nd ed. 1977).

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

This unique foundation means that the law of extradition must accommodate many factors foreign to our internal criminal law. While our conceptions of what constitutes a fair criminal law are important to the process of extradition, they are necessarily tempered by other considerations.

Most importantly, our extradition process, while premised on our conceptions of what is fundamentally just, must accommodate differences between our system of criminal justice and the systems in place in reciprocating states. The simple fact is that if we

l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1485, «[l]es enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l’ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l’intérieur de frontières nationales. Il en est ainsi depuis longtemps, mais cela est de plus en plus évident aujourd’hui.»

L’extradition est une pratique qui a des racines profondes dans notre pays. En raison de la longue frontière commune avec les États-Unis, des mesures efficaces pour la remise de présumés criminels ou autres fugitifs ont constitué, avant même la Confédération, une composante nécessaire de l’administration de la justice. Le traité Ashburton-Webster, qui était le fondement des accords en matière d’extradition entre notre pays et les États-Unis jusqu’à l’entrée en vigueur du traité actuel en 1976, a été conclu par la Grande-Bretagne en 1842. Pour l’historique de ces accords, voir le chapitre 1 de G. V. La Forest, *Extradition to and from Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1977).

Bien que le processus d’extradition constitue une partie importante de notre système de justice pénale, il serait erroné de le faire correspondre au processus d’instance criminelle. Il est différent du processus criminel par son objet et sa procédure et, ce qui est le plus important, par les facteurs qui le rendent équitable. Contrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d’extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d’autres ressorts.

En raison de cette situation unique, le droit de l’extradition doit tenir compte d’un grand nombre de facteurs étrangers à notre droit criminel interne. Bien que notre conception d’un droit criminel équitable soit importante en ce qui a trait au processus d’extradition, elle est nécessairement tempérée par d’autres facteurs.

Fait le plus important, bien qu’il soit fondé sur la manière de concevoir ce qui est fondamentalement juste, notre processus d’extradition doit tenir compte des différences entre notre système de justice pénale et les systèmes en vigueur dans les autres États qui

were to insist on strict conformity with our own system, there would be virtually no state in the world with which we could reciprocate. Canada, unable to obtain extradition of persons who commit crimes here and flee elsewhere, would be the loser. For this reason, we require a limited but not absolute degree of similarity between our laws and those of the reciprocating state. We will not extradite for acts which are not offences in this country. We sign treaties only with states which can assure us that their systems of criminal justice are fair and offer sufficient procedural protections to accused persons. We permit our Minister to demand assurances relating to penalties where the Minister considers such a demand appropriate. But beyond these basic conditions precedent of reciprocity, much diversity is, of necessity, tolerated.

Thus this Court, *per* La Forest J., recognized in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 522-23, that our extradition process does not require conformity with Canadian norms and standards. The foreign judicial system will not necessarily be considered fundamentally unjust because it operates without, for example, the presumption of innocence and other legal safeguards we demand in our own system of criminal justice.

For the same reasons, this Court has emphasized that we must avoid extraterritorial application of the guarantees in our *Charter* under the guise of ruling extradition procedures unconstitutional. As La Forest J. put it in *Schmidt*, at p. 518, "the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted."

These considerations affect the applicability of the *Charter* in these cases and the determination of whether our extradition law offends the fundamental principles of justice which the *Charter* enshrines. It is to these issues that I now turn.

pratiquent la réciprocité. Simplement, si nous devons insister sur le strict respect de notre propre système, il n'y aurait à toutes fins pratiques aucun État avec lequel nous pourrions entretenir des liens de réciprocité. Incapable d'obtenir l'extradition de personnes qui ont commis des crimes ici et qui se sont enfuies ailleurs, le Canada serait le perdant. Pour ce motif, nous exigeons un degré de similarité limité mais non absolu entre nos lois et celles de l'État qui entretient des rapports de réciprocité. Il n'y aura pas d'extradition pour des actes qui ne constituent pas des infractions dans notre pays. Nous ne signons des traités qu'avec les États qui peuvent nous assurer que leur système de justice pénale est équitable et offre aux accusés des protections suffisantes en matière de procédure. Nous permettons à notre ministre de demander des garanties qui se rapportent aux peines lorsque celui-ci est d'avis qu'il convient de faire une telle demande. Toutefois, à part ces conditions fondamentales à la réciprocité, il est nécessaire de tolérer une grande diversité.

Ainsi, notre Cour, par l'entremise du juge La Forest, a reconnu dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pp. 522 et 523, que notre processus en matière d'extradition n'exige pas le respect des normes canadiennes. Le système judiciaire étranger ne sera pas nécessairement considéré comme foncièrement injuste parce que, par exemple, il n'applique pas la présomption d'innocence ni d'autres garanties juridiques que nous exigeons dans notre propre système de justice pénale.

Pour les mêmes motifs, notre Cour a souligné que nous devons éviter d'appliquer dans un pays étranger les garanties que confère notre *Charte* sous le couvert de décisions qui déclarent inconstitutionnelles des procédures en matière d'extradition. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *Schmidt*, à la p. 518, «on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.»

Ces considérations ont un effet sur l'application de la *Charte* relativement aux affaires dont nous sommes saisis et sur la décision quant à savoir si notre droit en matière d'extradition porte atteinte aux principes de justice fondamentale qui sont consacrés dans la *Charte*. J'examine maintenant ces questions.

## II. Which Sections of the Charter Apply?

The *Charter* clearly applies to extradition matters, including the executive decision of the Minister that effects the fugitive's surrender: *Schmidt, supra*; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, and *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564.

The narrower question is what provisions of the *Charter* apply to extradition proceedings—s. 12, s. 7, or both?

In my view, the guarantee against cruel and unusual punishment found in s. 12 of the *Charter* does not apply to s. 25 of the *Extradition Act* or to ministerial acts done pursuant to s. 25. The *Charter's* reach is confined to the legislative and executive acts of Canadian governments. The question then is whether the decision to surrender a fugitive under s. 25 can constitute the imposition of cruel and unusual punishment by a Canadian government. In my view, it cannot. Neither s. 25 nor orders made under it impose or authorize punishment. The purpose and effect of the provision is to permit the fugitive to be extradited to face the consequences of the judicial process elsewhere. Any punishment which is imposed will be the result of laws and actions in that jurisdiction.

The fact that the Minister may seek assurances that the death penalty will not be demanded or enforced in the foreign jurisdiction does not change this situation. The punishment, if any, to which the fugitive is ultimately subject will be punishment imposed, not by the Government of Canada, but by the foreign state. To put it another way, the effect of any Canadian law or government act is too remote from the possible imposition of the penalty complained of to attract the attention of s. 12. To apply s. 12 directly to the act of surrender to a foreign country where a particular penalty may be imposed, is to overshoot the purpose of the guarantee and to cast the net of the *Charter* broadly in extraterritorial waters. Effective relations between different states require that we respect the differences of our neighbors and that we refrain from imposing our constitutional guarantees on other states under the guise of refusing to assist

## II. Les articles de la Charte qui s'appliquent

De toute évidence, la *Charte* s'applique en matière d'extradition y compris à la décision de l'exécutif prise par le ministre qui a un effet sur la remise du fugitif: *Schmidt*, précité; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, et *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564.

La question plus précise est de savoir quelles dispositions de la *Charte* s'appliquent aux procédures d'extradition — l'art. 12, l'art. 7 ou les deux?

À mon avis, la garantie contre tous traitements ou peines cruels et inusités que prévoit l'art. 12 de la *Charte* ne s'applique pas à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* ou à l'égard des actes du ministre accomplis en application de cet article. La portée de la *Charte* se limite aux actes législatifs et exécutifs des gouvernements canadiens. La question est alors de savoir si la décision de livrer un fugitif aux termes de l'art. 25, peut constituer l'application d'une peine cruelle et inusitée par un gouvernement canadien. À mon avis, ce n'est pas le cas. Ni l'article 25 ni les arrêtés pris aux termes de celui-ci n'infligent ni n'autorisent de peine. La disposition a pour objet et pour effet de permettre que le fugitif soit extradé pour faire face aux conséquences du processus judiciaire ailleurs. Toute peine qui est infligée résultera de lois et d'actes dans ce ressort.

Le fait que le ministre peut demander des garanties que la peine de mort ne sera pas exigée ou appliquée dans le pays étranger ne change pas cette situation. La peine, le cas échéant, à laquelle le fugitif est en fin de compte assujéti sera infligée non pas par le Gouvernement du Canada mais par l'État étranger. En d'autres termes, l'effet de toute loi canadienne ou de tout acte du gouvernement canadien est trop éloigné de la possibilité que la peine dont on se plaint soit infligée pour entraîner l'application de l'art. 12. Si on applique l'art. 12 directement à l'acte d'extradition dans un pays où une peine en particulier peut être infligée, on outrepassé l'objet de la garantie et d'une manière générale on jette les filets de la *Charte* dans des eaux extraterritoriales. Pour que les différents États aient de bonnes relations entre eux nous devons respecter les différences de nos voisins et nous abstenir d'imposer nos garanties constitutionnelles à



them (and extradition is a form of assistance) unless they conform to our *Charter*.

This Court has in the past refused to apply *Charter* guarantees to defects in proceedings outside the country. In *Schmidt, supra*, the majority, per La Forest J., rejected the argument that s. 11 rights could serve as an independent ground of *Charter* review, since the fugitive had not been charged with a crime in Canada. La Forest J. examined the opening words of s. 11, which grant the various rights contained within it to “[a]ny person charged with an offence”. In his view, the rights under s. 11 apply only to criminal proceedings conducted by the governments referred to in s. 32 of the *Charter*, i.e., Parliament and the provincial legislatures. To go beyond this would be to give the section extraterritorial effect: *Schmidt, supra*, at pp. 518-19. See also *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278.

This is not to say that extradition will never attract scrutiny on account of an objectionable procedure or punishment in the requesting country. While s. 12 of the *Charter* may not apply since the acts to which it is directed occur outside Canada, our law of extradition and the Minister’s acts pursuant to that law do fall under the *Charter* and the general guarantees found in s. 7. They must meet the requirements of s. 7 of the *Charter* that no one be deprived of his or her life, liberty or security of person except in accordance with the fundamental principles of justice. Section 12 may affect the interpretation of s. 7: *Schmidt, supra*, at p. 522; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 176. But s. 12 is not the only factor to be considered in determining the constitutionality of an extradition procedure. Just as the extradition process involves considerations which go beyond our internal criminal law, so must an assessment of its fundamental fairness take account of those factors.

d’autres États sous le couvert d’un refus de les aider (et l’extradition est une forme d’aide) à moins qu’ils ne se conforment à notre *Charte*.

Notre Cour a, dans le passé, refusé d’appliquer les garanties de la *Charte* à des défauts dans les procédures de pays étrangers. Dans l’arrêt *Schmidt*, précité, le juge La Forest, au nom de la majorité, a rejeté l’argument selon lequel les droits que confère l’art. 11 pourraient servir de moyen indépendant sur lequel fonder un examen en vertu de la *Charte* étant donné que le fugitif n’avait été accusé d’aucun crime au Canada. Le juge La Forest a examiné le début de l’art. 11 qui confère les divers droits qu’il contient à «[t]out inculpé». À son avis, les droits que confère l’art. 11 ne s’appliquent qu’à des procédures criminelles menées par les gouvernements visés à l’art. 32 de la *Charte*, c’est-à-dire le Parlement et les législatures des provinces. Toute autre interprétation accorderait à l’article un effet extraterritorial: *Schmidt*, précité, aux pp. 518 et 519. Voir également *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278.

Cela ne veut pas dire que l’extradition n’entraînera jamais d’examen en raison d’une procédure ou d’une peine inadmissible dans l’État requérant. Bien qu’il soit possible que l’art. 12 de la *Charte* ne s’applique pas étant donné que les actes qu’il vise se produisent à l’extérieur du Canada, nos textes législatifs en matière d’extradition et les actes du ministre accomplis en application de ces textes relèvent de la *Charte* et des garanties générales qui se trouvent à l’art. 7. Ils doivent satisfaire aux exigences de l’art. 7 de la *Charte* selon lesquelles il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. L’article 12 peut avoir un effet sur l’interprétation de l’art. 7: *Schmidt*, précité, à la p. 522; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 176. Toutefois, l’art. 12 n’est pas le seul facteur à examiner pour déterminer la constitutionnalité d’une procédure d’extradition. Puisque le processus d’extradition comporte des considérations qui dépassent notre droit criminel interne, une évaluation de son équité fondamentale doit tenir compte de ces facteurs.

### III. Does Section 25 of the Extradition Act Violate the Charter?

#### A. The Test Under Section 7

To ascertain the applicable principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, we must look to the basic tenets of our judicial system and the system under scrutiny—in this case our extradition system: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. This may involve us in historic and comparative inquiries: *Beare, supra*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512. It necessarily involves us in a consideration of the purposes of the provision or act under scrutiny: *Beare, supra*.

In assessing whether there has been a violation of the principles of fundamental justice, a contextual approach which takes into account the nature of the decision to be made must be adopted. In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, La Forest J. states that:

Some pragmatism is involved in balancing between fairness and efficiency. The provinces must be given room to make choices regarding the type of administrative structure that will suit their needs unless the use of such structure is in itself so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

In a similar vein, Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, stressed at pp. 895-96 that:

... the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided.

Thus the Court in defining the principles of fundamental justice relevant to the extradition draws upon the principles and policies underlying extradition law and procedure. Is the impugned provision consistent with extradition practices, viewed historically and in

### III. L'article 25 de la Loi sur l'extradition viole-t-il la Charte?

#### A. Le critère de l'art. 7

Pour vérifier les principes de justice fondamentale applicables aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, nous devons examiner les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire et du système qui fait l'objet d'un examen — en l'espèce notre système en matière d'extradition: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Cela peut nous amener à faire des examens historiques et comparatifs: *Beare*, précité; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, et entraîne nécessairement l'étude des objets de la disposition ou de la loi visée: *Beare*, précité.

Pour évaluer s'il y a eu violation des principes de justice fondamentale, il faut adopter une démarche contextuelle qui tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue. Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest dit:

Un certain pragmatisme entre en jeu dans l'équilibrage de l'équité et de l'efficacité. Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, le juge Sopinka dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, a souligné à la p. 896:

... les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher.

Par conséquent, pour définir les principes de justice fondamentale pertinents en matière d'extradition, la Cour se fonde sur les principes et les politiques qui se rapportent au droit et à la procédure en cette matière. La disposition contestée est-elle conforme

the light of current conditions? Does the provision serve the purposes and concerns which lie at the heart of extradition policy? The question is whether, based on these considerations, the power conferred by s. 25 to extradite without imposing a condition which would preclude capital punishment, is consonant with the fundamental conceptions of what is fair and right in Canadian society.

In recognition of the various and complex considerations which necessarily enter into the extradition process, this Court has developed a more cautious approach in the review of executive decisions in the extradition area, holding that judicial scrutiny should not be over-exacting. As the majority in *Schmidt* pointed out, the reviewing court must recognize that extradition involves interests and complexities with which judges may not be well equipped to deal (p. 523). The superior placement of the executive to assess and consider the competing interests involved in particular extradition cases suggests that courts should be especially careful before striking down provisions conferring discretion on the executive. Thus the court must be "extremely circumspect" to avoid undue interference with an area where the executive is well placed to make these sorts of decisions: *Schmidt*, at p. 523. It must, moreover, avoid extraterritorial application of the *Charter*: *Schmidt, supra*.

The test for whether an extradition law or action offends s. 7 of the *Charter* on account of the penalty which may be imposed in the requesting state, is whether the imposition of the penalty by the foreign state "sufficiently shocks" the Canadian conscience: *Schmidt, per La Forest J.*, at p. 522. The fugitive must establish that he or she faces "a situation that is simply unacceptable": *Allard, supra*, at p. 572. Thus the reviewing court must consider the offence for which the penalty may be prescribed, as well as the nature of the justice system in the requesting jurisdic-

aux usages dans le domaine de l'extradition, interprétés sur le plan historique et à la lumière des circonstances actuelles? La disposition répond-elle aux buts et aux préoccupations qui se trouvent au cœur de la politique en matière d'extradition? La question est de savoir si, sur le fondement de ces considérations, le pouvoir conféré par l'art. 25 d'extrader sans imposer de condition qui empêcherait l'application de la peine de mort est conforme aux conceptions fondamentales de justice et d'équité dans la société canadienne.

En reconnaissance des considérations diverses et complexes qui entrent nécessairement dans le processus d'extradition, notre Cour a élaboré une position plus prudente dans l'examen des décisions du pouvoir exécutif dans le domaine de l'extradition, et a jugé que l'examen judiciaire ne devrait pas être trop exigeant. Comme les juges de la majorité l'ont souligné dans l'arrêt *Schmidt*, la cour qui procède à l'examen doit reconnaître que l'extradition fait intervenir des intérêts et des questions complexes dont les juges peuvent ne pas être en mesure de traiter (p. 523). La position supérieure dans laquelle se trouve l'exécutif pour évaluer et examiner les intérêts divergents visés dans certaines affaires en matière d'extradition donne à penser que les tribunaux devraient être particulièrement prudents avant d'annuler des dispositions qui lui confèrent un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, les tribunaux doivent se montrer «extrêmement circonspects» afin d'éviter toute ingérence indue dans un domaine où l'exécutif est bien placé pour prendre ce genre de décisions: *Schmidt*, à la p. 523. En outre, ils doivent éviter toute application de la *Charte* à un État étranger: *Schmidt, précité*.

Le critère servant à déterminer si une loi ou une action en matière d'extradition porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* relativement à la peine qui peut être infligée dans l'État requérant, est de savoir si l'application de la peine par l'État étranger «choque suffisamment» la conscience canadienne: *Schmidt*, le juge La Forest, à la p. 522. Le fugitif doit démontrer qu'il fait face «à une situation qui est simplement inacceptable»: *Allard, précité*, à la p. 572. Ainsi le tribunal qui procède à l'examen doit tenir compte de l'infraction à l'égard de laquelle la peine peut être infligée,

tion and the safeguards and guarantees it affords the fugitive. Other considerations such as comity and security within Canada may also be relevant to the decision to extradite and if so, on what conditions. At the end of the day, the question is whether the provision or action in question offends the Canadian sense of what is fair, right and just, bearing in mind the nature of the offence and the penalty, the foreign justice system and considerations of comity and security, and according due latitude to the Minister to balance the conflicting considerations.

In determining whether, bearing all these factors in mind, the extradition in question is “simply unacceptable”, the judge must avoid imposing his or her own subjective views on the matter, and seek rather to objectively assess the attitudes of Canadians on the issue of whether the fugitive is facing a situation which is shocking and fundamentally unacceptable to our society.

**B. Applying the Section 7 Test to Section 25 of the Extradition Act**

Section 25 of the *Extradition Act* is attacked because it permits the Minister to order the extradition of a fugitive to a state where he or she may, if convicted, face capital punishment. To allow this, it is said, is to offend the principles of fundamental justice.

I do not agree. The question, I reiterate, is not whether the death penalty is constitutional, or even desirable in this country, but whether returning a fugitive to face it in another jurisdiction offends the Canadian sense of what is fair and right. The answer to this question turns on attitudes in this country toward the death penalty, and toward extradition, considered along with other factors such as the need to preserve an effective extradition policy and to deter American criminals fleeing to Canada as a “safe haven”.

The practice of extradition, as has been noted, has deep roots in this country, and the practice *per se* has never been controversial. This reflects a strong belief

ainsi que de la nature du système judiciaire de l'État requérant et des garanties qu'il accorde au fugitif. D'autres facteurs comme la courtoisie et la sécurité au Canada peuvent également être pertinents quant à la décision d'extrader et, le cas échéant, à quelles conditions. En fin de compte, il s'agit de déterminer si la disposition ou l'action en question porte atteinte au sens de ce qui est juste et équitable au Canada, si l'on tient compte de la nature de l'infraction et de la peine, du système judiciaire étranger et des considérations relatives à la courtoisie et à la sécurité, et si l'on accorde toute la latitude voulue au ministre pour prendre en compte les arguments contraires.

Pour déterminer si, en tenant compte de tous ces facteurs, l'extradition en question est «simplement inacceptable», le juge doit éviter d'imposer ses opinions subjectives sur ce sujet et chercher plutôt à évaluer de façon objective les attitudes des Canadiens sur la question de savoir si le fugitif fait face à une situation qui est choquante et fondamentalement inacceptable pour notre société.

**B. Application du critère de l'art. 7 à l'art. 25 de la Loi sur l'extradition**

L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* est contesté parce qu'il permet au ministre d'ordonner l'extradition d'un fugitif dans un État où il est passible de la peine de mort s'il est déclaré coupable. On soutient que permettre une telle situation porte atteinte aux principes de justice fondamentale.

Je ne suis pas d'accord. Je souligne encore une fois que la question n'est pas de savoir si la peine de mort est constitutionnelle, ou même souhaitable dans notre pays, mais si l'extradition d'un fugitif qui en est passible dans un autre État porte atteinte au sens de ce qui est juste et équitable au Canada. La réponse à cette question repose sur les attitudes dans notre pays à l'égard de la peine de mort et de l'extradition, compte tenu d'autres facteurs comme la nécessité de garantir une politique efficace en matière d'extradition et de dissuader les criminels américains de s'enfuir au Canada pour y trouver un «refuge sûr».

Comme je l'ai déjà mentionné, l'usage de l'extradition a des racines profondes dans notre pays et, en soi, il n'a jamais été controversé. Cela découle du fait

that crime must not go unpunished. Fairness requires that alleged criminals be brought to justice and extradition is the normal means by which this is achieved when the offence was committed in a foreign jurisdiction.

When an accused person is to be tried in Canada there will be no conflict between our desire to see an accused face justice, and our desire that the justice he or she faces conforms to the most exacting standards which have emerged from our judicial system. However, when a fugitive must face trial in a foreign jurisdiction if he or she is to face trial at all, the two desires may come into conflict. In some cases the social consensus may clearly favour one of these values above the other, and the resolution of the conflict will be straightforward. This would be the case if, for instance, the fugitive faced torture on return to his or her home country. In many cases, though, neither value will be able to claim absolute priority; rather, one will serve to temper the other. There may be less unfairness in requiring an accused to face a judicial process which may be less than perfect according to our standards, than in having him or her escape the judicial process entirely.

For this reason, in considering the attitude of Canadians toward the death penalty we must consider not only whether Canadians consider it unacceptable, but whether they consider it to be so absolutely unacceptable that it is better that a fugitive not face justice at all rather than face the death penalty.

With this in mind I turn to consider Canadian attitudes to the death penalty. Much has been said and written in this country on the death penalty. While it is difficult to generalize about a subject so controverted, this much can be ventured. There is no clear consensus in this country that capital punishment is morally abhorrent and absolutely unacceptable.

Capital punishment was a component of Canadian criminal law from this country's colonial beginnings until it was abolished by Parliament in 1976. For most of that period the penalty was accepted with little question, although executions became increas-

que l'on croit fermement que le crime ne doit pas rester impuni. L'équité exige que les prétendus criminels soient traduits en justice, et l'extradition est le moyen d'y parvenir lorsque l'infraction a été commise à l'étranger.

Lorsqu'un accusé doit être jugé au Canada il n'y a pas de conflit entre notre désir de voir un accusé traduit en justice et celui que la justice à laquelle il sera soumis soit conforme aux normes les plus sévères émanant de notre système judiciaire. Cependant, lorsqu'un fugitif doit subir son procès dans un ressort étranger, si procès il y a, il peut y avoir contradiction entre ces deux souhaits. Dans certains cas, le consensus social peut nettement favoriser l'une de ces valeurs plutôt que l'autre, et la solution du conflit sera alors facile. Ce serait le cas, par exemple, si le fugitif risque la torture s'il est retourné dans son pays. Dans de nombreux cas, toutefois, il sera impossible d'accorder la priorité absolue à l'une ou l'autre de ces valeurs; chacune servant plutôt à tempérer l'autre. Il est peut-être moins inéquitable d'exiger qu'un accusé soit soumis à un processus judiciaire qui n'est pas parfait selon nos normes que de faire en sorte qu'il y soit totalement soustrait.

Pour ce motif, lorsque nous étudions l'attitude des Canadiens à l'égard de la peine de mort, nous devons tenter de déterminer non seulement s'ils la jugent inacceptable, mais aussi s'ils jugent qu'elle est si totalement inacceptable qu'il est préférable qu'un fugitif ne soit pas traduit en justice s'il risque la peine de mort.

Compte tenu de ce qui précède, j'examinerai maintenant l'attitude des Canadiens à l'égard de la peine capitale. Il y a eu beaucoup de commentaires à ce sujet dans notre pays. Bien qu'il soit difficile de généraliser à l'égard d'un sujet aussi controversé, on peut se permettre de dire qu'aucun consensus ne se dégage clairement dans notre pays quant à savoir si la peine de mort est moralement répréhensible et absolument inacceptable.

La peine capitale a fait partie du droit criminel canadien depuis les débuts coloniaux du pays jusqu'à son abolition par le Parlement en 1976. Pendant la majeure partie de cette période, la peine a été acceptée sans beaucoup de contestation, même si les exé-

ingly rare in the latter years of its existence in Canada. The last execution in Canada was in 1962. Yet, while the death penalty has been formally abolished in this country, its possible return continues to be debated. In 1987, in response to persistent calls to bring back the death penalty, Members of Parliament conducted a free vote on a resolution to reinstate capital punishment. The result was a defeat of the motion, but the vote—148 to 127—fell far short of reflecting a broad consensus even among Parliamentarians.

To this day, capital punishment continues to apply to certain military offences. At the same time, public opinion polls continue to show considerable support among Canadians for the return of the death penalty for certain offences. Can it be said, in light of such indications as these, that the possibility that a fugitive might face the death penalty in California or Pennsylvania “shocks” the Canadian conscience or leads Canadians to conclude that the situation the fugitive faces is “simply unacceptable”? The case is far from plain.

When other considerations are brought into the picture, the matter becomes even less clear. In some cases, the unconditional surrender of a fugitive to face the death penalty may “sufficiently shock” the national conscience as to render it mandatory that the Minister seek an assurance that the penalty will not be imposed. But in other cases, this may not be so. These instances provide an example. Both fugitives are sought for crimes involving brutal, and in the case of Ng, multiple, murders. In both Pennsylvania and California the legal system is the product of democratic government, and includes the substantial protections of a constitutional rights document which dates back over two centuries. The variance between cases supports legislation which accords to the Minister a measure of discretion on the question of whether an assurance that the death penalty will not be imposed should be demanded.

The importance of maintaining effective extradition arrangements with other countries in a world where law enforcement is increasingly international

cutions sont devenues de plus en plus rares dans les dernières années de son existence au Canada. La dernière exécution au Canada remonte à 1962. Toutefois, bien que la peine de mort ait été officiellement abolie dans notre pays, on continue à discuter de la possibilité de son rétablissement. En 1987, en réponse aux demandes persistantes de rétablissement de la peine de mort, les députés ont tenu un vote libre sur une résolution à ce sujet. La motion a finalement été battue, mais le résultat du vote — 148 à 127 — est loin d’avoir fait ressortir un large consensus même parmi les parlementaires.

Jusqu’à présent, la peine capitale continue de s’appliquer à certaines infractions militaires. Par ailleurs, les sondages continuent à démontrer un appui considérable parmi les Canadiens pour le rétablissement de la peine de mort dans le cas de certaines infractions. Peut-on dire, à la lumière de ces indications, que la possibilité qu’un fugitif soit passible de la peine de mort en Californie ou en Pennsylvanie «choque» la conscience des Canadiens ou les amène à conclure que la situation à laquelle fait face le fugitif est «simplement inacceptable»? C’est loin d’être évident.

Lorsque d’autres facteurs entrent en ligne de compte, la question devient encore moins claire. Dans certains cas, la remise sans condition d’un fugitif passible de la peine de mort peut «choquer suffisamment» la conscience nationale pour obliger le ministre à demander une garantie que la peine ne sera pas infligée. Toutefois dans d’autres cas, la situation peut être différente. Les affaires qui nous occupent en sont un exemple. Les deux fugitifs sont recherchés pour des crimes comportant des meurtres brutaux et, dans le cas de Ng, multiples. En Pennsylvanie et en Californie le système juridique a été établi par un gouvernement démocratique et comprend des protections importantes conférées par un document prévoyant des droits constitutionnels qui a plus de deux siècles. La diversité des affaires vient appuyer la mesure législative qui accorde au ministre une certaine latitude pour déterminer s’il y a lieu de demander une garantie que la peine de mort ne sera pas infligée.

L’importance de conserver des accords efficaces en matière d’extradition avec d’autres pays dans un monde où l’application du droit a une portée de plus

in scope, likewise supports the ministerial discretion found in s. 25. As discussed above, an effective extradition process is founded on respect for sovereignty and differences in the judicial systems among various nations. Canada displays confidence in the fairness of the justice systems of other nations by entering into treaties with them. If Canada is to be assured of cooperation when it seeks extradition from states whose laws may not conform exactly to ours, it must be prepared to reciprocate.

Another relevant consideration in determining whether surrender without assurances regarding the death penalty would be a breach of fundamental justice is the danger that if such assurances were mandatory, Canada might become a safe haven for criminals in the United States seeking to avoid the death penalty. This is not a new concern. The facility with which American offenders can flee to Canada has been recognized since the nineteenth century: *Cotroni, supra*, at p. 1490.

It was argued that there was little statistical evidence that criminals routinely cross the border into Canada. On the other hand, there must be few cases indeed where a person facing the death penalty in the United States is able to escape and make his or her way to the border. What is certain is that this is precisely what happened in the two cases before the Court, and that the result endangered Canadians; Ng, arrested in the course of committing a crime here, shot and wounded a security guard. Given our long undefended common border with the United States, it is not unreasonable for the Minister, in deciding whether to seek the assurance that the death penalty will not be imposed, to consider the danger of encouraging other fugitives to do what Ng and Kindler did.

The fugitives, in suggesting that s. 25 should be struck down, in effect urge that the only constitutional law is one which absolutely forbids extradition in the absence of assurances that the death penalty will not be imposed. The foregoing discussion sug-

en plus internationale vient également appuyer le pouvoir discrétionnaire du ministre prévu à l'art. 25. Comme je l'ai mentionné précédemment, un processus d'extradition efficace est fondé sur le respect de la souveraineté et des différences des systèmes judiciaires des diverses nations. Le Canada fait preuve de confiance dans l'équité des systèmes de justice des autres pays en concluant des traités avec eux. S'il veut obtenir de la coopération lorsqu'il demande une extradition à certains États dont les lois peuvent ne pas être exactement conformes aux nôtres, le Canada doit être prêt à faire la même chose en retour.

Une autre considération pertinente pour déterminer si l'extradition sans garantie relativement à la peine de mort constituerait une violation de la justice fondamentale est le danger que si de telles garanties devaient être obligatoires, le Canada pourrait devenir un refuge sûr pour les criminels des États-Unis qui cherchent à éviter la peine de mort. Il ne s'agit pas d'une préoccupation nouvelle. La facilité avec laquelle les contrevenants américains peuvent s'enfuir au Canada est reconnue depuis le XIX<sup>e</sup> siècle: *Cotroni*, précité, à la p. 1490.

On a soutenu qu'il y avait peu d'éléments de preuve statistique selon lesquels des criminels traversent de façon régulière la frontière pour entrer au Canada. Par contre, il doit en fait n'y avoir que de rares cas où une personne passible de la peine de mort aux États-Unis est en mesure de s'évader et de se rendre à la frontière. De toute évidence, c'est ce qui s'est précisément produit dans les deux affaires dont nous sommes saisis, et cela a eu pour effet de mettre en danger la vie de Canadiens; Ng, qui a été arrêté en train de commettre un crime au Canada, a déchargé son arme et blessé un agent de sécurité. À cause de notre longue frontière ouverte et commune avec les États-Unis, il n'est pas déraisonnable que le ministre, pour déterminer s'il doit chercher à obtenir les garanties que la peine de mort ne sera pas infligée, tienne compte du danger d'encourager d'autres fugitifs à faire la même chose que Ng et Kindler.

Lorsque les fugitifs soutiennent que l'art. 25 devrait être annulé, ils sont en fait d'avis que la seule disposition valide sur le plan constitutionnel est celle qui interdit absolument l'extradition en l'absence de garanties que la peine de mort ne sera pas infligée.

gests that such a law might well prove too inflexible to permit the Government of Canada to deal with particular situations in a way which maintains the required comity with other nations, while at the same time going beyond what is required to conform to our fundamental sense of fairness. What is required is a law which permits the Minister, in the particular case before her, to act in a way which preserves the effectiveness of the extradition process, while conforming to the Canadian sense of what is fundamentally just. Section 25 does this; the less flexible alternative proposed by the fugitives would not.

I conclude that the fugitives have not established that the law which permits their extradition without assurances that the death penalty will not be applied in the requesting states offends the fundamental principles of justice enshrined in s. 7 of the *Charter*.

IV. *Did the Minister's Order of Unconditional Extradition Violate the Charter?*

I have concluded that s. 25 of the *Extradition Act* does not violate the *Charter*. The question remains whether the Minister, in the exercise of his discretion under s. 25, violated s. 7 of the *Charter*.

In making this determination, a court must remain sensitive to the dangers of over-zealous interference with the extradition system alluded to in *Canada v. Schmidt*, per La Forest J. These include the need not to compromise the integrity of the judicial process, the proper role of the Minister in assessing the competing considerations bearing on a particular extradition, and the need to ensure that the Court is not, in reality, giving the *Charter* extraterritorial effect. As La Forest J. put it in *Schmidt*, at p. 522:

... I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be

L'analyse qui précède donne à entendre qu'une telle disposition peut ne pas être assez souple pour permettre au Gouvernement du Canada de traiter de situations particulières d'une manière qui conserve la courtoisie requise à l'égard d'autres pays, tout en allant plus loin que ce qui est nécessaire pour se conformer à notre sens fondamental de l'équité. Ce qui est exigé c'est une disposition qui permette au ministre, dans le cas particulier qui lui est présenté, d'agir d'une manière qui assure l'efficacité du processus d'extradition tout en se conformant au sens de ce qui est fondamentalement juste pour les Canadiens. C'est ce que fait l'art. 25; l'autre solution moins souple que proposent les fugitifs n'aurait pas cet effet.

Je conclus que les fugitifs n'ont pas démontré que la disposition qui permet leur extradition sans garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée dans les États requérants porte atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*.

IV. *L'arrêté du ministre portant extradition sans condition viole-t-il la Charte?*

J'ai conclu que l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* ne viole pas la *Charte*. Il reste à déterminer si le ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 25, a porté atteinte à l'art. 7 de la *Charte*.

Pour trancher cette question, la cour doit rester sensible aux dangers d'une trop grande ingérence dans un système d'extradition, que le juge La Forest a mentionnés dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*. Ces dangers comprennent la nécessité de ne pas compromettre l'intégrité du processus judiciaire, le rôle approprié du ministre dans l'évaluation des arguments contradictoires qui portent sur une extradition en particulier et le besoin de s'assurer que la Cour, en fait, n'applique pas la *Charte* à un pays étranger. Le juge La Forest a dit dans l'arrêt *Schmidt*, à la p. 522:

... selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en



subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country.

Given these concerns, judicial interference with decisions of the executive on matters of extradition must be limited. To quote La Forest J. in *Schmidt* (at p. 523) once again:

What has to be determined is whether or not, in the particular circumstances of the case, surrender of a fugitive for a trial offends against the basic demands of justice. In determining that issue, the courts must begin with the notion that the executive must first have determined that the general system for the administration of justice in the foreign country sufficiently corresponds to our concepts of justice to warrant entering into the treaty in the first place, and must have recognized that it too has a duty to ensure that its actions comply with constitutional standards. Blind judicial deference to executive judgment cannot, of course, be expected. The courts have the duty to uphold the Constitution. Nonetheless, this is an area where the executive is likely to be far better informed than the courts, and where the courts must be extremely circumspect so as to avoid interfering unduly in decisions that involve the good faith and honour of this country in its relations with other states. In a word, judicial intervention must be limited to cases of real substance. [Emphasis added.]

In my view, the Minister's decisions in these cases do not violate s. 7. The crimes alleged to have been perpetrated by Ng in the State of California are among the worst imaginable. If the state's contention is correct, these were deliberate, cold-blooded murders of a series of random and innocent victims for no motive other than personal gratification. The crimes of which Kindler stands convicted are also brutal and shocking. The justice systems in California and Pennsylvania are founded on constitutional provisions not dissimilar to ours giving reasonable assurance of a fair trial. This leaves only the fact that at the end of the process, the fugitive may face the death penalty. But, as we have seen, that possibility alone in the context of the extradition system of this country is insufficient to render the decision unconstitutional. On the facts of these cases, where the rea-

fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes.

Étant donné ces préoccupations, l'ingérence judiciaire dans les décisions de l'exécutif sur des questions d'extradition doit être limitée. Il convient de citer encore une fois le juge La Forest dans l'arrêt *Schmidt* (à la p. 523):

La question à trancher est de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'extradition d'un fugitif en vue de son procès va à l'encontre des exigences fondamentales de la justice. Pour répondre à cette question, les tribunaux doivent partir de l'idée que l'exécutif a dû d'abord décider que le système général d'administration de la justice existant dans le pays étranger présentait une correspondance suffisante avec notre conception de la justice pour justifier la conclusion du traité au départ et a dû reconnaître qu'il a lui aussi une obligation de s'assurer de la conformité de ses actes avec les normes constitutionnelles. Bien sûr, on ne peut pas s'attendre que les tribunaux défèrent aveuglément au jugement du pouvoir exécutif. Il incombe aux tribunaux de faire respecter la Constitution. Nous parlons néanmoins d'un domaine dans lequel l'exécutif sera vraisemblablement bien mieux renseigné que les tribunaux et dans lequel ces derniers doivent se montrer extrêmement circonspects afin d'éviter toute ingérence indue dans des décisions où il y va de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec d'autres États. En un mot, l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose réellement. [Je souligne.]

À mon avis, les décisions du ministre dans les affaires qui nous occupent ne violent pas l'art. 7. Les crimes qu'aurait commis Ng dans l'État de Californie sont parmi les pires que l'on puisse imaginer. Si l'allégation de l'État est bien fondée, il s'agissait de meurtres délibérés commis de sang froid contre une série de victimes innocentes choisies au hasard pour aucun autre motif que sa satisfaction personnelle. Les crimes dont Kindler a été déclaré coupable sont également brutaux et choquants. Les systèmes de justice de la Californie et de la Pennsylvanie sont fondés sur des dispositions constitutionnelles qui ne sont pas différentes des nôtres et qui accordent une garantie raisonnable d'un procès équitable. Il reste seulement le fait que, à la fin du processus, le fugitif est passible de la peine de mort. Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, cette seule possibilité dans le con-

sons for extradition are compelling and the procedural guarantees in the reciprocating state high, I am satisfied that the Minister's decision did not infringe the *Charter*.

The Minister's decision to extradite without assurances that the death penalty would not be imposed or carried out is not out of step with the international community. The United Kingdom, for example, has twice extradited fugitives charged with murder to the United States without demanding such assurances. In one case, *Kirkwood v. United Kingdom*, Application No. 10479/83, March 12, 1984, D.R. 37, p. 158, the European Commission of Human Rights approved the extradition in view of the extensive constitutional guarantees and reviews of death row conditions in California. The Commission rejected the argument that it infringed Article 3 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, which provides that "[n]o one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment". In the other case, *Soering*, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, the European Court of Human Rights held that extradition infringed Article 3. The argument focused on the death row phenomenon, Article 2 of the Convention expressly recognizing the death penalty. In *Soering* the Court adverted to the importance of extradition and stated that considerations related to its aims were legitimate factors in determining the existence of a breach under Article 3 (p. 35). The fact that two tribunals reached different views on not dissimilar cases illustrates the complexity of the issue and supports the view that courts should not lightly interfere with executive decisions on extradition matters.

As for the other arguments, it has not been demonstrated that the Minister erred in law or exercised his discretion upon an inadmissible basis in either case. I reject Kindler's submission that he had the right to an

texte du système d'extradition de notre pays est insuffisante pour rendre la décision inconstitutionnelle. Suivant les faits des affaires qui nous occupent dans lesquelles les motifs d'extradition sont impérieux et les garanties en matière de procédure dans l'État qui a des rapports de réciprocité sont grandes, je suis convaincue que la décision du ministre n'a pas violé la *Charte*.

La décision du ministre d'extrader sans garantie que la peine de mort ne serait pas infligée ou appliquée ne va pas à l'encontre des tendances de la collectivité internationale. Par exemple, le Royaume Uni a, à deux reprises, extradé des fugitifs accusés de meurtre aux États-Unis sans exiger de telles garanties. Dans l'arrêt *Kirkwood c. Royaume-Uni*, requête n° 10479/83, 12 mars 1984, D.R. 37, p. 158, la Commission européenne des droits de l'homme a approuvé l'extradition compte tenu des importantes garanties constitutionnelles et des nombreux examens des conditions relatives au couloir de la mort en Californie. Elle a rejeté l'argument selon lequel cette extradition violait l'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, qui prévoit que «[n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». Dans l'autre affaire, *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'extradition violait l'article 3. L'argumentation était axée sur le syndrome du couloir de la mort, l'article 2 de la Convention reconnaissant expressément la peine de mort. Dans l'arrêt *Soering*, la cour a mentionné l'importance de l'extradition et a dit que les considérations relatives à ses objets constituaient des facteurs légitimes pour déterminer l'existence d'une violation aux termes de l'article 3 (p. 35). Le fait que deux tribunaux soient arrivés à des opinions différentes sur des affaires qui ne sont pas différentes illustre la complexité de la question et appuie l'opinion selon laquelle les tribunaux ne devraient pas s'ingérer à la légère dans les décisions de l'exécutif en matière d'extradition.

En ce qui a trait aux autres arguments, il n'a pas été démontré que le ministre a commis une erreur de droit ou exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière inadmissible dans l'une ou l'autre affaire. Je

oral hearing before the Minister. He was afforded that right at the stage of the judicial hearing. No further oral hearing is required at the second stage of the Minister's final decision.

I conclude that it has not been established that the Minister's orders infringe the *Charter* or are otherwise invalid.

### Conclusion

The answer to the first constitutional question is "No". It is unnecessary to answer the second question. There is no basis for interfering with the Minister's decision in either Ng's or Kindler's case. I would dismiss the Kindler appeal and confirm the extradition orders.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA and CORY JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Grey, Casgrain, Montréal.*

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

*Solicitors for the intervener: Cogan & Cogan, Ottawa.*

rejette l'argument de Kindler selon lequel il avait le droit d'être entendu par le ministre. Il a obtenu ce droit à l'étape de l'audience judiciaire. Aucune autre audience n'est nécessaire à la deuxième étape de la décision finale du ministre.

Je conclus qu'il n'a pas été démontré que les arrêtés du ministre portent atteinte à la *Charte* ou qu'ils sont par ailleurs invalides.

### Conclusion

Il convient de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde. Il n'y a aucun fondement pour modifier la décision du ministre dans l'affaire Ng ou Kindler. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Kindler et de confirmer les arrêtés d'extradition.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et CORY sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Grey, Casgrain, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante: Cogan & Cogan, Ottawa.*

**IN THE MATTER OF section 53 of the  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26;**

**AND IN THE MATTER OF a reference by  
the Governor in Council concerning the  
surrender by Canada of the extradition  
fugitive of Charles Chitat Ng to the United  
States of America, as set out in order in  
council P.C. 1990-1082, dated the 7th day of  
June, 1990**

INDEXED AS: REFERENCE RE NG EXTRADITION (CAN.)

File No. 21990.

1991: February 21; 1991: September 26.

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

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Extradition — Surrender of fugitive to  
foreign state — Fugitive charged in U.S. with several  
offences including murder and kidnapping — Minister  
of Justice deciding to extradite fugitive without  
obtaining assurances from U.S. authorities that death  
penalty will not be imposed — Whether Minister's deci-  
sion infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and  
Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes  
s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23,  
s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the  
United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and  
unusual punishment — Extradition — Surrender of fugi-  
tive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with  
several offences including murder and kidnapping —  
Minister of Justice deciding to extradite fugitive without  
obtaining assurances from U.S. authorities that death  
penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Cana-  
dian Charter of Rights and Freedoms applies to extradi-  
tion proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c.  
E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and  
the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3,  
Art. 6.*

**DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi  
sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch.  
S-26;**

**<sup>a</sup> ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi du  
gouverneur en conseil au sujet de la remise  
par le Canada aux États-Unis d'Amérique  
du fugitif Charles Chitat Ng conformément  
<sup>b</sup> au décret C.P. 1990-1082, du 7 juin 1990**

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À L'EXTRADITION DE NG  
(CAN.)

N° du greffe: 21990.

<sup>d</sup> 1991: 21 février; 1991: 26 septembre.

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

<sup>e</sup> RENVOI ADRESSÉ PAR LE GOUVERNEUR EN  
CONSEIL

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un  
État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plu-  
sieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlève-  
ment — Décision du ministre de la Justice d'extrader le  
fugitif sans obtenir des autorités américaines la garan-  
tie que la peine de mort ne sera pas infligée — La déci-  
sion du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte  
canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la  
Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la  
Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch.  
E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et  
les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

<sup>h</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine  
cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif  
à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de  
plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlève-  
ment — Décision du ministre de la Justice d'extrader le  
fugitif sans obtenir des autorités américaines la garan-  
tie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'ar-  
ticle 12 de la Charte canadienne des droits et libertés  
s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur  
l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité  
d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amé-  
rique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

*Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.*

Ng was charged in the State of California with several offences, including twelve counts of murder. If found guilty, he could receive the death penalty. Ng fled to Canada where he was arrested. The extradition judge allowed the U.S.'s application for his extradition and committed him to custody. The Minister of Justice of Canada then ordered his extradition pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* without seeking assurances from the U.S., under Art. 6 of the Extradition Treaty between the two countries, that the death penalty would not be imposed, or if imposed, not carried out. The Governor General in Council, in accordance with s. 53 of the *Supreme Court Act*, later referred two questions to this Court. These questions raised the same issues considered in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

The questions and this Court's answers are:

Question 1: Would the surrender by Canada of an extradition fugitive to the United States of America, to stand trial for wilful or deliberate murder for which the penalty upon conviction may be death, constitute a breach of the fugitive's rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting would answer yes.

Question 2: Did the Minister of Justice, in deciding pursuant to Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, to surrender the fugitive Charles Chitat Ng without seeking assurances from the United States of America that the death penalty would not be imposed on the said

*Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.*

Ng a été accusé dans l'État de la Californie de plusieurs infractions, dont douze chefs d'accusation de meurtre. S'il est déclaré coupable, il est passible de la peine de mort. Ng s'est enfui au Canada où il a été arrêté. Le juge d'extradition a accueilli la demande des États-Unis en vue d'obtenir son extradition et a ordonné l'incarcération de Ng. Le ministre de la Justice du Canada a ensuite ordonné son extradition aux termes de l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* sans chercher à obtenir des États-Unis, en vertu de l'art. 6 du Traité d'extradition entre les deux pays, la garantie que la peine de mort ne serait pas infligée ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée. Le gouverneur général en conseil a, par la suite, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, soumis deux questions à notre Cour. Ces questions ont soulevé les mêmes points que ceux qui ont été examinés dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

Les questions et les réponses de notre Cour sont les suivantes:

Question 1: La remise par le Canada aux États-Unis d'Amérique d'un fugitif, à l'issue des procédures d'extradition, afin qu'il subisse son procès pour meurtre prémédité ou de propos délibéré et pour lequel une condamnation entraîne la peine de mort, constitue-t-elle une violation des droits du fugitif garantis en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents et répondraient par l'affirmative.

Question 2: En décidant conformément à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* (sic) remettre le fugitif Charles Chitat Ng aux autorités américaines sans requérir des États-Unis les garanties que la peine de mort ne sera pas demandée contre le dit Charles Chitat Ng

Charles Chitat Ng or, if imposed, that it would not be executed, commit any of the errors of law and jurisdiction alleged in the Statement of Claim filed in the Federal Court of Canada (Trial Division) by the said Charles Chitat Ng on October 30, 1989, having regard to the said Statement of Claim, the reasons given by the Minister of Justice for the said decision and to any other material which the Court, in its discretion, may receive and consider?

Answer: No. Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting would answer yes.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Followed:** *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

By McLachlin J.

**Followed:** *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

By Sopinka J. (dissenting)

*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

By Cory J. (dissenting)

*Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; Eur. Court H. R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161; *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (1981), *certiorari* denied, 454 U.S. 894 (1981).

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12. *Constitution Act, 1982*.

*Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.

*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

### Authors Cited

Lowe, A. V. and Colin Warbrick. "Extraterritorial Jurisdiction and Extradition" (1987), 36 *Int'l & Comp. L.Q.* 398.

ou, si elle est infligée, qu'elle ne sera pas exécutée, le ministre de la Justice a-t-il commis l'une ou l'autre des erreurs de droit et de juridiction alléguées dans la déclaration déposée par le dit Charles Chitat Ng devant la Cour fédérale du Canada (section de première instance) le 30 octobre 1989, étant donné ladite déclaration, aux raisons données par le ministre de la Justice à l'appui de sa décision et à tout autre document que la Cour voudra bien recevoir et considérer?

Réponse: Non. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents et répondraient par l'affirmative.

### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêt suivi:** *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt suivi:** *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161; *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (1981), *certiorari* refusé, 454 U.S. 894 (1981).

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12. *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

### Doctrine citée

Lowe, A. V. and Colin Warbrick. «Extraterritorial Jurisdiction and Extradition» (1987), 36 *Int'l & Comp. L.Q.* 398.

REFERENCE by the Governor in Council concerning the surrender by Canada of a fugitive to the United States. Both reference questions should be answered in the negative, Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting.

*Don W. MacLeod, for Ng.*

*Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and Graham Garton, Q.C., for the Attorney General of Canada.*

*David Matas and Emilio S. Binavince, for Amnesty International.*

*Brian A. Crane, Q.C., for the State of California.*

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This reference was heard at the same time as the appeal in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and raises the same issues.

For the reasons which I gave in *Kindler*, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, it is inconsistent with s. 7 of the *Charter*.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Section 25 of the *Extradition Act* is not a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

RENOVI adressé par le gouverneur en conseil au sujet de la remise par le Canada aux États-Unis d'un fugitif. Les deux questions du renvoi reçoivent une réponse négative, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents.

*Don W. MacLeod, pour Ng.*

*Douglas J. A. Rutherford, c.r., et Graham Garton, c.r., pour le procureur général du Canada.*

*David Matas et Emilio S. Binavince, pour Amnesty Internationale.*

*Brian A. Crane, c.r., pour l'État de la Californie.*

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent renvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et soulève les mêmes questions.

Pour les motifs que j'ai donnés dans *Kindler*, je répondrais de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

Réponse: Oui, il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* n'est pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

I would answer the reference questions in the affirmative.

The reasons of Lamer C.J. and Cory J. were delivered by

CORY J. (dissenting)—The following questions were referred to the Court on June 7, 1990:

1. Would the surrender by Canada of an extradition fugitive to the United States of America, to stand trial for wilful or deliberate murder for which the penalty upon conviction may be death, constitute a breach of the fugitive's rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Did the Minister of Justice, in deciding pursuant to Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, to surrender the fugitive Charles Chitat Ng without seeking assurances from the United States of America that the death penalty would not be imposed on the said Charles Chitat Ng or, if imposed, that it would not be executed, commit any of the errors of law and jurisdiction alleged in the Statement of Claim filed in the Federal Court of Canada (Trial Division) by the said Charles Chitat Ng on October 30, 1989, having regard to the said Statement of Claim, the reasons given by the Minister of Justice for the said decision and to any other material which the Court, in its discretion, may receive and consider?

As a result of this referral, two constitutional questions were stated on August 24, 1990:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Je répondrais par l'affirmative aux questions soulevées dans le renvoi.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Les questions suivantes ont été posées à la Cour le 7 juin 1990:

1. La remise par le Canada aux États-Unis d'Amérique d'un fugitif, à l'issue des procédures d'extradition, afin qu'il subisse son procès pour meurtre prémédité ou de propos délibéré et pour lequel une condamnation entraîne la peine de mort, constitue-t-elle une violation des droits du fugitif garantis en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. En décidant conformément à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* (*sic*) remettre le fugitif Charles Chitat Ng aux autorités américaines sans requérir des États-Unis les garanties que la peine de mort ne sera pas demandée contre le dit Charles Chitat Ng ou, si elle est infligée, qu'elle ne sera pas exécutée, le ministre de la Justice a-t-il commis l'une ou l'autre des erreurs de droit et de juridiction alléguées dans la déclaration déposée par le dit Charles Chitat Ng devant la Cour fédérale du Canada (section de première instance) le 30 octobre 1989, étant donné ladite déclaration, aux raisons données par le ministre de la Justice à l'appui de sa décision et à tout autre document que la Cour voudra bien recevoir et considérer?

Par suite de ce renvoi, deux questions constitutionnelles ont été formulées le 24 août 1990:

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?



I — Factual Background

Ng had fled from California and come to Calgary where his sister lived. On July 6, 1985, he was caught shoplifting in that city. Two security guards at the store apprehended him. Ng resisted and shot one of the guards in the finger. He was then subdued and handcuffed. At the time he was carrying a rucksack containing a mask, a knife, a rope, cyanide capsules, a gun and extra ammunition.

The United States sought to extradite Ng on counts of murder, kidnapping, conspiracy to murder, accessory after a murder, conspiracy to kidnap and burglary. He was committed for hearing pursuant to a warrant of apprehension granted on November 17, 1987. The hearing itself was held in October 1988. Most of it was conducted *in camera* in order to preserve Ng's rights under the law of California.

At the conclusion of the hearing on November 29, 1988, Trussler J. committed Ng on twelve counts of murder, two counts of conspiracy to commit murder, one count of attempted murder, three counts of kidnapping and one count of burglary: (1988), 93 A.R. 204. The twelve counts of murder and the two counts of conspiracy to commit murder could, upon conviction, under the law of California, result in the death sentence being imposed.

On February 2, 1989 a *habeas corpus* application was heard and dismissed. The dismissal was upheld by the Alberta Court of Appeal (1989), 97 A.R. 241 and leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused, [1989] 2 S.C.R. ix.

Representations were then made to the then Minister of Justice, the Honourable Douglas Lewis, requesting him to obtain assurances pursuant to Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, that Ng would not be sentenced to death or if he were that the sentence would not be carried out.

I — Les faits

Ng s'est enfui de la Californie et est venu à Calgary où habitait sa sœur. Le 6 juillet 1985, il a été arrêté par deux gardiens de sécurité en train de commettre un vol à l'étalage dans cette ville. Ng a résisté et a tiré en direction de l'un des gardiens et l'a atteint au doigt. Il a ensuite été maîtrisé et on lui a passé les menottes. À ce moment-là, il portait un sac à dos qui contenait un masque, un couteau, une corde, des capsules de cyanure, une arme à feu et des munitions.

Les États-Unis ont demandé l'extradition de Ng en vertu de chefs d'accusation de meurtre, d'enlèvement, de complot en vue de commettre un meurtre, de complicité de meurtre après le fait, de complot en vue de commettre un enlèvement et de cambriolage. Il a été cité à procès aux termes d'un mandat d'arrestation délivré le 17 novembre 1987. L'audience a été tenue en octobre 1988. La majeure partie de celle-ci s'est déroulée à huis clos afin de garantir les droits conférés à Ng par la loi de la Californie.

À la fin de l'audience le 29 novembre 1988, le juge Trussler a renvoyé Ng à son procès relativement à douze chefs d'accusation de meurtre, deux de complot en vue de commettre un meurtre, un de tentative de meurtre, trois d'enlèvement et un de cambriolage: (1988), 93 A.R. 204. Les douze chefs d'accusation de meurtre et les deux de complot en vue de commettre un meurtre pouvaient, sur déclaration de culpabilité, entraîner la peine de mort, aux termes de la loi de la Californie.

Le 2 février 1989, une demande d'*habeas corpus* a été entendue et rejetée. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé le rejet (1989), 97 A.R. 241, et la demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée, [1989] 2 R.C.S. ix.

Des arguments ont été présentés au ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Douglas Lewis, afin qu'il obtienne des garanties aux termes de l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, selon lesquelles la peine de mort ne serait pas infligée contre Ng ou, si elle l'était, ne serait pas appliquée.

On October 26, 1989, the Minister of Justice, after considering these representations, informed Ng's counsel that Canada would not seek the requested assurances from the United States. In his letter, the Minister expressed the opinion that Article 6 assurances should only be sought in special circumstances and that those special circumstances did not exist in this case. Further he said that neither capital punishment nor "death row phenomenon" constitutes cruel and unusual treatment or punishment. Finally, he stated that as a matter of public policy, Canada should not become a safe haven for those accused of murder in the United States.

One additional factual aspect must be mentioned. During argument much was made of a line drawing. It was said that the drawing indicates that persons in the position of Ng might make a conscious decision to come to Canada to avoid the death penalty in California. I cannot accept that submission. It is highly questionable whether the drawing indicates a conscious effort to avoid the death penalty any more than it reflects contemplation of incarceration. In any event, the only American known to have been convicted and fled to Canada is Kindler, the appellant in the companion case to this one. The only American facing charges of murder in the United States who is known to have fled to Canada is Ng.

## II — Disposition

Both the reference questions and the constitutional questions raise the same issues considered in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779. I would, therefore, answer these questions in accordance with my reasons in *Kindler*. It may be helpful to set out the summary given toward the end of those reasons. It reads (at pp. 828-29):

Capital punishment for murder is prohibited in Canada. Section 12 of the *Charter* provides that no one is to be subjected to cruel and unusual punishment. The death penalty is *per se* a cruel and unusual punishment. It is the ultimate denial of human dignity. No individual can be subjected to it in Canada. The decision of the Minister to surrender a fugitive who may be subject to execution without obtaining an assurance pursuant to

Le 26 octobre 1989, le ministre de la Justice, après avoir examiné ces arguments, a informé l'avocat de Ng que le Canada ne demanderait pas aux États-Unis les garanties requises. Dans sa lettre, le ministre a exprimé l'opinion que les garanties de l'article 6 ne devraient être demandées que dans des circonstances spéciales et que ce n'était pas le cas en l'espèce. De plus, il a dit que ni la peine de mort ni le «syndrome du couloir de la mort» ne constituent des traitements ou des peines cruels et inusités. Enfin, il a dit que, question d'intérêt public, le Canada ne devrait pas devenir un refuge sûr pour ceux qui sont accusés de meurtre aux États-Unis.

Il convient de mentionner un fait supplémentaire. Au cours de l'argumentation on a accordé beaucoup d'importance à un dessin. On a dit que le dessin indiquait que les personnes dans la situation de Ng pouvaient prendre consciemment la décision de venir au Canada pour éviter la peine de mort en Californie. Je ne peux souscrire à cet argument. Il est hautement contestable de savoir si le dessin indique plus un effort conscient d'éviter la peine de mort qu'il ne reflète la perspective de l'emprisonnement. De toute façon, le seul Américain connu qui a été déclaré coupable et qui s'est enfui au Canada est Kindler, l'appellant dans le pourvoi connexe à l'espèce. Le seul Américain accusé de meurtre aux États-Unis qui, à notre connaissance, s'est enfui au Canada est Ng.

## II — Dispositif

Les questions du renvoi et les questions constitutionnelles soulèvent les mêmes points que ceux qui ont été examinés dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Par conséquent, je suis d'avis de répondre à ces questions en conformité avec mes motifs dans l'arrêt *Kindler*. Par souci de commodité, il convient d'énoncer le résumé qui se trouve vers la fin de ces motifs. En voici le texte (aux pp. 828 et 829):

Au Canada, il est interdit de condamner un meurtrier à la peine capitale. L'article 12 de la *Charte* prévoit que nul ne doit être soumis à une peine cruelle et inusitée. Or, la peine de mort est en soi une peine cruelle et inusitée. C'est la dénégation ultime de la dignité humaine. Nul ne peut y être assujéti au Canada. La décision du ministre de livrer un fugitif qui risque d'être exécuté, sans obtenir une garantie en vertu de l'article 6, peut

Article 6 is one which can be reviewed under s. 12 of the *Charter*. It follows that the Minister must not surrender Kindler without obtaining the undertaking described in Article 6 of the Treaty. To do so would render s. 25 of the *Extradition Act* inconsistent with the *Charter* in its application to fugitives who would be subject to the death penalty.

This conclusion is based upon the historical reluctance displayed by jurors over the centuries to impose the death penalty; the provisions of s. 12 of the *Charter*; the decisions of this Court pertaining to that section; the pronouncements of this Court emphasizing the fundamental importance of human dignity; and the international statements and commitments made by Canada stressing the importance of the dignity of the individual and urging the abolition of the death penalty.

The *Charter*, the judicial pronouncements upon it and the international statements and commitments made by Canada reflect Canadian principles. The preservation of Canada's integrity and reputation in the international community require that extradition be refused unless an undertaking is obtained pursuant to Article 6. To take this position does not constitute an absolute refusal to extradite. It simply requires the requesting state to undertake that it will substitute a penalty of life imprisonment for the execution of the prisoner if that prisoner is found to be guilty of the crime.

In the absence of obtaining an Article 6 assurance, the surrender order would contravene s. 12 of the *Charter* and could not be justified under s. 1.

I would emphasize that these conclusions do not mean that Ng ought not to be extradited to the United States on the murder and conspiracy to commit murder charges. Far from it, Ng should be surrendered pursuant to the Minister's order as soon as the Article 6 assurances have been received. The United States has shown itself to be both willing to give such assurances (for example, as a result of the *Soering* case, Eur. Court H. R., judgment of 7 July 1989, Series A No. 161) and to request such assurances in other cases. (See A. V. Lowe and C. Warbrick, "Extraterritorial Jurisdiction and Extradition" (1987), 36 *Int'l & Comp. L.Q.* 398, at p. 409, n. 34, discussing *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981), *certiorari* denied 454 U.S. 894 (1981).) It is, therefore, not

être examinée en vertu de l'art. 12 de la *Charte*. Par conséquent, le ministre ne doit pas livrer Kindler sans obtenir la garantie décrite à l'article 6 du Traité. S'il le faisait, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* serait incompatible avec la *Charte* lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux fugitifs passibles de la peine de mort.

Cette conclusion est fondée sur la réticence que les jurés ont toujours manifestée depuis des siècles à infliger la peine de mort, sur les dispositions de l'art. 12 de la *Charte*, sur les arrêts de notre Cour au sujet de cette disposition, sur les arrêts dans lesquels notre Cour souligne l'importance fondamentale de la dignité humaine ainsi que sur les déclarations et engagements du Canada, sur le plan international, mettant l'accent sur l'importance de la dignité de la personne et prônant l'abolition de la peine de mort.

La *Charte*, les jugements prononcés à ce sujet ainsi que les déclarations et engagements du Canada, sur le plan international, témoignent des principes qui s'appliquent au pays. Pour maintenir l'intégrité et la réputation du Canada dans la collectivité internationale, l'extradition doit être refusée à moins qu'une garantie ne soit obtenue conformément à l'article 6. Prendre cette position ne constitue pas un refus absolu d'extrader une personne. Cela oblige simplement l'État requérant à s'engager à remplacer la condamnation à mort par une peine d'emprisonnement à perpétuité si le détenu est reconnu coupable de l'infraction.

Si ces garanties ne sont pas obtenues, l'arrêté d'extradition irait à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte* et ne pourra pas être justifié en vertu de l'article premier.

Je tiens à souligner que ces conclusions ne signifient pas que Ng ne devrait pas être extradé aux États-Unis relativement aux accusations de meurtre et de complot en vue de commettre un meurtre. Loin de là, Ng devrait être remis conformément à l'arrêté du ministre dès que les garanties prévues par l'article 6 auront été reçues. Les États-Unis ont démontré qu'ils étaient prêts à donner ces garanties (par exemple, par suite de l'affaire *Soering*, Cour eur. D. H., arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161) et à en demander dans d'autres affaires. (Voir A. V. Lowe et C. Warbrick, «Extraterritorial Jurisdiction and Extradition» (1987), 36 *Int'l & Comp. L.Q.* 398, à la p. 409, n. 34, qui discute de l'arrêt *Eain v. Wilkes*, 641 F.2d 504 (7th Cir. 1981), *certiorari* refusé, 454 U.S. 894 (1981).)

unreasonable to assume that the United States will give Article 6 assurances if they are requested. In any event, as conceded by counsel for the fugitive, these reasons do not prevent the surrender of Ng on the attempted murder, kidnapping and burglary offences, none of which is punishable by death.

From the reasons given in *Kindler*, I conclude that the answer to the first constitutional question:

1. Is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, to the extent that it permits the Minister of Justice to order the surrender of a fugitive for a crime for which the fugitive may be or has been sentenced to death in the foreign state without first obtaining assurances from the foreign state that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, will not be executed, inconsistent with ss. 7 or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

is yes it infringes s. 12 of the *Charter*.

The answer to the second constitutional question:

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, a reasonable limit of the rights of a fugitive within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

is no.

Both of the reference questions must be answered in the affirmative.

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

LA FOREST J.—For the reasons stated in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, I would answer both reference questions in the negative. I would answer the first constitutional question in the negative. It is unnecessary to answer the second constitutional question.

Par conséquent, il n'est pas déraisonnable de présumer que les États-Unis donneront les garanties prévues à l'article 6 si on les leur demande. De toute façon, comme l'a admis l'avocat du fugitif, ces motifs n'empêchent pas la remise de Ng relativement aux infractions de tentative de meurtre, d'enlèvement et de cambriolage qui n'entraînent pas la peine de mort.

Compte tenu des motifs donnés dans l'arrêt *Kindler*, je réponds à la première question constitutionnelle de la façon suivante:

1. L'article 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il incompatible avec les art. 7 ou 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise le ministre de la Justice à ordonner la remise d'un fugitif pour un crime à l'égard duquel le fugitif a été ou peut être condamné à mort dans un État étranger, sans obtenir au préalable la garantie de cet État étranger que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée?

Oui, il est incompatible avec l'art. 12 de la *Charte*.

La réponse à la seconde question constitutionnelle est la suivante:

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, est-il une restriction raisonnable des droits d'un fugitif au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

Il faut répondre par l'affirmative aux deux questions soulevées dans le renvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST—Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, je répondrais aux deux questions soulevées dans le renvoi par la négative. Je répondrais par la négative à la première question constitutionnelle. Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

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

MCLACHLIN J.—This case was heard as a companion to the appeal in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and raises the issue of whether the power of the Minister of Justice to extradite a fugitive to a country where he or she may face the death penalty, without first obtaining the assurance that such a penalty will not be imposed, is a violation of s. 7 or s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It also raises the question of whether the decision not to seek such assurance in this case is unconstitutional.

This matter comes to the Court by way of a reference from the Governor in Council. This Court has been asked to hear and consider the following two questions:

1. Would the surrender by Canada of an extradition fugitive to the United States of America, to stand trial for wilful or deliberate murder for which the penalty upon conviction may be death, constitute a breach of the fugitive's rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Did the Minister of Justice, in deciding pursuant to Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, to surrender the fugitive Charles Chitat Ng without seeking assurances from the United States of America that the death penalty would not be imposed on the said Charles Chitat Ng or, if imposed, that it would not be executed, commit any of the errors of law and jurisdiction alleged in the Statement of Claim filed in the Federal Court of Canada (Trial Division) by the said Charles Chitat Ng on October 30, 1989, having regard to the said Statement of Claim, the reasons given by the Minister of Justice for the said decision and to any other material which the Court, in its discretion, may receive and consider?

In my view these questions raise issues identical to those under consideration in the *Kindler* appeal. I have therefore dealt with both cases in the course of deciding that appeal. For the reasons which I have stated in that case, I would answer both reference questions in the negative. I would answer the first

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—La présente affaire a été entendue comme un arrêt connexe de *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Il s'agit de déterminer si le pouvoir du ministre de la Justice d'extrader un fugitif vers un pays où il risque la peine de mort, sans obtenir d'abord la garantie que cette peine ne sera pas infligée, viole l'art. 7 ou l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit également de déterminer si est constitutionnelle la décision de ne pas chercher à obtenir cette garantie dans la présente affaire.

Cette affaire nous a été soumise sous la forme d'un renvoi du gouverneur en conseil, qui nous a demandé d'examiner et de trancher les deux questions suivantes:

1. La remise par le Canada aux États-Unis d'Amérique d'un fugitif, à l'issue des procédures d'extradition, afin qu'il subisse son procès pour meurtre prémédité ou de propos délibéré et pour lequel une condamnation entraîne la peine de mort, constitue-t-elle une violation des droits du fugitif garantis en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. En décidant conformément à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique (sic)* remettre le fugitif Charles Chitat Ng aux autorités américaines sans requérir des États-Unis les garanties que la peine de mort ne sera pas demandée contre le dit Charles Chitat Ng ou, si elle est infligée, qu'elle ne sera pas exécutée, le ministre de la Justice a-t-il commis l'une ou l'autre des erreurs de droit et de juridiction alléguées dans la déclaration déposée par le dit Charles Chitat Ng devant la Cour fédérale du Canada (section de première instance) le 30 octobre 1989, étant donné ladite déclaration, aux raisons données par le ministre de la Justice à l'appui de sa décision et à tout autre document que la Cour voudra bien recevoir et considérer?

Je suis d'avis que les points soulevés par ces questions sont les mêmes que dans le pourvoi *Kindler*. J'ai donc tranché ces deux affaires dans ce pourvoi. Pour les motifs que j'y ai énoncés, je répondrais par la négative aux deux questions soulevées dans le renvoi. Je répondrais par la négative à la première ques-

constitutional question in the negative. It is unnecessary to answer the second constitutional question.

*The questions referred to were answered as follows:*

*Question 1: No. Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting would answer yes.*

*Question 2: No. Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting would answer yes.*

*Solicitors for Ng: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Solicitor for the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for Amnesty International: Cogan & Cogan, Ottawa.*

*Solicitors for the State of California: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

tion constitutionnelle. Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

*Les questions soumises reçoivent les réponses suivantes:*

*Question 1: Non. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents et répondraient par l'affirmative.*

*Question 2: Non. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents et répondraient par l'affirmative.*

*Procureurs de Ng: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Procureur du procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs d'Amnistie Internationale: Cogan & Cogan, Ottawa.*

*Procureurs de l'État de la Californie: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

**David Morley Pearlman** *Appellant*

v.

**The Manitoba Law Society Judicial Committee** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Saskatchewan** *Interveners*

INDEXED AS: PEARLMAN v. MANITOBA LAW SOCIETY JUDICIAL COMMITTEE

File No.: 21671.

1991: May 7; 1991: September 26.

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

*Barristers and solicitors — Discipline — Costs — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Disciplinary proceedings*

**David Morley Pearlman** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Le Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba** *Intimé*

et

<sup>b</sup>

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Saskatchewan** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: PEARLMAN c. COMITÉ JUDICIAIRE DE LA SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA

<sup>d</sup>

N° du greffe: 21671.

1991: 7 mai; 1991: 26 septembre.

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

*Avocats et procureurs — Discipline — Frais — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).*

<sup>h</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).*

<sup>j</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Procédures disciplinaires*

against lawyer — Whether s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies.

The provincial law society took disciplinary proceedings against appellant, a lawyer, on three counts of conduct unbecoming a barrister and solicitor. Under s. 52(4) of the provincial *Law Society Act*, the costs of an investigation into professional misconduct can be awarded against a lawyer if he or she is found guilty by respondent judicial committee. The Court of Queen's Bench dismissed appellant's application for prohibition. It found that there was no laches or unreasonable delay since the society had proceeded with the charges with reasonable dispatch. Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees the right to be tried within a reasonable time, did not apply. Appellant's submission that the proceedings against him were contrary to natural justice and the *Charter* in that the law society had a pecuniary interest in finding him guilty was also rejected. The Court of Appeal, in a majority decision, affirmed the judgment. The constitutional questions before this Court queried whether s. 52(4) of the *Law Society Act* infringes s. 7 of the *Charter*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Even assuming without deciding a deprivation of a s. 7 interest in this case, s. 52(4) of the *Law Society Act* does not contravene the principles of fundamental justice.

In the administrative law context, principles of fundamental justice include the rules of natural justice, which in turn require that the members of the tribunal be impartial and disinterested. Situations where the decision-makers have or are perceived to have a pecuniary interest in the outcome of the hearing before them could place their impartiality in question. The appropriate test is the reasonable apprehension of bias test as formulated in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*.

The self-governing status of the professions, and of the legal profession in particular, was created in the public interest. A large part of effective self-governance depends upon the concept of peer review. If an autonomous law society is to enforce a code of conduct among its members, a power to discipline its members is essential.

contre un avocat — Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

La société du barreau de la province a engagé des procédures disciplinaires à l'endroit de l'appelant, un avocat, relativement à trois chefs d'accusation de conduite répréhensible. Aux termes du par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* de la province, il peut être ordonné à un avocat qui est reconnu coupable par le comité judiciaire intimé de payer les frais engagés relativement à une enquête effectuée au sujet d'une faute professionnelle. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de bref de prohibition présentée par l'appelant. Elle a conclu qu'il n'y avait eu ni manque de diligence ni délai déraisonnable puisque la société avait donné suite aux accusations avec une célérité raisonnable. L'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, a été déclaré inapplicable. A été rejetée également la prétention de l'appelant qui soutenait que les procédures engagées contre lui violaient la justice naturelle et la *Charte* en ce que la société du barreau avait intérêt sur le plan pécuniaire à conclure à sa culpabilité. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement. Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir si le par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Même si on suppose, sans l'affirmer, qu'il a été porté atteinte en l'espèce à un droit garanti par l'art. 7, le par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale.

En droit administratif, les principes de justice fondamentale englobent les règles de la justice naturelle qui, de leur côté, exigent que les membres du tribunal soient impartiaux et objectifs. Des situations où les décideurs ont ou sont perçus comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue de l'affaire dont ils sont saisis pourraient remettre leur impartialité en question. Le critère approprié est celui de la crainte raisonnable de partialité formulé dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*.

C'est dans l'intérêt public que l'on a décidé d'accorder l'autonomie administrative aux diverses professions, et à la profession juridique en particulier. L'efficacité de l'autonomie administrative repose en grande partie sur le concept de l'examen effectué par des pairs. Si une société du barreau autonome veut faire respecter un code de déontologie par ses membres, il est essentiel qu'elle ait le pouvoir d'infliger des sanctions à ses membres.



The impugned costs provision does not create an apprehension of bias in a reasonably well-informed person that would taint the law society's disciplinary proceedings. The costs which stand to be recouped are in no sense "profits" or "gains", but are a direct reimbursement for expenses previously incurred in an investigation. Any pecuniary interest the members of the judicial committee might have is far too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias. There is no personal and distinct interest on their part since costs recouped pursuant to s. 52(4) become the property of the law society as a whole, and in no way accrue to the individual committee members. Finally, even if all the recouped costs were systematically and directly applied so as to reduce bar fees, it would be unreasonable to conclude that this would lead to a likelihood of bias in committee members, since the reduction would amount to a minuscule fraction of the practising fees.

The allegations of unreasonable delay and laches should be dismissed; once aware of appellant's conduct, the society acted with reasonable dispatch. Section 11(b) of the *Charter* does not apply to this case, which involves a disciplinary matter of a regulatory nature that does not have true penal consequences.

#### Cases Cited

**Applied:** *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; **referred to:** *Bateman v. Association of Professional Engineers of Manitoba* (1984), 28 Man. R. (2d) 264; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association* (1986), 71 N.B.R. (2d) 109.

La disposition contestée prévoyant le paiement des frais ne crée pas chez une personne raisonnablement bien renseignée une crainte de partialité qui vicierait les procédures disciplinaires de la société du barreau. Les frais qui risquent d'être recouverts ne sont nullement des «profits» ni des «gains», mais représentent le remboursement direct des dépenses antérieurement engagées au cours d'une enquête. L'intérêt pécuniaire que les membres du comité judiciaire pourraient avoir est vraiment trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité. Ils n'ont aucun intérêt personnel et distinct étant donné que les frais recouverts conformément au par. 52(4) deviennent la propriété de la société du barreau dans son ensemble et ils ne reviennent en aucun cas aux membres du comité. Finalement, même si tous les frais recouverts étaient systématiquement et directement utilisés de manière à réduire le montant des droits d'exercice, il serait absurde de conclure que cela entraînerait une probabilité de partialité de la part des membres du comité puisque la réduction représenterait une fraction minime du montant des droits d'exercice de la profession.

Il faudrait rejeter les allégations de délai déraisonnable et de manque de diligence, car une fois avertie de la conduite de l'appelant, la société a agi avec une célérité raisonnable. L'alinéa 11b) de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce, où il s'agit d'une affaire disciplinaire de nature réglementaire qui n'a pas de véritables conséquences pénales.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; **arrêts mentionnés:** *Bateman v. Association of Professional Engineers of Manitoba* (1984), 28 Man. R. (2d) 264; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association* (1986), 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 109.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b).  
*Law Society Act*, R.S.M. 1987, c. L100, ss. 6-13, 36(a),  
 (n), (o)(xi), (t), 52(1), (4).  
*Rules of the Law Society of Manitoba*, Rules 11(1), (3),  
 (5)(b), 19(13), 22(13)(e).

**Authors Cited**

de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.  
 Evans, J. M. "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.  
 Ontario. Professional Organizations Committee. *The Report of the Professional Organizations Committee*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1980.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 59 Man. R. (2d) 255, [1990] 1 W.W.R. 178, 62 D.L.R. (4th) 681, 48 C.R.R. 342, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (1988), 51 Man. R. (2d) 151, [1988] 3 W.W.R. 277, 49 D.L.R. (4th) 42, dismissing appellant's application for prohibition. Appeal dismissed.

*Sidney Green, Q.C.*, for the appellant.

*Jannine LeMere*, for the respondent.

*Lori R. Sterling*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Donna J. Miller*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*George H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b).  
*Loi sur la Société du Barreau*, L.R.M. 1987, ch. L100,  
 art. 6 à 13, 36a), n), o)(xi), t), 52(1), (4).  
*Règles de la Société du Barreau du Manitoba*, règles  
 11(1), (3), (5)b), 19(13), 22(13)e).

**b Doctrine citée**

de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.  
 Evans, J. M. «The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.  
 Ontario. Professional Organizations Committee. *The Report of the Professional Organizations Committee*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 59 Man. R. (2d) 255, [1990] 1 W.W.R. 178, 62 D.L.R. (4th) 681, 48 C.R.R. 342, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1988), 51 Man. R. (2d) 151, [1988] 3 W.W.R. 277, 49 D.L.R. (4th) 42, rejetant la demande de bref de prohibition présentée par l'appellant. Pourvoi rejeté.

*Sidney Green, c.r.*, pour l'appellant.

*Jannine LeMere*, pour l'intimé.

*Lori R. Sterling*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Donna J. Miller*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Graeme G. Mitchell*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Graeme G. Mitchell*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
a par

IACOBUCCI J.—This appeal primarily concerns the internal disciplinary proceedings of the Law Society of Manitoba, the professional body to which all lawyers in that province belong. More specifically, the appellant, Mr. D. M. Pearlman (“Pearlman”), attacks, in his principal argument, a feature of those proceedings whereby the costs of an investigation into professional misconduct can be awarded against a lawyer if he or she is found guilty by the respondent Judicial Committee of the Law Society. He argues that this provision of the *Law Society Act*, R.S.M. 1987, c. L100, creates a “built-in” apprehension of bias, since those judging the disciplinary hearings will have, or will at least be perceived to have, a pecuniary interest in the outcome and therefore his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will be violated. Pearlman also raises a number of other issues in support of his position.

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi concerne principalement les procédures disciplinaires internes de la Société du Barreau du Manitoba, organisme professionnel dont sont membres tous les avocats de cette province. Plus particulièrement, l'appelant, M. D. M. Pearlman («Pearlman»), conteste dans son principal argument un élément de ces procédures en vertu duquel il peut être ordonné à un avocat qui est reconnu coupable par le comité judiciaire de la Société du Barreau de payer les frais engagés relativement à une enquête effectuée au sujet d'une faute professionnelle. Il soutient que cette disposition de la *Loi sur la Société du Barreau*, L.R.M. 1987, ch. L100, crée une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences disciplinaires auront ou, du moins, seront perçus comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue du litige et que, par conséquent, les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* seront violés. Pearlman soulève également diverses autres questions afin d'étayer son point de vue.

#### Facts

Pearlman, a lawyer, was the owner of several properties which were the subject of orders made by the City of Winnipeg requiring that certain repairs and improvements be made to the houses located thereon. Pearlman objected to the manner in which various inspectors employed by the City were dealing with his property. In a series of letters, Pearlman stated his position and indicated the remedies which he intended to pursue, including resort to the remedies available under the *Criminal Code* and taking the matter up with the Attorney General with a view to having a charge laid against a Mr. Lloyd Kirkham, a building inspector with the City of Winnipeg.

Pearlman commenced a civil action and undertook himself to serve the statement of claim upon Kirkham. An altercation ensued between Pearlman and Kirkham. When the Crown declined to prosecute

#### Les faits

Pearlman, qui est avocat, possédait plusieurs biens-fonds qui faisaient l'objet d'ordonnances de la ville de Winnipeg lui enjoignant d'effectuer certaines réparations et améliorations aux maisons qui s'y trouvaient. Pearlman s'est opposé à la façon d'agir de divers inspecteurs de la ville en ce qui concerne ses biens. Dans une série de lettres, Pearlman a exposé son point de vue et il a indiqué les recours qu'il avait l'intention d'utiliser; il voulait notamment exercer ceux que prévoit le *Code criminel* et soumettre l'affaire au procureur général afin d'obtenir le dépôt d'une accusation contre un nommé Lloyd Kirkham, inspecteur des bâtiments pour la ville de Winnipeg.

Pearlman a intenté une action civile et il s'est lui-même chargé de signifier la déclaration à Kirkham. Une altercation a eu lieu entre Pearlman et Kirkham. Le ministère public ayant refusé de poursuivre

Kirkham for assault, Pearlman initiated a private prosecution. Kirkham was convicted of the assault but granted an absolute discharge by the trial judge. Pearlman's appeal against sentence and Kirkham's appeal against conviction were dismissed by the County Court. In dismissing Pearlman's application for leave to appeal, the Court of Appeal for Manitoba directed, on October 26, 1979, Pearlman to pay costs in the amount of \$1,500.

Although several proceedings have been launched by Kirkham in an attempt to collect the outstanding \$1,500, Pearlman has continually resisted payment as it is Pearlman's position that the Court of Appeal order was made without jurisdiction and cannot be enforced against him.

In October 1986, counsel for Kirkham wrote to the Law Society of Manitoba, enclosing a copy of the Court of Appeal decision and advising that the costs had not been paid. The Law Society took disciplinary proceedings against Pearlman, citing him on three counts of "conduct unbecoming a barrister and solicitor" for (i) his failure to pay the costs in question, (ii) writing letters which were "menacing in tone and provocative in nature", and (iii) threatening to bring a criminal or quasi-criminal prosecution in order to seek a civil advantage on his own behalf.

The matter went before the Judicial Committee of the Law Society on the preliminary point of the Society's jurisdiction to proceed with the charges. The Committee having concluded that it did have jurisdiction, Pearlman filed a motion in the Court of Queen's Bench for an order prohibiting the disciplinary proceedings from being brought against him. The motion was dismissed, as was his subsequent appeal to the Court of Appeal for Manitoba.

Kirkham pour voies de fait, Pearlman a engagé une poursuite privée. Kirkham a été reconnu coupable de voies de fait, mais le juge du procès lui a accordé une absolution inconditionnelle. L'appel de Pearlman contre la sentence et celui de Kirkham contre la déclaration de culpabilité ont été rejetés par la Cour de comté. En rejetant la demande d'autorisation d'appel que lui avait présentée Pearlman, la Cour d'appel du Manitoba lui a ordonné, le 26 octobre 1979, de payer les dépens qui s'élevaient à 1 500 \$.

Malgré les diverses procédures engagées par Kirkham dans le but de percevoir les 1 500 \$ impayés, Pearlman a constamment refusé d'obtempérer, car il est d'avis que la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en rendant l'ordonnance et que celle-ci ne peut donc être exécutée contre lui.

En octobre 1986, dans une lettre à laquelle il avait joint une copie de l'arrêt de la Cour d'appel, l'avocat de Kirkham a informé la Société du Barreau du Manitoba que les dépens n'avaient pas encore été acquittés. La Société du Barreau a engagé des procédures disciplinaires à l'endroit de Pearlman, citant ce dernier à comparaître relativement à trois chefs d'accusation de «conduite répréhensible» (i) pour son omission de payer les dépens en cause, (ii) pour avoir écrit des lettres qui [TRADUCTION] «par leur ton, étaient menaçantes et, par leur nature, étaient provocatrices» et (iii) pour avoir menacé d'intenter une poursuite pénale ou quasi pénale afin d'obtenir un avantage civil pour son propre compte.

L'affaire a été portée devant le comité judiciaire de la Société du Barreau quant à la question préliminaire de savoir si la Société avait compétence pour connaître des accusations. Le comité ayant conclu qu'elle avait compétence, Pearlman a déposé devant la Cour du Banc de la Reine une requête visant à obtenir une ordonnance interdisant que des procédures disciplinaires soient engagées contre lui. Sa requête a été rejetée, comme l'a d'ailleurs été son appel ultérieur devant la Cour d'appel du Manitoba.

Judgments Below

*Court of Queen's Bench of Manitoba* ((1988), 51 Man. R. (2d) 151)

The first issue before Jewers J. was that of delay. He rejected Pearlman's submission that, as the charges dealt with conduct alleged to have occurred in 1977, 1978 and 1979, the respondent Committee was guilty of laches and unreasonable delay in asserting that such conduct was subject to disciplinary measures. He found no evidence that the conduct in question had been drawn to the Law Society's attention until it received the letter from Kirkham's solicitor, and in his view, the record indicated that the Society proceeded with the charges "with reasonable dispatch from the time they learned the facts until the date of the hearing" (p. 155).

Jewers J. was also of the opinion that, at this stage of the proceedings, it could not be argued that Pearlman's rights under s. 11(b) of the *Charter* had been violated or that such rights might in the future be violated. In his view, s. 11(b) does not apply to disciplinary proceedings before professional bodies unless they involve the imposition of true penal consequences and, in the case at bar, no penalty has yet been imposed.

Jewers J. rejected Pearlman's submission that the proceedings against him were contrary to natural justice and the *Charter* in that the respondent, which claimed the right to levy costs against him if he were found guilty, had a pecuniary interest in finding him guilty. Jewers J. was of the view that the decision in *Bateman v. Association of Professional Engineers of Manitoba* (1984), 28 Man. R. (2d) 264 (Q.B.), was distinguishable on the basis that, in that case, the by-law enabling that Association to levy costs was not specifically authorized by statute while the *Law Society Act* expressly empowers the governing body to order a barrister found guilty of misconduct to pay the costs incurred by the Society in the proceedings.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour du Banc de la Reine du Manitoba* ((1988), 51 Man. R. (2d) 151)

La première question litigieuse soumise au juge Jewers a été celle du retard. Le juge a rejeté la prétention de Pearlman qui soutenait qu'étant donné que les accusations visaient des événements qui auraient eu lieu en 1977, 1978 et 1979, il y avait eu de la part du comité intimé manque de diligence et délai déraisonnable lorsqu'il s'est agi d'affirmer que la conduite en cause devait faire l'objet de mesures disciplinaires. Il a conclu qu'il n'existait aucune preuve montrant que la Société du Barreau avait été mise au courant de cette conduite avant qu'elle ne reçoive la lettre de l'avocat de Kirkham et, à son avis, le dossier indiquait que la Société avait donné suite aux accusations [TRADUCTION] «avec une célérité raisonnable à partir du moment où elle a été informée des faits jusqu'à la date de l'audience» (p. 155).

Le juge Jewers était également d'avis qu'on ne pouvait pas prétendre, à ce stade des procédures, que les droits garantis à Pearlman par l'al. 11b) de la *Charte* avaient été violés ou pourraient l'être dans l'avenir. Selon lui, l'al. 11b) ne s'applique pas aux procédures disciplinaires devant des organismes professionnels à moins qu'elles n'entraînent des sanctions pénales proprement dites et, en l'espèce, aucune sanction n'a encore été infligée.

Le juge Jewers a rejeté la prétention de Pearlman qui soutenait que les procédures engagées contre lui violaient la justice naturelle et la *Charte* en ce que l'intimé, qui revendiquait le droit de percevoir des frais contre lui s'il était déclaré coupable, avait intérêt sur le plan pécuniaire à conclure à sa culpabilité. Le juge Jewers a estimé que la décision rendue dans l'affaire *Bateman v. Association of Professional Engineers of Manitoba* (1984), 28 Man. R. (2d) 264 (B.R.), se distinguait de l'espèce, car le règlement administratif qui, dans cette affaire, habilitait l'Association à percevoir des frais n'était pas expressément autorisé par la loi tandis que la *Loi sur la Société du Barreau* confère expressément au corps administratif le pouvoir d'ordonner à un avocat qui est reconnu coupable d'une faute professionnelle de payer les frais engagés par la Société au cours des procédures.

As a result, he found the reasoning in *Bateman* to be inapplicable to the case at bar.

On the question of whether the charges against Pearlman disclosed unprofessional conduct, or misconduct or conduct unbecoming a barrister and solicitor, Jewers J. was of the view that what constitutes professional misconduct is a matter for the Benchers to determine “as their decision is based on a professional standard which only they, being members of the profession, can properly apply” (p. 156). Therefore, there was only the threshold question before him of whether the allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional misconduct. He concluded that the alleged facts, if true, might indeed support such a finding.

Finally, Jewers J. rejected Pearlman’s submission that the Society’s Discipline Committee, which directed that Pearlman be charged with conduct unbecoming a barrister and solicitor, had “evidenced a demonstrable disposition” against him. The only incident cited by Pearlman in support of this submission involved a complaint lodged by Pearlman against another lawyer which was considered not to be a disciplinary matter. This incident merely demonstrated, in the opinion of Jewers J., that the Law Society had carefully considered the complaint and had reached the conclusion that it was unfounded.

Accordingly, he dismissed the application for prohibition.

*Court of Appeal for Manitoba* ((1989), 59 Man. R. (2d) 255)

The majority of the Court of Appeal (*per* Philp J.A., Lyon J.A. concurring) found no error in the reasons or conclusions of the motions judge.

On the issue of delay, Philp J.A. dismissed Pearlman’s argument that his rights under s. 11 of the *Charter* had been violated. The right guaranteed by s. 11(b) to be tried within a reasonable time has no application to “private, domestic or disciplinary mat-

En conséquence, il a jugé que le raisonnement suivi dans l’affaire *Bateman* ne s’applique pas à l’espèce.

Quant à la question de savoir si les accusations portées contre Pearlman indiquaient une conduite non professionnelle, une faute professionnelle ou une conduite répréhensible, le juge Jewers a estimé qu’il revient aux conseillers de déterminer ce qui constitue une faute professionnelle, [TRADUCTION] «car leur décision repose sur une norme professionnelle qu’ils sont les seuls, en leur qualité de membres de la profession, à pouvoir appliquer correctement» (p. 156). En conséquence, il ne lui restait qu’à se prononcer sur la question préliminaire de savoir si on pourrait raisonnablement considérer que les faits allégués, s’ils sont démontrés, constituent une faute professionnelle. Il a jugé que s’ils s’avéraient, ces faits pourraient certainement permettre une telle conclusion.

Enfin, le juge Jewers a rejeté l’argument de Pearlman suivant lequel le comité de discipline de la Société, qui avait ordonné qu’une accusation de conduite répréhensible soit portée contre lui, avait [TRADUCTION] «manifesté de mauvaises dispositions évidentes» à son égard. Le seul incident invoqué par Pearlman au soutien de sa prétention concernait une plainte qu’il avait portée contre un autre avocat et qui n’avait pas été jugée comme une question ressortissant à la discipline. De l’avis du juge Jewers, cet incident a tout simplement démontré que la Société du Barreau avait examiné attentivement la plainte et avait conclu qu’elle était injustifiée.

En conséquence, il a rejeté la demande de bref de prohibition.

*La Cour d’appel du Manitoba* ((1989), 59 Man. R. (2d) 255)

La Cour d’appel a conclu à la majorité (le juge Philp avec l’appui du juge Lyon) que le juge des requêtes n’avait commis aucune erreur dans ses motifs ni dans ses conclusions.

Le juge Philp a rejeté, en ce qui concerne la question du retard, l’argument de Pearlman qui prétendait que les droits qui lui sont garantis par l’art. 11 de la *Charte* avaient été violés. Le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) ne s’applique

ters which are regulatory, protective or corrective and which are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity”: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, *per Wilson J.* at p. 560. He noted, as well, that s. 11 protects a person after being charged with an offence and is “not concerned with pre-charge delay”: *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. Finally, evidence in the record supported the finding of Jewers J. that there had been no laches or unreasonable delay on the part of the respondent.

The majority of the Court of Appeal observed that there was statutory authority for the respondent to order costs and, in its view, where proceedings are conducted in accordance with statutory authority, there is no denial of natural justice. Furthermore, Philp J.A. held that Pearlman did not demonstrate the connection between a potential liability to pay costs in a disciplinary proceeding and a deprivation of “life, liberty and security of the person” under s. 7 of the *Charter*. Nor had he succeeded in establishing that the respondent’s exercise of its statutory authority to make such an award would not accord with the principles of fundamental justice under s. 7.

Before the Court of Appeal, Pearlman had again raised the argument that the respondent had indicated a “demonstrable disposition” against him. The majority of the Court agreed with the conclusion of Jewers J. that this argument was unfounded.

Philp J.A. agreed, as well, with the refusal of the motions judge to look to the merits of the charges against Pearlman of unprofessional conduct, or misconduct or conduct unbecoming a barrister and solicitor. The conclusion of the motions judge that the circumstances alleged, if true, could reasonably be regarded as professional misconduct was amply supported by the record.

pas aux «affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l’intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d’activité privée et limitée»: *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, le juge Wilson à la p. 560. Il a également souligné que l’art. 11 accorde sa protection après qu’une personne a été inculpée et [TRADUCTION] «ne vise pas le délai antérieur à l’accusation»: *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. Enfin, la preuve au dossier corroborait la conclusion du juge Jewers qu’il n’y avait eu ni manque de diligence ni délai déraisonnable de la part de l’intimé.

La Cour d’appel à la majorité a fait remarquer que l’intimé était habilité par la loi à ordonner le paiement des frais et qu’à son avis, lorsque des procédures sont engagées conformément à une loi habilitante, il n’y a aucune violation de la justice naturelle. En outre, le juge Philp a statué que Pearlman n’avait pas prouvé l’existence d’un lien entre une obligation potentielle de payer les frais d’une procédure disciplinaire et une atteinte «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» mentionnée à l’art. 7 de la *Charte*. Il n’a d’ailleurs pas non plus réussi à démontrer que l’exercice par l’intimé du pouvoir que lui confère la loi de rendre une telle ordonnance ne respecterait pas les principes de justice fondamentale prévus à l’art. 7.

Devant la Cour d’appel, Pearlman a encore une fois prétendu que l’intimé avait manifesté de «mauvaises dispositions évidentes» à son égard. Comme le juge Jewers, la Cour à la majorité a considéré que cet argument n’était pas fondé.

Le juge Philp était en outre d’accord avec le juge des requêtes qui a refusé d’examiner le bien-fondé des accusations de conduite non professionnelle, de faute professionnelle ou de conduite répréhensible portées contre Pearlman. La conclusion du juge des requêtes, voulant que, si elles étaient avérées, les circonstances alléguées pourraient raisonnablement être considérées comme une faute professionnelle, était largement corroborée par le dossier.

O'Sullivan J.A. dissented. In his view, the question of the validity of the disciplinary proceedings with respect to the unpaid judgment for costs was required to be considered in the light of s. 36(o)(xi) of the *Law Society Act*, which explicitly confers a discretion on the Judicial Committee to apply a specific sanction for such non-payment, namely, it may refuse to issue a practice certificate. He found it "untenable . . . that the judicial committee may discipline for nonpayment of a judgment when there is specific provision for dealing with nonpayment by the governing body" (p. 259).

In so far as the alleged threatening letters were concerned, O'Sullivan J.A. found no suggestion that Pearlman sought to obtain any advantage from them. He informed Kirkham that, if he did not cease his illegal activities, he would be charged. There was "no suggestion of threat in the charge in order to seek a civil advantage".

Concerning the constitutional question before this Court, O'Sullivan J.A. was of the view that s. 52(4) of the *Law Society Act* violated s. 7 of the *Charter*. In his opinion, it is now settled that "deprivation of the right to practise law is an interference with liberty" and that such interference can be justified under the *Charter* only in accordance with the principles of fundamental justice, including substantial as well as procedural justice. He took note of the maxim that "no one shall be a judge of his own cause" and stated that the Law Society is no exception to that rule. Accordingly, it lacks jurisdiction to proceed against a barrister where it is possible that s. 52(4) would be invoked.

#### Relevant Statutory and Charter Provisions

*Law Society Act*, R.S.M. 1987, c. L100

36 . . .

(o) [the Law Society may] in its discretion, issue or refuse to issue a practising certificate to a member or

Le juge O'Sullivan était dissident. À son avis, la question de la validité des procédures disciplinaires en ce qui concerne l'inexécution du jugement qui prévoyait le paiement des dépens devait être examinée en tenant compte du sous-al. 36o)(xi) de la *Loi sur la Société du Barreau* qui confère expressément au comité judiciaire le pouvoir discrétionnaire d'infliger une sanction précise en cas de non-paiement des dépens, c'est-à-dire que le comité peut refuser de délivrer un certificat de pratique. Il a jugé [TRADUCTION] «inacceptable [. . .] que le comité judiciaire puisse infliger une sanction disciplinaire pour l'inexécution d'un jugement lorsqu'il existe une disposition expresse prévoyant que le corps administratif peut se charger de la question du défaut de paiement» (p. 259).

En ce qui concerne les prétendues lettres de menaces, le juge O'Sullivan a conclu que rien n'indiquait que Pearlman avait tenté d'en tirer profit. Ce dernier a informé Kirkham que s'il ne cessait pas ses activités illégales, des accusations seraient portées contre lui. Il n'était pas [TRADUCTION] «question dans l'accusation de menaces visant à obtenir un avantage en matière civile».

Pour ce qui est de la question constitutionnelle dont notre Cour est saisie, le juge O'Sullivan était d'avis que le par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* violait l'art. 7 de la *Charte*. Selon lui, il est désormais établi que [TRADUCTION] «la privation du droit d'exercer la profession d'avocat constitue une atteinte à la liberté» et qu'une telle atteinte ne peut être justifiée en vertu de la *Charte* qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, quant au fond mais aussi quant à la procédure. Il a signalé la maxime selon laquelle «nul ne doit être juge dans sa propre cause» et il a déclaré que la Société du Barreau ne faisait pas exception à cette règle. En conséquence, cette dernière n'a pas compétence pour engager des poursuites contre un avocat lorsque le par. 52(4) pourrait être invoqué.

#### Les dispositions pertinentes de la Loi et de la Charte

*Loi sur la Société du Barreau*, L.R.M. 1987, ch. L100

36 . . .

o) [la Société du Barreau peut] à sa discrétion, délivrer ou refuser de délivrer un certificat de pratique à



issue a practising certificate to a member subject to such terms and conditions as it may deem proper, where the member

un membre ou lui délivrer un tel certificat, sous réserve des modalités qui semblent appropriées, si le membre, selon le cas:

(xi) has a judgment given against him involving the payment of money and being other than a judgment limited to the payment of costs, or in respect of the whole of which he is entitled to indemnity or relief from some other person, or evidence of the satisfaction of which has been produced to the society

(xi) se voit imposer un jugement entraînant le paiement d'une somme d'argent, autre qu'un jugement limité au paiement des dépens, ou un jugement dont la totalité lui donne droit à une indemnité ou à une mesure de redressement d'un tiers ou encore, un jugement dont une preuve de règlement de paiement a été produite auprès de la Société,

52(4) A barrister, solicitor, or student, who is found guilty of professional misconduct, or of conduct unbecoming a barrister, solicitor, or student, or is found incompetent may be ordered by the governing body to pay, all or any part of, the costs and expenses incurred by the society in and about the investigation into, proceedings upon, and hearing of any subject matter of inquiry or any complaint or charge in respect of which he has been so found guilty or incompetent.

52(4) Le corps administratif peut ordonner à un avocat, un procureur ou un étudiant qui est reconnu coupable d'une faute professionnelle ou d'une conduite répréhensible ou qui est reconnu incompetent, de payer la totalité ou une partie des frais et dépenses que la Société a contractés relativement à l'investigation effectuée à l'égard de tout objet d'enquête, de toute plainte ou de toute accusation pour lesquels il a été reconnu coupable ou incompetent, ou relativement aux instances qui s'y rapportent ou à toute audition de ceux-ci.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

*Charte canadienne des droits et libertés*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Any person charged with an offence has the right

11. Tout inculpé a le droit:

(b) to be tried within a reasonable time;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Points in Issue

Les questions en litige

*Subsidiary Issues*

*Les questions subsidiaires*

In addition to the constitutional questions stated in this appeal, Pearlman has raised a number of what might be called "subsidiary issues". For the most part, none of these issues are the subject of any major disagreement in the decisions below, and I am of the view that they should be dealt with quite quickly.

Outre les questions constitutionnelles formulées dans le présent pourvoi, Pearlman a soulevé divers autres points que l'on pourrait appeler «questions subsidiaires». Dans l'ensemble, aucune de ces questions n'a fait l'objet d'un désaccord important dans les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure et j'estime qu'elles devraient être tranchées assez rapidement.

First of all, the allegations of undue or unreasonable delay and laches should be dismissed. I would

Tout d'abord, il faudrait rejeter les allégations de délai déraisonnable et de manque de diligence. Je fais

adopt the reasons of the courts below in this regard which found that, once aware of Pearlman's conduct, the Society had acted with reasonable dispatch. Pearlman also advances his rights to a timely trial under s. 11(b) of the *Charter*, although counsel for Pearlman conceded in oral argument that the post-charge delay is not at issue in this appeal. I find persuasive and agree with the reasoning of the majority in the Court of Appeal below, where two decisions of this Court were cited (*R. v. Wigglesworth* and *R. v. Kalanj*, *supra*) in support of the conclusion that s. 11(b) does not apply to the facts of the instant appeal, which, as already noted, involve disciplinary matters of a regulatory nature designed to maintain professional integrity, discipline, and standards and do not have true penal consequences.

As for the jurisdiction of the Benchers to hear the disciplinary proceedings, I note that courts have recognized that Benchers are in the best position to determine issues of misconduct and incompetence. For example, in *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.) the Court of Appeal said (at pp. 292-93):

No one is better qualified to say what constitutes professional misconduct than a group of practicing barristers who are themselves subject to the rules established by their governing body.

As noted above, Jewers J. turned his mind to the jurisdictional question, identified the threshold test to be applied (*viz.* whether the allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional misconduct), and held that the Benchers were properly seized with the disciplinary hearings. In doing so, Jewers J. acted correctly in my view and the Court of Appeal agreed with his findings on this issue. Nothing new in this regard was presented before this Court, and accordingly, I can see no merit in this ground of appeal.

I now turn to a consideration of the main issues presented by this appeal which are found in the con-

miens les motifs des tribunaux d'instance inférieure qui, à cet égard, ont jugé qu'une fois avertie de la conduite de Pearlman, la Société a agi avec une célérité raisonnable. Pearlman fait également valoir son droit d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte*, bien que son avocat ait admis, au cours de la plaidoirie, que le délai postérieur à l'accusation n'était pas en cause dans le présent pourvoi. Je suis d'accord avec le raisonnement, que je trouve convaincant, de la majorité de la Cour d'appel, devant laquelle deux arrêts de notre Cour ont été cités (*R. c. Wigglesworth* et *R. c. Kalanj*, précités) au soutien de la conclusion voulant que l'al. 11b) ne s'applique pas aux faits du présent pourvoi qui, comme nous l'avons déjà souligné, concerne des affaires disciplinaires qui sont de nature réglementaire et sont destinées à maintenir la discipline, l'intégrité et les normes au sein de la profession et n'ont pas de véritables conséquences pénales.

Quant à la compétence des conseillers de connaître des procédures disciplinaires, je signale que les tribunaux ont reconnu que ces derniers étaient les mieux placés pour se prononcer sur les questions de faute et d'incompétence. Par exemple, dans l'arrêt *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (C.A. Man.), la Cour d'appel a dit (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] Nul n'est mieux qualifié pour déterminer ce qui constitue une faute professionnelle qu'un groupe d'avocats praticiens qui sont eux-mêmes assujettis aux règles établies par leur corps administratif.

Comme nous l'avons souligné plus haut, le juge Jewers a examiné la question de la compétence, il a déterminé quel était le critère préliminaire applicable (c'est-à-dire, si la preuve des faits allégués est faite, peuvent-ils raisonnablement être considérés comme une faute professionnelle) et il a statué que les conseillers avaient été saisis à juste titre des procédures disciplinaires. Ce faisant, le juge Jewers a agi correctement à mon avis, et la Cour d'appel a souscrit à ses conclusions sur cette question. Aucun élément nouveau n'a été soumis à notre Cour à cet égard et, en conséquence, je considère que ce moyen d'appel n'est pas fondé.

Examinons maintenant les principaux points en litige qui ont été soulevés dans le présent pourvoi et

stitutional questions stated by Lamer C.J. on January 29, 1991 as follows:

1. Does s. 52(4) of the *Law Society Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, c. L100, contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>a</sup>
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 52(4) of the *Law Society Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, c. L100, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>b</sup>

### Analysis

It is helpful at the outset to remember the appropriate approach for an analysis of legislation that is said to violate s. 7 of the *Charter*. La Forest J. noted in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401, that:

The analysis of s. 7 of the *Charter* involves two steps. To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to “life, liberty and security of the person” and, secondly, that that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice. <sup>e</sup>

In other words, if no interest in Pearlman’s life, liberty or security of the person is implicated, then the analysis stops there and there is no need to continue on to a consideration of the principles of fundamental justice. Correspondingly, if no principle of fundamental justice is contravened, s. 7 is not violated and there is no need to consider whether there has been a deprivation of life, liberty or security of the person. <sup>f</sup>

As was proper, the parties and interveners made submissions on both branches of s. 7. Whether the facts and legislation involved here, or more specifically, whether the right to practise law is embraced by the “right to life, liberty and security of the person” in s. 7 is an extremely important question with equally important ramifications. However, because of the result which I have arrived at, it is not necessary for me to deal with that question. I say this because, in my view, even assuming without deciding a deprivation of a s. 7 interest in the case at bar, s. 52(4) of <sup>g</sup>

qui reposent sur les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer le 29 janvier 1991:

1. Le paragraphe 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L100, contrevient-il à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>a</sup>
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L100, est-il justifié par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>b</sup>

### Analyse

Il convient tout d’abord de rappeler la méthode appropriée pour analyser une disposition législative qui, affirme-t-on, viole l’art. 7 de la *Charte*. Le juge La Forest a dit dans l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401: <sup>d</sup>

L’analyse de l’art. 7 de la *Charte* se fait en deux temps. Pour que l’article puisse entrer en jeu, il faut constater d’abord qu’il a été porté atteinte au droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité [d’une] personne» et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

En d’autres termes, si le droit de Pearlman à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne n’est pas en cause, l’analyse prend fin et il est inutile d’examiner s’il y a eu respect des principes de justice fondamentale. De même, s’il n’y a pas eu contravention aux principes de justice fondamentale, l’art. 7 n’est pas violé et il est inutile d’examiner s’il a été porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d’une personne. <sup>e</sup>

Comme ils devaient le faire, les parties et les intervenants ont soumis des arguments relatifs aux deux volets de l’art. 7. La question de savoir si les faits et les dispositions législatives en cause ou, plus particulièrement le droit d’exercer la profession d’avocat, sont visés par le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» garanti par l’art. 7 est une question cruciale dont les conséquences sont tout aussi importantes. Toutefois, en raison de mes conclusions, il est inutile que j’examine cette question. En effet, j’estime que même si on suppose, sans l’af- <sup>f</sup>

the *Law Society Act* does not contravene the principles of fundamental justice.

### *Principles of Fundamental Justice*

#### (i) Introduction: Fundamental Justice Requires Impartial Decision-Makers

By way of general comment, there are some basic notions which are absolutely central to the principles of fundamental justice. However, it is neither desirable nor necessary for the purposes of this appeal to attempt an exhaustive enumeration of these. Nor is it clear that that would even be possible without reference to any given judicial or administrative context. As has been often said by this Court, the principles of fundamental justice reflect the fundamental tenets on which our legal system is based. Those tenets include, but are not limited to, the rules of natural justice and the duty to act fairly that have been developed over the years in the administrative law context. See J. M. Evans, "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, at p. 55. It seems to me then that when deciding whether a law contravenes s. 7, one must examine the impugned legislation to ascertain whether it, viewed in a purposive manner, meets the fundamental precepts reflected in our system of justice.

More specifically, it is well accepted that included in these fundamental principles is the concept of a procedurally fair hearing before an impartial decision-maker. Indeed, Wilson J. said in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (at pp. 212-13) 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. 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 formu-

firmer, qu'il a été porté atteinte en l'espèce à un droit garanti par l'art. 7, le par. 52(4) de la *Loi sur la Société du Barreau* n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale.

### *Les principes de justice fondamentale*

#### (i) Introduction: la justice fondamentale exige que les décideurs soient impartiaux

J'aimerais faire remarquer qu'il existe certains concepts fondamentaux qui sont absolument essentiels aux principes de justice fondamentale. Cependant, il n'est ni souhaitable ni nécessaire aux fins du présent pourvoi d'essayer d'en faire une énumération exhaustive. Il n'est d'ailleurs pas non plus évident que cela serait même possible sans se reporter à un contexte judiciaire ou administratif donné. Comme notre Cour l'a affirmé à maintes reprises, les principes de justice fondamentale correspondent aux préceptes fondamentaux sur lesquels repose notre système juridique. Ces préceptes comprennent, notamment, les règles de la justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement qui ont été élaborées au fil des ans dans le domaine du droit administratif. Voir J. M. Evans, «The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, à la p. 55. Par conséquent, il me semble que lorsque l'on doit déterminer si une loi viole l'art. 7, il faut examiner les dispositions contestées afin de vérifier si, d'après l'objet visé, elles respectent les préceptes fondamentaux exprimés dans notre système de justice.

Plus particulièrement, il est bien établi que ces principes fondamentaux englobent le concept d'une audience équitable quant à la procédure devant un décideur impartial. En fait, le juge Wilson a déclaré dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (aux pp. 212 et 213):

... 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 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 fondamen-

late 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. [Emphasis added.]

Thus, in the administrative law context, principles of fundamental justice include natural justice rules which in turn require that the members of the tribunal be impartial and disinterested: see de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 248. Impartiality of the decision-making body is a critical feature of natural justice which is captured by the Latin maxim, *nemo iudex in causa sua debet esse*—no one should be the judge in his own cause. There are many different factual settings which could place the impartiality of a decision-making body in question. Among such contexts are situations where the decision-makers have or are perceived to have a pecuniary interest, either direct or indirect, in the outcome of the hearing before them. Another such context is where the relationship of the decision-maker to one of the parties or counsel is sufficiently close to give rise to a reasonable apprehension of bias.

In this appeal, the principal argument of Pearlman is that s. 52(4) throws doubt on the impartiality of the Benchers who hear and decide the matter at the disciplinary proceedings. It is argued that the statutory authority to recoup the costs of an investigation of a lawyer who is eventually found guilty of professional misconduct creates at least the perception that the Benchers might have a pecuniary interest in a finding of guilt. In Pearlman's submissions, the possibility of such a perception violates the longstanding policy of administrative impartiality according to which justice must not only be done, but must manifestly be seen to be done. As Le Dain J. noted in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, "The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived." [Emphasis added.]

tale». 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. [Je souligne.]

Ainsi, en droit administratif, les principes de justice fondamentale englobent les règles de la justice naturelle qui, de leur côté, exigent que les membres du tribunal soient impartiaux et objectifs: voir de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980) à la p. 248. L'impartialité de l'organisme décisionnel constitue une caractéristique essentielle de la justice naturelle que rend bien la maxime latine *nemo iudex in causa sua debet esse* — nul ne doit être juge dans sa propre cause. Il existe de nombreuses situations différentes qui pourraient remettre en question l'impartialité d'un organisme décisionnel. Parmi celles-ci, notons les cas où les décideurs ont ou sont perçus comme ayant un intérêt pécuniaire, direct ou indirect, dans l'issue de l'affaire dont ils sont saisis. C'est également le cas lorsque les rapports entre le décideur et l'une des parties ou l'un des avocats sont suffisamment étroits pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Dans le présent pourvoi, Pearlman soutient principalement que le par. 52(4) suscite un doute sur l'impartialité des conseillers qui sont chargés d'entendre les affaires en matière de discipline. Il est allégué que le pouvoir qui est conféré par la loi de recouvrer les frais d'une enquête concernant un avocat qui est finalement déclaré coupable d'une faute professionnelle donne tout au moins l'impression que les conseillers pourraient avoir intérêt, sur le plan pécuniaire, à conclure à sa culpabilité. Suivant les arguments de Pearlman, la possibilité de l'existence d'une telle impression contrevient au principe depuis longtemps établi de l'impartialité administrative en vertu duquel il faut non seulement que justice soit rendue mais également qu'il soit évident qu'elle est rendue. Comme l'a souligné le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, «Le terme «impartial» [. . .] connote une absence de préjugé, réel ou apparent.» [Je souligne.]

(ii) “Reasonable Apprehension of Bias”

This Court has recently had occasion to examine the issue of what test is appropriate for assessing the impartiality of the decision-making process. In *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, Sopinka J., who wrote for the majority, distinguished between cases where decision-makers are disqualified for reasons of pre-judgment and those where they are disqualified for reasons of personal interest in the outcome. For the latter type of case he suggested (at p. 1198) that:

[The reasonable apprehension of bias] test would have been appropriate if it had been found that the Councillor had a personal interest in the development, either pecuniary or by reason of a relationship with the developer. In such circumstances, the test is that which applies to all public officials: Would a reasonably well-informed person consider that the interest might have an influence on the exercise of the official's public duty? If that duty is to hear and decide, the test is expressed in terms of a reasonable apprehension of bias. [Emphasis added.]

I am of the view that the “reasonable apprehension of bias” test as formulated by Sopinka J. in *Old St. Boniface* is the appropriate one to apply to the allegation in the appeal at bar, viz. that the Benchers on the Judicial Committee of the Law Society are perceived to have an indirect pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings.

(iii) Principles of Fundamental Justice Are Context-Dependent

This Court has often noted how the principles of fundamental justice should be interpreted within the specific context in which s. 7 is being asserted. For example, in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J. held (at p. 361) that “It is . . . clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked.” Similarly, L’Heureux-Dubé J. noted in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, that:

(ii) «La crainte raisonnable de partialité»

Notre Cour a récemment eu l’occasion d’examiner quel est le critère approprié pour déterminer s’il y a eu impartialité au cours du processus décisionnel. Dans l’arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la majorité, a établi une distinction entre les cas où les décideurs n’ont pas compétence en raison d’un préjugé et ceux où ils n’ont pas compétence parce qu’ils ont un intérêt personnel dans l’issue du litige. Il a déclaré relativement à cette dernière catégorie (à la p. 1198):

[L’application du critère de la crainte raisonnable de partialité] aurait été indiquée s’il avait conclu que le conseiller avait un intérêt personnel dans le projet d’aménagement, que ce soit sur le plan pécuniaire ou sur celui de ses rapports avec le promoteur. Dans de telles circonstances, le critère est celui qui s’applique à tous les fonctionnaires publics: une personne raisonnablement bien informée estimerait-elle que l’intérêt en question pourrait influencer sur l’exercice de la fonction publique du fonctionnaire? Si cette fonction consiste à entendre et à décider certaines questions, la crainte raisonnable de partialité constitue le critère applicable. [Je souligne.]

À mon avis, le critère de la «crainte raisonnable de partialité», tel que formulé par le juge Sopinka dans *Vieux St-Boniface*, précité, est celui qu’il faut appliquer à la prétention avancée dans le présent pourvoi, savoir que les conseillers du comité judiciaire de la Société du Barreau sont perçus comme ayant un intérêt pécuniaire indirect dans l’issue des procédures disciplinaires.

(iii) Les principes de la justice fondamentale sont tributaires du contexte

Notre Cour a indiqué à maintes reprises comment les principes de justice fondamentale devraient être interprétés suivant le contexte particulier dans lequel on invoque l’application de l’art. 7. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest a statué (à la p. 361): «Il est [. . .] clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque.» De même, le juge L’Heureux-Dubé a souligné dans l’arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682:

Like the principles of natural justice, the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case.

She went on to cite with approval the following passage from the decision of Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. . . . the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. [Emphasis added.]

In *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, de Grandpré J. explicitly allowed for a flexible application of the "reasonable apprehension of bias" test to take into account different administrative contexts. He said (at p. 395):

This is the proper approach which, of course, must be adjusted to the facts of the case. The question of bias in a member of a court of justice cannot be examined in the same light as that in a member of an administrative tribunal entrusted by statute with an administrative discretion exercised in the light of its experience and of that of its technical advisers.

The basic principle is of course the same, namely that natural justice be rendered. But its application must take into consideration the special circumstances of the tribunal. As stated by Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, at p. 220:

. . . 'tribunals' is a basket word embracing many kinds and sorts. It is quickly obvious that a standard appropriate to one may be inappropriate to another. Hence, facts which may constitute bias in one, may not amount to bias in another.

Tout comme les principes de justice naturelle, la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas.

Elle a ensuite cité et approuvé le passage suivant tiré de la décision du juge Sopinka dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896:

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. [ . . . ] on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, le juge de Grandpré a expressément autorisé une application souple du critère de la « crainte raisonnable de partialité » afin de tenir compte de différents contextes administratifs. Il a dit (à la p. 395):

Telle est la façon juste d'aborder la question mais il faut évidemment l'adapter aux faits de l'espèce. La question de la partialité ne peut être examinée de la même façon dans le cas d'un membre d'un tribunal judiciaire que dans le cas d'un membre d'un tribunal administratif que la loi autorise à exercer ses fonctions de façon discrétionnaire, à la lumière de son expérience ainsi que de celle de ses conseillers techniques.

Évidemment, le principe fondamental est le même: la justice naturelle doit être respectée. En pratique cependant, il faut prendre en considération le caractère particulier du tribunal. Comme le remarque Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, à la p. 220:

[TRADUCTION] . . . 'tribunal' est un mot fourre-tout qui désigne des organismes multiples et divers. On se rend vite compte que des normes applicables à l'un ne conviennent pas à un autre. Ainsi, des faits qui pourraient être des motifs de partialité dans un cas peuvent ne pas l'être dans un autre.

In the case at bar, the test must take into consideration the broad functions entrusted by law to the Board. [Emphasis added.]

Accordingly, Pearlman's allegation that the Benchers are perceived to have a pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings should be examined within the wider context provided by the *Law Society Act* and the experience of self-governing professions generally. It is to that wider context that I now wish to turn, albeit briefly.

(iv) Functions of the Law Society of Manitoba: Self-Government and Professional Discipline

Section 36 of the Act sets forth the powers, authorities and privileges of the Law Society of Manitoba. The conditions for the practice of law in the province are administered and governed by the Society (s. 36(a)), and admission to the bar of Manitoba is entirely regulated by the Society (s. 36(n)). Section 36(t) explicitly gives the Society the power to "exercise disciplinary jurisdiction over barristers, solicitors and students". Sanctions that can be levied against lawyers and law students in disciplinary matters range from reprimands to outright disbarment (s. 52(1)). As such, the Law Society has total control over who can practise law in the province, over the conditions or requirements placed upon those who practise and, perhaps most importantly, over the means of enforcing respect for those conditions or requirements. Thus, the Manitoba legal profession is self-governing in virtually every aspect.

It is appropriate at this juncture to mention the legislative rationale behind making a profession self-governing. The Ministry of the Attorney General of Ontario produced a study paper entitled *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980) which, I believe, provides a helpful analysis of this rationale. The following extract from p. 25 is apposite:

In the government of the professions, both public and professional authorities have important roles to play. When the legislature decrees, by statute, that only licensed practitioners may carry on certain functions, it creates valuable rights. As the ultimate source of those

En l'espèce, le critère employé doit prendre en considération les vastes fonctions conférées à l'Office par la loi. [Je souligne.]

En conséquence, il faudrait analyser l'argument de Pearlman selon lequel les conseillers sont perçus comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue des procédures disciplinaires en tenant compte du contexte plus général qu'offre la *Loi sur la Société du Barreau* et de l'expérience des professions autonomes dans leur ensemble. Je vais maintenant examiner ce contexte plus général, brièvement toutefois.

(iv) Les fonctions de la Société du Barreau du Manitoba: l'autonomie et la discipline professionnelle

L'article 36 de la Loi énonce les pouvoirs et les privilèges de la Société du Barreau du Manitoba. La Société administre et régit les conditions d'exercice du droit dans la province (al. 36a)) et elle réglemente l'admission au barreau du Manitoba (al. 36n)). L'alinéa 36t) habilite expressément la Société à «exercer une juridiction disciplinaire à l'endroit des avocats, des procureurs et des étudiants». Les sanctions qui peuvent être prises contre les avocats et les étudiants en droit en matière disciplinaire vont du blâme à la radiation (par. 52(1)). Ainsi, la Société du Barreau a les pleins pouvoirs pour déterminer les personnes qui peuvent exercer le droit dans la province, les conditions ou exigences qui leur sont imposées et, ce qui est peut-être le plus important, les moyens de faire respecter ces conditions ou exigences. La profession juridique au Manitoba est donc autonome à presque tous les points de vue.

Il convient à ce stade-ci de faire état des motifs d'ordre législatif qui justifient l'autonomie accordée à une profession. Le ministère du Procureur général de l'Ontario a publié un document d'étude intitulé *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980) qui, à mon avis, fournit une analyse utile de ces motifs. L'extrait qui suit, tiré de la p. 25, est pertinent:

[TRADUCTION] Les autorités tant publiques que professionnelles ont un rôle important à jouer dans la gestion des professions. Lorsque le législateur décrète que seuls les praticiens titulaires d'un permis peuvent exercer certaines fonctions, il crée des droits précieux. En tant que



rights, the legislature must remain ultimately responsible for the way in which they are conferred and exercised. Furthermore, the very decision to restrict the right to practise in a professional area implies that such a restriction is necessary to protect affected clients or third parties. The regulation of professional practice through the creation and the operation of a licensing system, then, is a matter of public policy: it emanates from the legislature; it involves the creation of valuable rights; and it is directed towards the protection of vulnerable interests.

On the other hand, where the legislature sees fit to delegate some of its authority in these matters of public policy to professional bodies themselves, it must respect the self-governing status of those bodies. Government ought not to prescribe in detail the structures, processes, and policies of professional bodies. The initiative in such matters must rest with the professions themselves, recognizing their particular expertise and sensitivity to the conditions of practice. In brief, professional self-governing bodies must be ultimately accountable to the legislature; but they must have the authority to make, in the first place, the decisions for which they are to be accountable. [Emphasis added.]

The authors noted the particular importance of an autonomous legal profession to a free and democratic society. They said at p. 26:

Stress was rightly laid on the high value that free societies have placed historically on an independent judiciary, free of political interference and influence on its decisions, and an independent bar, free to represent citizens without fear or favour in the protection of individual rights and civil liberties against incursions from any source, including the state.

On this view, the self-governing status of the professions, and of the legal profession in particular, was created in the public interest.

This position has gained considerable judicial support. For example, in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, Estey J., who wrote for the Court, dealt directly

source suprême de ces droits, le législateur doit demeurer responsable en dernier recours de la manière dont ils sont conférés et exercés. En outre, la simple décision de restreindre le droit d'exercer une profession suppose qu'une telle restriction est essentielle pour protéger les clients et les tiers concernés. La réglementation de l'exercice d'une profession par la création et l'utilisation d'un système de délivrance de permis est donc une question d'ordre public: elle procède du législateur, elle comporte la création de droits précieux et elle vise à assurer la protection de droits vulnérables.

Par contre, lorsque le législateur juge approprié de déléguer aux organismes professionnels certains des pouvoirs qu'elle possède relativement à ces questions d'ordre public, elle doit respecter l'autonomie de ces organismes. Le gouvernement ne doit pas prescrire les structures, le fonctionnement et les politiques des organismes professionnels. L'initiative doit leur être laissée à cet égard en raison de leur connaissance particulière du domaine et des conditions d'exercice de la profession. En résumé, les organismes professionnels autonomes doivent en dernier lieu répondre de leurs actes devant l'assemblée législative; il faut qu'ils possèdent d'abord les pouvoirs nécessaires pour prendre les décisions dont ils doivent être tenus responsables. [Je souligne.]

Les auteurs ont souligné l'importance particulière que revêt l'autonomie de la profession juridique dans une société libre et démocratique. Ils ont dit à la p. 26:

[TRADUCTION] On a insisté à juste titre sur la grande importance qu'a revêtue pour les sociétés libres, au cours de l'histoire, l'existence d'une magistrature indépendante, échappant à toute ingérence ou influence politique dans ses décisions, et d'un barreau indépendant, dont les membres sont libres de représenter les citoyens, sans craindre de représailles ni s'attendre à des faveurs, afin d'assurer la protection des droits individuels et des libertés civiles contre les attaques de toute origine, notamment celles de l'État.

Suivant ce point de vue, c'est dans l'intérêt public que l'on a décidé d'accorder l'autonomie administrative aux diverses professions, et à la profession juridique en particulier.

Un bon nombre de décisions sont venues corroborer ce point de vue. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, le juge Estey, s'ex-

with the self-regulating nature of the legal profession. He said (at pp. 335-36):

I see nothing in law pathological about the selection by the provincial Legislature here of an administrative agency drawn from the sector of the community to be regulated. . . . It is for the Legislature to weigh and determine all these matters and I see no constitutional consequences necessarily flowing from the regulatory mode adopted by the province. . . .

There are many reasons why a province might well turn its legislative action towards the regulation of members of the law profession. These members are officers of the provincially-organized courts; they are the object of public trust daily; the nature of the services they bring to the public makes the valuation of those services by the unskilled public difficult; the quality of service is the most sensitive area of service regulation and the quality of legal services is a matter difficult of judgment. The independence of the Bar from the state in all its pervasive manifestations is one of the hallmarks of a free society. Consequently, regulation of these members of the law profession by the state must, so far as by human ingenuity it can be so designed, be free from state interference, in the political sense, with the delivery of services to the individual citizens in the state, particularly in fields of public and criminal law. The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally. The uniqueness of position of the barrister and solicitor in the community may well have led the province to select self-administration as the mode for administrative control over the supply of legal services throughout the community. [Emphasis added.]

In the case at bar, the Manitoba Legislature has spoken, and spoken clearly. The *Law Society Act* manifestly intends to leave the governance of the legal profession to lawyers and, unless judicial intervention is clearly warranted, this expression of the legislative will ought to be respected.

With respect to the disciplinary structure of the legal profession in Manitoba, one must begin with the governing body, the Law Society of Manitoba.

primant au nom de la Cour, a abordé directement la question de l'autonomie de la profession juridique. Il a dit (aux pp. 335 et 336):

Je ne vois rien d'anormal, du point de vue juridique, dans le fait que la législature provinciale en l'espèce choisisse un organisme administratif dont les membres sont recrutés dans le groupe soumis à la réglementation. [ . . . ] Il appartient à la législature d'étudier et de régler toutes ces questions et je ne vois aucune conséquence constitutionnelle qui découle nécessairement du mode de réglementation établi par la province . . .

Il existe un bon nombre de raisons qui pourraient très bien inciter une province à légiférer dans le domaine de la réglementation des membres du barreau. Ces derniers sont des officiers des cours constituées par les provinces; ils se voient chaque jour accorder la confiance du public; de par la nature des services qu'ils fournissent, il est difficile pour le public, qui manque de connaissances dans le domaine, d'évaluer ces services; la qualité des services est le point le plus délicat de la réglementation en matière de services et il est difficile d'apprécier la qualité de services juridiques. L'une des marques d'une société libre est l'indépendance du barreau face à un État de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglementation des membres du barreau par l'État, doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. Du point de vue de l'intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général. La situation unique de l'avocat au sein de la collectivité a très bien pu amener la province à choisir l'autonomie administrative comme mode de contrôle administratif de la fourniture de services juridiques dans la collectivité. [Je souligne.]

En l'espèce, l'assemblée législative du Manitoba s'est exprimée, et elle l'a fait clairement. La *Loi sur la Société du Barreau* vise manifestement à laisser aux avocats l'administration de la profession juridique et, à moins qu'une intervention des tribunaux ne soit manifestement justifiée, cette expression de la volonté du législateur devrait être respectée.

Pour ce qui est de l'organisation de la profession juridique au Manitoba en matière de discipline, il faut tout d'abord examiner son corps administratif, la

The Society comprises elected and appointed "Benchers" who represent members of the profession and other groups of the public at large: see ss. 6 to 13 of the Act. There are several categories of Benchers who are not members of the legal profession. The ongoing business of the Society is conducted by means of eight standing committees: see Rule 11(1) of the *Rules of the Law Society of Manitoba*. The workings of two of these, the Discipline and Judicial committees, are implicated in this appeal. Each of these is composed of "not fewer than 10 benchers" (Rule 11(3)). In both cases, at least five of the Benchers must be "appointed members" (i.e. non-lawyers), except under special circumstances with respect to the Judicial Committee, when the committee quorum for it can be reduced to fewer appointed members (Rule 11(5)(b)).

The first stage of the Law Society's disciplinary proceedings involves an investigation of an allegation (of misconduct, incompetence, conduct unbecoming, etc.) by the Discipline Committee. In cases where it is thereby determined that a charge against a member of the Society is warranted, that charge is formulated by the Discipline Committee and referred to the Judicial Committee (Rule 19(13)). No one may sit on the Judicial Committee for a matter which he or she has previously dealt with as a member of the Discipline Committee (Rule 22(13)(e)). Both the member who is the subject of the inquiry and the Discipline Committee that formulated the charge are entitled to be represented by counsel before the Judicial Committee. After hearing representations and considering the evidence, the Judicial Committee decides whether the charge of misconduct was merited. If the member is found guilty of misconduct, one or several of the sanctions contemplated by s. 52 of the Act is imposed by the Judicial Committee.

The general public has a vested interest in the ethical integrity of the legal profession: see, for example, the remarks of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, *supra*. As already mentioned, the provincial Legislature has entrusted the protection of this interest to the consid-

Société du Barreau du Manitoba. La Société est formée de «conseillers» élus et nommés qui représentent les membres de la profession ainsi que d'autres groupes du public en général: voir les art. 6 à 13 de la Loi. Il existe diverses catégories de conseillers qui ne sont pas membres de la profession juridique. Huit comités permanents s'occupent des affaires courantes de la Société: voir la règle 11(1) des *Règles de la Société du Barreau du Manitoba*. Il est question dans le présent pourvoi des activités de deux de ces comités, le comité de discipline et le comité judiciaire. Chacun de ceux-ci comprend [TRADUCTION] «au moins dix conseillers» (règle 11(3)). Dans les deux cas, au moins cinq des conseillers doivent être [TRADUCTION] «des membres nommés» (c'est-à-dire qu'ils ne sont pas avocats); toutefois, dans des circonstances spéciales, le quorum du comité judiciaire peut être ramené à un nombre inférieur de membres nommés (règle 11(5)b)).

La première étape de la procédure disciplinaire de la Société du Barreau comporte une enquête du comité de discipline relativement à une allégation (de faute, d'incompétence, de conduite répréhensible, etc.). Lorsqu'il est établi qu'il est justifié de porter une accusation contre un membre de la Société, le comité de discipline formule l'accusation et la renvoie au comité judiciaire (règle 19(13)). Nul ne peut siéger au comité judiciaire pour connaître d'une affaire dont il a déjà été saisi en tant que membre du comité de discipline (règle 22(13)e)). Le membre qui fait l'objet de l'enquête et le comité de discipline qui a formulé l'accusation ont tous les deux le droit d'être représentés par un avocat devant le comité judiciaire. Après avoir entendu les arguments et avoir examiné la preuve, le comité judiciaire décide si l'accusation de faute était justifiée. Lorsque le membre est reconnu coupable d'une faute, le comité judiciaire lui inflige l'une ou plusieurs des sanctions prévues par l'art. 52 de la Loi.

Le grand public a un droit acquis à l'intégrité morale de la profession juridique: voir, par exemple, les remarques du juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, précité. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'assemblée législative de la province a confié la pro-

ered judgment of the members of the legal profession itself.

To my mind, a large part of effective self-governance depends upon the concept of peer review. If an autonomous Law Society is to enforce a code of conduct among its members, as indeed is required by the public interest, a power to discipline its members is essential. It is entirely appropriate that an individual whose conduct is to be judged should be assessed by a group of his or her peers who are themselves subject to the rules and standards that are being enforced. As Monnin C.J.M. recognized in *Re Law Society of Manitoba and Savino*, *supra* (at pp. 292-93):

Our Legislature has given the benchers the right to pass rules and regulations as well as the right to enforce them. It would be ridiculous and lacking in common sense to call upon another body of men and women to hear and dispose of complaints of professional misconduct. Professional misconduct is a wide and general term. It is conduct which would be reasonably regarded as disgraceful, dishonorable, or unbecoming of a member of the profession by his well respected brethren in the group—persons of integrity and good reputation amongst the membership.

No one is better qualified to say what constitutes professional misconduct than a group of practicing barristers who are themselves subject to the rules established by their governing body. [Emphasis added.]

Consequently, it is in this wider context, i.e. a self-regulating profession which has set up formal structures for maintaining the discipline and standards of conduct appropriate to the legal profession, that the reasonable apprehension of bias test should be applied in the instant appeal. To apply the formulation put forward by Sopinka J. in *Old St. Boniface*, *supra*, the question becomes “Would the perceived pecuniary interest that the members of the Judicial Committee are alleged to have in a finding of guilt (by virtue of s. 52(4) of the Act) create an apprehension in a reasonably well-informed person that the Judicial Committee might not decide fairly?”

tection de ce droit au jugement éclairé des membres de la profession juridique.

À mon avis, l’efficacité de l’autonomie administrative repose en grande partie sur le concept de l’examen effectué par des pairs. Si une société du barreau autonome veut faire respecter un code de déontologie par ses membres, comme l’exige en réalité l’intérêt public, il est essentiel qu’elle ait le pouvoir d’infliger des sanctions à ses membres. Il est tout à fait approprié qu’un individu dont la conduite doit être appréciée, soit jugé par un groupe formé de ses pairs qui sont eux-mêmes assujettis aux règles et normes que l’on fait appliquer. Comme l’a reconnu le juge en chef du Manitoba, le juge Monnin, dans l’arrêt *Re Law Society of Manitoba and Savino*, précité (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] Notre assemblée législative a conféré aux conseillers le droit d’adopter des règles et de prendre des règlements ainsi que celui de les faire appliquer. Il serait ridicule et absurde de demander à un autre groupe d’hommes et de femmes d’entendre et de trancher les plaintes relatives à des fautes professionnelles. L’expression faute professionnelle recouvre un concept général. Il s’agit d’une conduite d’un membre de la profession qui serait normalement considérée comme honteuse ou répréhensible par ses confrères respectés dans le groupe — des membres intègres de l’association ayant bonne réputation.

Nul n’est mieux qualifié pour déterminer ce qui constitue une faute professionnelle qu’un groupe d’avocats praticiens qui sont eux-mêmes assujettis aux règles établies par leur corps administratif. [Je souligne.]

En conséquence, c’est dans ce contexte plus général, c’est-à-dire celui d’une profession autonome qui a mis sur pied des structures officielles afin d’assurer la discipline et le respect de normes de conduite appropriées à la profession juridique, qu’il faudrait appliquer le critère de la crainte raisonnable de partialité dans le cadre du présent pourvoi. Si on reprend la formulation du juge Sopinka dans *Vieux St. Boniface*, précité, la question devient la suivante: «L’intérêt pécuniaire apparent que les membres du comité judiciaire auraient à prononcer une déclaration de culpabilité (en vertu du par. 52(4) de la Loi) créerait-il chez une personne raisonnablement bien renseignée une crainte que le comité judiciaire ne rende pas une décision juste?»

*Application of the Reasonable Apprehension of Bias Test to the Judicial Committee Members in Light of s. 52(4) of the Act*

It is by virtue of s. 52(4) of the Act that the Benchers on the Judicial Committee are alleged to have a perceived pecuniary interest in a finding of guilt. For ease of reference, I repeat that provision below.

52(4) A barrister, solicitor, or student, who is found guilty of professional misconduct, or of conduct unbecoming a barrister, solicitor, or student, or is found incompetent may be ordered by the governing body to pay, all or any part of, the costs and expenses incurred by the society in and about the investigation into, proceedings upon, and hearing of any subject matter of inquiry or any complaint or charge in respect of which he has been so found guilty or incompetent.

It bears noting that there has been no allegation before this Court that the members of the Judicial Committee do, in fact, have an actual pecuniary interest in a finding of guilt. Rather, Pearlman's contention is that the mere perception that a pecuniary interest could possibly exist is enough to taint the Committee's eventual decision. For several reasons, I am unable to agree with Pearlman that the impugned "costs" provision creates a perception of pecuniary interest that is sufficient to substantiate a reasonable apprehension of bias.

First, it is important to remember that the costs which stand to be recouped under s. 52(4) are in no sense "profits" or "gains". These costs are a direct reimbursement for expenses previously incurred in an investigation which, *ex hypothesi*, has uncovered legitimate grounds for the imposition of sanctions. The Legislature considered it appropriate that, in addition to the sanctions that might be imposed, the lawyer found guilty of misconduct may also have to bear the costs of the investigation into his or her own questionable conduct.

Secondly, any pecuniary interest that the members of the Judicial Committee might be alleged to have is far too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias. Costs recouped pursuant to s. 52(4) become the property of the Law Society as a

*L'application du critère de la crainte raisonnable de partialité aux membres du comité judiciaire compte tenu du par. 52(4) de la Loi*

C'est en vertu du par. 52(4) de la Loi que les conseillers du comité judiciaire auraient intérêt, sur le plan pécuniaire, à prononcer une déclaration de culpabilité. Par souci de commodité, je reproduis ce paragraphe ci-dessous.

52(4) Le corps administratif peut ordonner à un avocat, un procureur ou un étudiant qui est reconnu coupable d'une faute professionnelle ou d'une conduite répréhensible ou qui est reconnu incompetent, de payer la totalité ou une partie des frais et dépenses que la Société a contractés relativement à l'investigation effectuée à l'égard de tout objet d'enquête, de toute plainte ou de toute accusation pour lesquels il a été reconnu coupable ou incompetent, ou relativement aux instances qui s'y rapportent ou à toute audition de ceux-ci.

Il convient de signaler que l'on n'a pas soutenu devant notre Cour que les membres du comité judiciaire ont, en fait, un véritable intérêt pécuniaire à prononcer une déclaration de culpabilité. Pearlman a plutôt soutenu que la simple apparence d'un intérêt pécuniaire possible suffit à vicier la décision éventuelle du comité. Pour divers motifs, je suis incapable de conclure, comme l'a fait Pearlman, que la disposition relative aux «frais» crée une apparence d'intérêt pécuniaire qui permet de justifier une crainte raisonnable de partialité.

Premièrement, il est important de rappeler que les frais qui risquent d'être recouverts en vertu du par. 52(4) ne sont nullement des «profits» ni des «gains». Ils représentent le remboursement direct des dépenses antérieurement engagées au cours d'une enquête qui, suivant toute hypothèse, a permis de découvrir des motifs légitimes d'infliger des sanctions. Le législateur a jugé qu'il était approprié que l'avocat reconnu coupable d'une faute puisse avoir à supporter les frais de l'enquête relative à sa conduite douteuse en plus de se voir infliger des sanctions.

Deuxièmement, l'intérêt que les membres du Comité judiciaire pourraient avoir est vraiment trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité. Les frais recouverts conformément au par. 52(4) deviennent la propriété de la

whole, and in no way do they accrue to the individual members of the committee who determined that the charge of misconduct was in fact well founded. As such, there is no personal and distinct interest on the part of the Judicial Committee members. Just as it is speculation to suggest that a disciplinary committee deciding that a lawyer should be disbarred is tainted because it is thereby marginally reducing the competition for the committee's members, it is also speculation to suggest that the Law Society would apply these recouped costs in such a manner as to reduce the practising or non-practising fees of Law Society members by some small amount. These recouped costs, which are after all just reimbursements for expenses already incurred, might equally well be allocated by the Executive and Finance Committee to any other of the numerous educational or promotional endeavours of the Law Society.

Thirdly, even if one were to assume that all of the recouped costs were systematically and directly applied in such a manner as to reduce bar fees, it would in my view be unreasonable to conclude that this would lead to a likelihood of bias in members of the Judicial Committee. Given the uncontradicted statistical information presented to this Court regarding the relative size of costs recouped pursuant to s. 52(4) in the past several years, such a bias seems completely improbable. Annual reports indicated that these amounts averaged .04 percent of the Law Society's revenues from 1987 to 1990, ranging in dollar amounts from between \$2,047 and \$6,587. Thus, when spread among the more than 1,300 members of the Law Society, such an indirect benefit would amount at most to a few dollars per year—a minuscule fraction of their practising fees. In the context of a peer review situation, which by its very nature is somewhat delicate and uncomfortable for all concerned, I find it unreasonable to suggest that this minuscule indirect benefit might predispose members of the Judicial Committee towards a finding of guilt.

Société du Barreau dans son ensemble et ils ne reviennent en aucun cas aux membres du comité qui ont décidé que l'accusation de faute était bel et bien fondée. Les membres du comité judiciaire n'ont donc aucun intérêt personnel et distinct. Autant on se lance dans le domaine des conjectures lorsqu'on laisse entendre qu'un comité de discipline décidant qu'un avocat devrait être radié, est corrompu parce qu'il réduit ainsi légèrement la concurrence pour les membres du comité, autant on reste dans ce même domaine lorsqu'on affirme que la Société du Barreau utiliserait les frais ainsi recouverts de manière à réduire d'une somme aussi minime le montant des droits d'exercice ou de non-exercice de ses membres. Ces frais qui, après tout, représentent tout simplement le remboursement de dépenses déjà faites, pourraient tout aussi bien être utilisés par le comité exécutif et des finances pour n'importe laquelle des nombreuses activités éducatives ou publicitaires de la Société du Barreau.

Troisièmement, même si l'on devait présumer que tous les frais recouverts seront systématiquement et directement utilisés de manière à réduire le montant des droits d'exercice, il serait à mon avis absurde de conclure que cela entraînerait une probabilité de partialité de la part des membres du comité judiciaire. Si on tient compte des statistiques non contredites soumises à notre Cour en ce qui concerne l'importance relative des frais recouverts conformément au par. 52(4) au cours des dernières années, une telle partialité semble tout à fait improbable. Les rapports annuels indiquent que, de 1987 à 1990, ces sommes représentaient en moyenne 0,04 p. 100 des revenus de la Société du Barreau, c'est-à-dire des sommes allant de 2 047 \$ à 6 587 \$. Par conséquent, réparti entre les 1 300 membres et plus de la Société du Barreau, ce bénéfice indirect représenterait tout au plus quelques dollars par an, soit une fraction minime du montant des droits d'exercice de la profession. Dans le contexte d'un examen effectué par des pairs qui, par sa nature, est assez délicat et désagréable pour toutes les personnes concernées, j'estime qu'il n'est pas raisonnable de laisser entendre que ce bénéfice indirect minime pourrait predisposer les membres du comité judiciaire à prononcer une déclaration de culpabilité.

This very issue was considered in the context of another self-governing organization, the New Brunswick Veterinary Medical Association. In *McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association* (1986), 71 N.B.R. (2d) 109 (Q.B.), Stevenson J. was called upon to consider, *inter alia*, allegations of institutional bias that stemmed from the order of the Association's council that the appellant be reinstated "upon paying all costs of the hearing". Having considered the relevant jurisprudence, including the *Bateman* case that was found to be inapplicable by Jewers J. at first instance of the case at bar, Stevenson J. concluded (at p. 117):

I cannot accept that an apprehension of bias or interest is a corollary to any authority of a governing body to assess costs. If the governing body or a disciplinary tribunal is given such authority by the legislation creating it, it must surely be a rebuttable presumption that the authority will be exercised fairly and judiciously. [Emphasis added.]

Without endorsing the conclusion regarding the "rebuttable presumption of fairness", I am of the view, as was Stevenson J., that a costs provision like s. 52(4) in the instant appeal does not itself give rise to a reasonable apprehension of bias in the context of self-governing professional organizations. Section 52(4) of the Act, without more, does not create an apprehension of bias in a reasonably well-informed person that would taint the disciplinary proceedings of the Law Society.

It is worth mentioning that, if there were to be an unfair or otherwise abusive order of costs pursuant to s. 52(4), Pearlman would have the full panoply of administrative remedies open to him. All I am deciding is that the legislative provision authorizing the recoupment of costs involved in disciplinary proceedings does not, in and of itself, put into doubt the impartiality of those proceedings.

Cette même question a été examinée relativement à un autre organisme autonome, l'Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick (New Brunswick Veterinary Medical Association). Dans l'affaire *McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Association* (1986), 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 109 (B.R.), le juge Stevenson a été appelé à examiner notamment des allégations de partialité institutionnelle découlant de l'ordonnance dans laquelle le conseil de l'association avait statué que l'appelant devrait être réintégré «moyennant le paiement de tous les dépens de l'enquête». Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, notamment l'affaire *Bateman* qui a été jugée inapplicable en l'espèce par le juge Jewers en première instance, le juge Stevenson a conclu (à la p. 117):

Je ne peux accepter l'idée que la crainte de partialité ou que la possibilité d'un intérêt soit un corollaire du pouvoir d'un conseil d'administration d'accorder des frais. Si le conseil d'administration ou un tribunal disciplinaire reçoit un tel pouvoir de la législation qui l'a créé, je crois qu'il existe une présomption réfutable selon laquelle le pouvoir sera exercé de façon équitable et judicieuse. [Je souligne.]

Sans approuver la conclusion relative à la «présomption réfutable d'équité», j'estime, comme le juge Stevenson, qu'une disposition prévoyant le paiement des frais, comme c'est le cas du par. 52(4) dans le présent pourvoi, ne donne pas lieu en soi à une crainte raisonnable de partialité lorsqu'il s'agit d'organismes professionnels autonomes. Le seul par. 52(4) de la Loi ne crée pas chez une personne raisonnablement bien renseignée une crainte de partialité qui vicierait les procédures disciplinaires de la Société du Barreau.

Il convient de mentionner qu'advenant le cas où une ordonnance injuste ou abusive serait rendue en vertu du par. 52(4) relativement aux frais, Pearlman pourrait utiliser la panoplie de recours administratifs qui s'offrent à lui. Je statue donc tout simplement qu'en soi, la disposition législative qui autorise le recouvrement des frais engagés dans des procédures disciplinaires ne remet pas en cause l'impartialité de ces procédures.

Conclusion

Accordingly, I am of the view that s. 52(4) of the Act does not violate the principles of fundamental justice. As such, there is no violation of s. 7 of the *Charter* and the answers to the constitutional questions are as follows:

1. No.
2. It is not necessary to answer the second constitutional question.

This appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Sidney Green, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Law Society of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Lori R. Sterling, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.*

Conclusion

En conséquence, je suis d'avis que le par. 52(4) de la Loi ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale. Il n'y a donc pas violation de l'article 7 de la *Charte*, et les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. Non.
2. Il est inutile de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Le présent pourvoi devrait être rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appellant: Sidney Green, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé: La Société du Barreau du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Lori R. Sterling, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général, Regina.*



# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.

CUDDY CHICKS LTD. V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 5.

2. Jurisdiction — Tribunal not expressly given power to consider all relevant law — Employment Commission making ruling without reference to constitutional arguments — Whether administrative tribunal can apply Charter absent legislative authority to do so.

TÉTREAULT-GADOURY V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION), 22.

3. Natural justice — Extradition — Minister's decision to surrender fugitive made without oral hearing — Whether requirements of natural justice complied with — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.

KINDLER V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 779.

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Discipline — Costs — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).

PEARLMAN V. MANITOBA LAW SOCIETY JUDICIAL COMMITTEE, 869.

## CIVIL RIGHTS

Provincial human rights legislation — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 23 of Charter of Human Rights

## CIVIL RIGHTS—Concluded

and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

R. V. LIPPÉ, 114.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Administrative tribunals — Jurisdiction — Board granted power to consider questions of law — Whether Board can make constitutional determination regarding its own enabling legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 2(b), 106(1), 124.

CUDDY CHICKS LTD. V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 5.

2. Charter of Rights — Equality rights — Age discrimination — Person meeting all qualifications for unemployment insurance benefits except for being over age limit — Whether or not age exclusion infringing s. 15 of Charter — If so, whether or not justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31(1), (2), (4).

TÉTREAULT-GADOURY V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION), 22.

3. Constitutional convention — Political neutrality of Public Service employees — Whether statutory provision implementing constitutional convention can be inconsistent with Constitution — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

OSBORNE V. CANADA (TREASURY BOARD), 69.

4. Charter of Rights — Freedom of expression — Public Service — Political partisanship — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation infringes s. 2(b) of Charter — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

OSBORNE V. CANADA (TREASURY BOARD), 69.

5. Charter of Rights — Reasonable limits — Vagueness — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

work for or against a political party or candidate — Whether legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

OSBORNE V. CANADA (TREASURY BOARD), 69.

6. Charter of Rights — Remedies — Relationship between s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 52(1) of Constitution Act, 1982.

OSBORNE V. CANADA (TREASURY BOARD), 69.

7. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

R. V. LIPPÉ, 114.

8. Charter of Rights — Right to vote — Electoral boundaries — Variances in size of voter populations among constituencies — Whether Charter right to vote infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, c. E-6.1, ss. 14, 20.

REFERENCE RE PROV. ELECTORAL BOUNDARIES (SASK.), 158.

9. Charter of Rights — Application — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether Charter applies — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, s. 53 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

LAVIGNE V. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION, 211.

10. Charter of Rights — Freedom of association — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

LAVIGNE V. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION, 211.

11. Charter of Rights — Freedom of expression — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

LAVIGNE V. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION, 211.

12. Federal-provincial agreements — Canada Assistance Plan — Federal government contributing 50 per cent of costs of provincial assistance and welfare services pursuant to Canada Assistance Plan and Agreement with province — Federal government introducing new legislation reducing its fiscal obligation under Canada Assistance Plan and Agreement — Whether federal government has authority to reduce its obligation unilaterally — Whether doctrine of legitimate expectations applies — Whether Canada Assistance Plan imposes requirements as to “manner and form” of subsequent legislation — Whether new legislation *ultra vires* — Canada Assistance Plan, R.S.C., 1985, c. C-1.

REFERENCE RE CANADA ASSISTANCE PLAN (B.C.), 525.

13. Reference — Questions — Whether questions referred to Court of Appeal raised justiciable issues.

REFERENCE RE CANADA ASSISTANCE PLAN (B.C.), 525.

14. Charter of Rights — Fundamental justice — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

R. V. SEABOYER; R. V. GAYME, 577.

15. Charter of Rights — Presumption of innocence — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. V. SEABOYER; R. V. GAYME, 577.

16. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

KINDLER V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 779.

17. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

that death penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extradition proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

KINDLER V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 779.

18. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister's decision infringed s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 25 of Extradition Act infringes s. 7 of Charter — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

REFERENCE RE NG EXTRADITION (CAN.), 858.

19. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extradition proceedings — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

REFERENCE RE NG EXTRADITION (CAN.), 858.

20. Charter of Rights — Fundamental justice — Law Society Act providing for awarding of costs against lawyer found guilty of professional misconduct — Whether provision creates built-in apprehension of bias since those judging the hearings will be perceived to have a pecuniary interest in the outcome — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100, s. 52(4).

PEARLMAN V. MANITOBA LAW SOCIETY JUDICIAL COMMITTEE, 869.

21. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Disciplinary proceedings against lawyer — Whether s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies.

PEARLMAN V. MANITOBA LAW SOCIETY JUDICIAL COMMITTEE, 869.

**COSTS**

Trustees — Action started to defend against allegation of fraud on part of trustees — Action successful — Whether trustees entitled to costs out of the trust property.

GEFFEN V. GOODMAN ESTATE, 353.

**COURTS**

1. Federal Court — Jurisdiction — Appeal from Unemployment Insurance Act Board of Referees to Federal Court on constitutional issue by-passing Umpire — Board not expressly given power to consider all relevant law — Umpire having power to consider all relevant law — Whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

TÉTREAU-GADOURY V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION), 22.

2. Appellate courts — Jurisdiction — Appellate courts unable to interfere with findings of fact of lower courts — Appellate courts able to deal with legal findings based on those facts.

ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) V. BEAR ISLAND FOUNDATION, 570.

**CRIMINAL LAW**

1. Appeal — Trial judge's reasons silent as to evidence adduced on accused's behalf — Whether Court of Appeal erred in holding those reasons disclosed that all the evidence was considered and appreciated — Whether Court of Appeal had erred in law in inferring that the trial judge had assessed and rejected the credibility of the defence witnesses.

R. V. A.S.U., 204.

2. Defences — Provocation — Accused charged with first degree murder but convicted of manslaughter on basis that defence of provocation had been made out — Majority of appeal court finding that subjective test for provocation not met and ordering new trial — Appeal allowed.

R. V. SHERIDAN, 205.

3. Evidence — Possession of another person's credit card — Decision on voir dire disallowing evidence that credit card in another person's name found in appellant's residence — Trial judge not erring on question of law alone — Court of Appeal erring in allowing Crown's appeal.

R. V. DESFOSSÉS, 207.

**CRIMINAL LAW—Concluded**

4. Sentencing — Sequence of sentences — Sentences for escaping lawful custody made consecutive to newly imposed sentences — Certiorari sought to quash escape sentences — Court of Appeal reversing sequence to make new sentences consecutive to escape sentences — Appeals dismissed.

R. v. PHILLIPS; R. v. EASTON, 209.

5. Sentencing — Dangerous driving — Motor accident involving bodily injury and death — Jury verdict: not guilty of causing death or bodily injury by dangerous driving but guilty of included offence of dangerous driving simpliciter — Whether judge on sentencing entitled to adopt as facts matters expressly or implicitly rejected by jury.

R. v. BROWN, 518.

6. Sexual offences — Evidence — “Rape-shield” provisions restricting right of defence to cross-examine and lead evidence of complainant’s previous sexual conduct — Whether provisions infringe s. 7 or s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter or legislation saved by doctrine of constitutional exemption — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

R. v. SEABOYER; R. v. GAYME, 577.

7. Preliminary inquiry — Jurisdiction — Whether preliminary inquiry judge has jurisdiction to decide constitutionality of legislation relating to evidence.

R. v. SEABOYER; R. v. GAYME, 577.

8. Assault — Consent — Fist fights — Victim killed by accused in consensual fist fight — Court of Appeal setting aside accused’s acquittal on charge of manslaughter — Whether absence of consent essential element of offence of assault — Whether there are common law limitations on consent applying to fist fights where bodily harm is intended and caused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8, 222, 265.

R. v. JOBIDON, 714.

**EXPROPRIATION**

1. Municipal law — Partial expropriation of immovable property — Expropriated party seeking total expropriation — Interpretation of s. 65 of the Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24.

VANIER (CITY) v. Canac-Marquis Grenier Ltée, 203.

2. Indemnity — Whether a transaction or an agreement between parties as to indemnity in event of expropriation — Whether Court of Appeal erred in intervening in Expropriation Tribunal’s

**EXPROPRIATION—Concluded**

decision — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, ss. 19, 68 — Civil Code of Lower Canada, art. 1918.

LONGUEUIL (CITY) v. LAMBERT-PICOTTE, 401.

3. Indemnity — Additional indemnity — Provisional indemnity less than one third of final indemnity — Whether granting of additional indemnity justified — Whether provisional indemnity should be taken into account in calculation of additional indemnity — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 68.

LONGUEUIL (CITY) v. LAMBERT-PICOTTE, 401.

**EXTRADITION**

1. Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive convicted of murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister’s decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

KINDLER v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 779.

2. Surrender of fugitive to foreign state — Fugitive charged in U.S. with several offences including murder and kidnapping — Minister of Justice deciding to extradite fugitive without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty will not be imposed — Whether Minister’s decision infringed s. 7 or s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

REFERENCE RE NG EXTRADITION (CAN.), 858.

**INDIANS**

Aboriginal rights — Land claims — Title — Treaties — Appellate court unable to interfere with findings of fact — Legal findings based on facts subject to appellate review — Indians found to exercise sufficient occupation to establish aboriginal right.

ONTARIO (ATTORNEY GENERAL) v. BEAR ISLAND FOUNDATION, 570.

**INSURANCE**

Limitation periods — Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether

**INSURANCE—Concluded**

doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence — Whether insurer admitted liability — Whether insurer promised not to rely on limitation period.

MARACLE V. TRAVELLERS INDEMNITY CO. OF CANADA, 50.

---

**LABOUR RELATIONS**

Arbitration — Judicial review — Collective agreement — Reclassification — Whether arbitration board's interpretation of collective agreement patently unreasonable.

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES V. UNIVERSITY HOSPITALS BOARD, 201.

---

**LAND TITLES**

Mines and minerals — Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1).

CANADA (DIRECTOR OF SOLDIER SETTLEMENT) V. SNIDER ESTATE, 481.

---

**LIMITATION OF ACTIONS**

1. Promissory estoppel — Action against insurer brought after limitation period had expired — Whether doctrine of promissory estoppel effective answer to limitation period defence.

MARACLE V. TRAVELLERS INDEMNITY CO. OF CANADA, 50.

2. Promissory estoppel — Waiver — Insurer admitting liability and entering into settlement negotiations — Statement of claim issued after limitation period had expired — Whether defendants estopped from relying on limitation period — Whether defendants waived limitation period.

MARCHISCHUK V. DOMINION INDUSTRIAL SUPPLIES LTD., 61.

---

**MINES AND MINERALS**

Ownership — Soldier Settlement Act reserving mines and minerals from sales of land by Settlement Board — Settlement

**MINES AND MINERALS—Concluded**

Board selling land and taking mortgage back — Transfer and mortgage, not reserving mines and minerals, registered under provincial Land Titles Act — Whether Land Titles Act operates to deprive federal Crown of its proprietary interest — Whether mineral estate in land was transferred to province under Natural Resources Transfer Agreement of 1930 — Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, s. 57 — Natural Resources Transfer Agreement, 1930, paras. 13, 18(a) — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 66(1).

CANADA (DIRECTOR OF SOLDIER SETTLEMENT) V. SNIDER ESTATE, 481.

---

**MUNICIPAL LAW**

Extra-contractual liability of municipalities — *Laurentide Motels* judgment followed.

MASKA AUTO SPRING LTÉE V. STE-ROSALIE (VILLAGE), 3.

---

**TORTS**

Duty of care — Occupiers' liability — Rural residence — Ice and snow covered walk, driveway and parking area not salted or sanded — Condition known to visitor — Visitor slipping and seriously injured — Whether or not householders failed to fulfil statutory duty — Whether visitor had willingly assumed risk and was contributorily negligent — Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1980, c. 322, ss. 2, 3, 4, 9.

WALDICK V. MALCOLM, 456.

---

**TRUST AND TRUSTEES**

Undue influence — Woman placing property in trust — Step to create trust initiated by settlor's brothers — Settlor suffering mental problem and at times dependant on brothers — Trust directing how property to be disposed of on settlor's death — Settlor bequeathing property other than as provided by trust — Whether presumption of undue influence applicable.

GEFFEN V. GOODMAN ESTATE, 353.



# INDEX

## ASSURANCE

Délais de prescription — Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription? — L'assureur a-t-il fait une reconnaissance de responsabilité? — L'assureur a-t-il promis de ne pas invoquer la prescription?

MARACLE C. TRAVELLERS INDEMNITY CO. OF CANADA, 50.

## AVOCATS ET PROCUREURS

Discipline — Frais — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).

PEARLMAN C. COMITÉ JUDICIAIRE DE LA SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, 869.

## DÉPENS

Fiduciaires — Action intentée pour répondre à une allégation de fraude de la part des fiduciaires — Réussite de l'action — Les fiduciaires ont-ils droit au paiement de dépens à même la masse?

GEFFEN C. SUCCESSION GOODMAN, 353.

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Commissions — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habilitante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.

CUDDY CHICKS LTD. C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 5.

## DROIT ADMINISTRATIF—Fin

2. Compétence — Tribunal n'ayant pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Décision de la Commission de l'emploi rendue sans mention des arguments d'ordre constitutionnel — Un tribunal administratif peut-il appliquer la Charte en l'absence d'autorisation législative de le faire.

TÉTREAULT-GADOURY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 22.

3. Justice naturelle — Extradition — Décision du ministre de livrer un fugitif prise sans audience — Les exigences de la justice naturelle ont-elles été respectées? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.

KINDLER C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 779.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Tribunaux administratifs — Compétence — La Commission a compétence pour examiner des questions de droit — La Commission peut-elle se prononcer sur la constitutionnalité de sa propre loi habilitante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b), 106(1), 124.

CUDDY CHICKS LTD. C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 5.

2. Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Personne remplissant toutes les conditions pour obtenir des prestations d'assurance-chômage mais dépassant l'âge limite — L'exclusion fondée sur l'âge viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31(1), (2), (4).

TÉTREAULT-GADOURY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 22.

3. Convention constitutionnelle — Neutralité politique des fonctionnaires — Une disposition législative mettant en application une convention constitutionnelle peut-elle être incompatible avec la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

OSBORNE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR), 69.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

4. Charte des droits — Liberté d'expression — Fonction publique — Activités politiques — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

OSBORNE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR), 69.

5. Charte des droits — Limites raisonnables — Imprécision — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.

OSBORNE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR), 69.

6. Charte des droits — Réparations — Rapport entre l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

OSBORNE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR), 69.

7. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

R. C. LIPPÉ, 114.

8. Charte des droits — Droit de vote — Délimitation de circonscriptions électorales — Différences dans le nombre d'électeurs dans des circonscriptions électorales — Y a-t-il atteinte au droit de vote garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Electoral Boundaries Commission Act, S.S. 1986-87-88, ch. E-6.1, art. 14, 20.

RENOVI: CIRC. ÉLECTORALES PROVINCIALES (SASK.), 158.

9. Charte des droits — Demande — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — La Charte s'applique-t-elle? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 53 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

LAVIGNE C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ONTARIO, 211.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

10. Charte des droits — Liberté d'association — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

LAVIGNE C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ONTARIO, 211.

11. Charte des droits — Liberté d'expression — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

LAVIGNE C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ONTARIO, 211.

12. Accords fédéraux-provinciaux — Régime d'assistance publique du Canada — Moitié du coût des services provinciaux d'assistance publique et de protection sociale payée par le gouvernement fédéral conformément au Régime d'assistance publique du Canada et à un accord conclu avec la province — Dépôt par le gouvernement fédéral d'un projet de loi prévoyant l'allègement de l'obligation financière lui incombant aux termes du Régime d'assistance publique du Canada et de l'accord — Le gouvernement fédéral a-t-il compétence pour alléger unilatéralement son obligation? — La théorie de l'expectative légitime s'applique-t-elle? — Le Régime d'assistance publique du Canada impose-t-il des exigences quant au «mode» et à la «forme» d'une loi subséquente? — La nouvelle mesure législative est-elle inconstitutionnelle? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1.

RENOVI RELATIF AU RÉGIME D'ASSISTANCE PUBLIQUE DU CANADA (C.-B.), 525.

13. Renvoi — Questions — Les questions soumises à la Cour d'appel soulèvent-elles des points relevant de la compétence des tribunaux?

RENOVI RELATIF AU RÉGIME D'ASSISTANCE PUBLIQUE DU CANADA (C.-B.), 525.

14. Charte des droits — Justice fondamentale — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte? — Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption



**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

R. C. SEABOYER; R. C. GAYME, 577.

15. Charte des droits — Présomption d'innocence — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte? — Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. C. SEABOYER; R. C. GAYME, 577.

16. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

KINDLER C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 779.

17. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

KINDLER C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 779.

18. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 25 de la Loi sur l'extradition contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

RENVOI RELATIF À L'EXTRADITION DE NG (CAN.), 858.

19. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

RENVOI RELATIF À L'EXTRADITION DE NG (CAN.), 858.

20. Charte des droits — Justice fondamentale — La Loi sur la Société du Barreau prévoit qu'un avocat peut être condamné au paiement des frais s'il est reconnu coupable de faute professionnelle — La disposition en cause crée-t-elle une crainte intrinsèque de partialité étant donné que les personnes qui président les audiences seront perçues comme ayant un intérêt pécuniaire dans l'issue? — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la Société du Barreau, L.R.M. 1987, ch. L100, art. 52(4).

PEARLMAN C. COMITÉ JUDICIAIRE DE LA SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, 869.

21. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Procédures disciplinaires contre un avocat — Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

PEARLMAN C. COMITÉ JUDICIAIRE DE LA SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, 869.

**DROIT CRIMINEL**

1. Appel — Les motifs du juge du procès ne disent rien sur la preuve produite au nom de l'accusé — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que ces motifs révélaient que toute la preuve avait été examinée et évaluée? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en inférant que le juge du procès a évalué la crédibilité des témoins à décharge pour ensuite conclure qu'ils n'étaient pas dignes de foi?

R. C. A.S.U., 204.

2. Moyens de défense — Provocation — Prévenu accusé de meurtre au premier degré mais déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au motif que la défense de provocation avait été établie — La Cour d'appel à la majorité a conclu qu'il n'avait pas été satisfait au critère subjectif de la provocation et a ordonné la tenue d'un nouveau procès — Pourvoi accueilli.

R. C. SHERIDAN, 205.

3. Preuve — Possession de la carte de crédit d'une autre personne — Décision suite à un voir-dire d'écarter la preuve qu'une carte de crédit au nom d'une autre personne a été trouvée dans la résidence de l'appelant — Le juge du procès n'a pas erré sur une

**DROIT CRIMINEL—Fin**

question de droit seulement — La Cour d'appel a eu tort d'accueillir l'appel du ministère public.

R. C. DESFOSSÉS, 207.

4. Détermination de la peine — Ordre des sentences — Sentences pour s'être évadé d'une garde légale imposées consécutivement à des sentences nouvellement imposées — Demande de certiorari visant l'annulation des sentences relatives à l'évasion — La Cour d'appel a changé l'ordre des sentences de manière à rendre les nouvelles sentences consécutives à celles imposées pour évasion — Pourvois rejetés.

R. C. PHILLIPS; R. C. EASTON, 209.

5. Détermination de la peine — Conduite dangereuse — Accident d'automobiles entraînant des lésions corporelles et la mort — Verdict du jury: non coupable de l'infraction de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions corporelles, mais coupable de l'infraction incluse de simple conduite dangereuse — Le juge peut-il, lors de la détermination de la peine, se fonder sur des faits expressément ou implicitement écartés par le jury?

R. C. BROWN, 518.

6. Infractions sexuelles — Preuve — Les dispositions sur la «protection des victimes de viol» restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter des preuves sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occasions — Les dispositions violent-elles l'art. 7 ou l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier de la Charte, ou les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277.

R. C. SEABOYER; R. C. GAYME, 577.

7. Enquête préliminaire — Compétence — Le juge chargé de l'enquête préliminaire est-il compétent pour statuer sur la constitutionnalité des dispositions en matière de preuve?

R. C. SEABOYER; R. C. GAYME, 577.

8. Voies de fait — Consentement — Bagarres à coups de poing — Victime tuée par l'accusé dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants — Annulation par la Cour d'appel de l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable — L'absence de consentement est-elle un élément essentiel de l'infraction de voies de fait? — Existe-t-il en common law des limites quant au consentement applicables aux bagarres à coups de poing lorsque des lésions corporelles sont voulues et causées? — Négligence criminelle — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8, 222, 265.

R. C. JOBIDON, 714.

**DROIT MUNICIPAL**

Responsabilité extra-contractuelle des municipalités — Arrêt *Laurentide Motels* suivi.

MASKA AUTO SPRING LTÉE C. STE-ROSALIE (VILLAGE), 3.

**EXPROPRIATION**

1. Droit municipal — Expropriation partielle d'un immeuble — Expropriation totale demandée par l'expropriée — Interprétation de l'art. 65 de la Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24.

VANIER (VILLE) C. CANAC-MARQUIS GRENIER LTÉE, 203.

2. Indemnité — Est-il intervenu entre les parties une transaction ou une convention quant à l'indemnité à verser en cas d'expropriation? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du Tribunal de l'expropriation? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 19, 68 — Code civil du Bas-Canada, art. 1918.

LONGUEUIL (VILLE) C. LAMBERT-PICOTTE, 401.

3. Indemnité — Indemnité additionnelle — Indemnité provisionnelle de moins d'un tiers de l'indemnité définitive — L'attribution d'une indemnité additionnelle est-elle justifiée? — L'indemnité provisionnelle devrait-elle être prise en considération dans le calcul du montant de l'indemnité additionnelle? — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 68.

LONGUEUIL (VILLE) C. LAMBERT-PICOTTE, 401.

**EXTRADITION**

1. Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif reconnu coupable de meurtre aux États-Unis — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

KINDLER C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 779.

2. Extradition — Remise d'un fugitif à un État étranger — Fugitif accusé aux États-Unis de plusieurs infractions, notamment de meurtre et d'enlèvement — Décision du ministre de la Justice d'extrader le fugitif sans obtenir des autorités américaines la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée — La décision du ministre contrevient-elle à l'art. 7 ou 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur l'extradition, L.R.C.

**EXTRADITION—Fin**

(1985), ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

RENVOI RELATIF À L'EXTRADITION DE NG (CAN.), 858.

**FIDUCIES ET FIDUCIAIRES**

Abus d'influence — Bien mis en fiducie par une femme — Dispositions pour créer la fiducie prises à l'origine par les frères de la disposante — Disposante souffrant de problèmes mentaux et parfois à la charge de ses frères — Fiducie indiquant comment disposer du bien au décès de la disposante — La disposante a légué son bien d'une manière différente de celle prévue dans la fiducie — La présomption d'abus d'influence est-elle applicable?

GEFFEN C. SUCCESSION GOODMAN, 353.

**INDIENS**

Droits ancestraux — Revendications territoriales — Titre — Traités — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait — Les conclusions de droit fondées sur les faits sont susceptibles de révision en appel — Les Indiens ont suffisamment occupé le territoire pour établir le droit ancestral.

ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEAR ISLAND FOUNDATION, 570.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

Loi provinciale sur les droits de la personne — Tribunal indépendant et sans préjugés — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12 — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

R. C. LIPPÉ, 114.

**MINES ET MINÉRAUX**

Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission d'établissement — Vente de bien-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les

**MINES ET MINÉRAUX—Fin**

mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Les droits sur les ressources minérales dans le bien-fonds ont-ils été cédés à la province en vertu de la Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930? — Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, art. 13, 18a) — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1).

CANADA (DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT DE SOLDATS) C. SUCCESSION SNIDER, 481.

**PRESCRIPTION**

1. Irrecevabilité fondée sur une promesse — Action intentée contre l'assureur après expiration du délai de prescription — La théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse peut-elle être opposée avec succès au moyen de défense de prescription?

MARACLE C. TRAVELLERS INDEMNITY CO. OF CANADA, 50.

2. Irrecevabilité fondée sur une promesse — Renonciation — L'assureur, ayant fait une reconnaissance de responsabilité, a entamé des négociations en vue d'un règlement — Déclaration produite après l'expiration du délai de prescription — Les défendeurs sont-ils irrecevables à invoquer la prescription? — Les défendeurs ont-ils renoncé à invoquer la prescription?

MARCHISCHUK C. DOMINION INDUSTRIAL SUPPLIES LTD., 61.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

Arbitrage — Contrôle judiciaire — Convention collective — Reclassification — L'interprétation donnée à la convention collective par le conseil d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES C. UNIVERSITY HOSPITALS BOARD, 201.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Obligation de prendre soin — Responsabilité des occupants — Habitation rurale — Ni sable ni sel n'ont été épanchés sur un sentier, sur une allée et sur une aire de stationnement recouverts de glace et de neige — Visiteur au courant de cet état de choses — Le visiteur glisse et se blesse gravement — Les occupants de la maison ont-ils manqué à une obligation légale? — Le visiteur a-t-il volontairement assumé le risque de sorte qu'il y a eu négligence

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin**

contributive de sa part? — Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1980, ch. 322, art. 2, 3, 4, 9.

WALDICK C. MALCOLM, 456.

**TITRES DE PROPRIÉTÉ**

Mines et minéraux — Propriété — La Loi d'établissement de soldats réserve les mines et minéraux dans les ventes de biens-fonds effectuées par la Commission d'établissement — Vente de bien-fonds par la Commission et hypothèque prise en garantie — La cession et l'hypothèque, ne comportant pas de réservation des droits sur les mines et minéraux, ont été enregistrées en vertu de la Land Titles Act provinciale — La Land Titles Act a-t-elle pour effet de priver la Couronne fédérale de son droit de propriété? — Loi d'établissement de soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71, art. 57 — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 66(1).

CANADA (DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT DE SOLDATS) C. SUCCESSION SNIDER, 481.

**TRIBUNAUX**

1. Cour fédérale — Compétence — Appel d'une décision d'un conseil arbitral constitué en vertu de la Loi sur l'assurance-

**TRIBUNAUX—Fin**

chômage sur une question constitutionnelle sans d'abord en appeler devant un juge-arbitre — Le conseil n'a pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Le juge-arbitre a le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — La Cour d'appel fédérale peut-elle examiner la question constitutionnelle si le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28.

TÉTREAULT-GADOURY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 22.

2. Tribunaux d'appel — Compétence — Un tribunal d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait d'un tribunal d'instance inférieure — Le tribunal d'appel peut traiter des conclusions de droit fondées sur ces faits.

ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEAR ISLAND FOUNDATION, 570.



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9